

La decisión administrativa

Por JUAN DAMIAN TRAVERSO

Madrid

Las contradicciones doctrinales sobre la naturaleza de los actos administrativos afecta cada día más tanto a la teoría jurídica como a la práctica administrativa y jurisdiccional.

De un lado, la teoría predominante del Derecho administrativo, singularmente en nuestra Patria, y, de otro lado, la influencia de la teoría pura del derecho en teoría general del derecho han contribuido no poco a generar a esta perplejidad teórico-práctica.

Las páginas que siguen pretenden tan sólo ofrecer una posibilidad lógica de considerar el problema.

I. PREAMBULO

La diversidad y complejidad de la moderna «teoría general del derecho», hace conveniente que cualquier análisis sectorial se enmarque en la idea general que del derecho se tenga a fin de hacer de aquél algo inteligible. Sin otra finalidad, expongo este sumarísimo credo jurídico.

1. *El bien y el mal.* Llamamos bueno a todo aquello que sirve o conviene a un fin. Malo lo contrario. Lo bueno y malo es, por tanto, algo relativo a un fin. El bien y el mal tiene razón de fin, como decía la doctrina tradicional. Empero, contrariamente a lo que entendía dicha doctrina, entiendo que no existe un fin personal que pueda proponerse con validez general, y, consecuentemente, no existe nada bueno o malo, con validez general, que haga relación con un fin del «individuo». En suma, no existe fin o «bien del hombre» o para todo hombre, que sea racionalmente vinculante. Aún más, no existe «cosa» alguna que pueda decirse que es «buena en sí» (Moore) (1).

(1) V. G. E. MOORE, «Principia Ethica», trad. es., Méjico, 1959. Pero tampoco la bondad es una «cualidad indefinible» como la entiende Moore, sino la susceptibilidad de producir un resultado. El problema está en examinar qué resultado o fin puede ser racionalmente vinculante.

Es en el seno de la convivencia humana donde surgen fines que pueden proponerse con validez general como vinculantes (2).

El bien moral, en cuanto bien ineliminable, vinculante, es el bien de la convivencia humana. Ciertamente que cada cual en cuanto se mueve por un bien preferente, tiene «su» moral. Pero no existe proposición moral válida «erga omnes» si no se refiere a un fin de la convivencia del grupo.

Lo bueno o malo moral es aquello que conviene o no conviene a un problema de la convivencia.

2. *Deber*. Aquella conducta humana necesaria o conveniente para la convivencia social es «el deber» moral. Cuando se expresa cualquier «deber», se *describe* una relación causal de conveniencia de una conducta con un fin (norma técnica) (3).

El deber moral es la expresión de una relación de conveniencia causal con un bien del grupo social. En la medida en que estoy integrado en un grupo y respecto de los problemas de ese grupo puede proponerse con validez racional un deber.

Ahora bien, en cuanto el deber describe la necesidad de aportación de una conducta para un fin vinculante (esto es, racionalmente *ineliminable*) demanda la aportación *incondicionada* de la misma. Por ello el deber moral no sólo describe sino que también *prescribe* incondicionalmente. La aportación incondicionada de la conducta, por tratarse de una conducta vinculante («por deber»), da origen a la vertiente subjetiva de todo deber moral (4).

3. *Facultad*. Por supuesto que todo deber moral en cuanto describe y prescribe la restricción de la libertad en un sentido determinado, describe a la vez que una persona, un grupo de personas, o toda la sociedad, tiene facultad para exigir moralmente una conducta. Tan es así que la proposición moral lo mismo puede mencionar deberes como mencionar facultades. Deber y facultad son como las dos caras de una misma moneda.

(2) Como se sabe, Kant consideró hipotético todo «deber» o «bueno» relacionado con cualquier fin o bien. Sólo es buena incondicionalmente «la buena voluntad» o «actitud» moral. Sin embargo, a la hora de conformar la buena voluntad tuvo que condicionarla, a la postre, con un fin o bien que fuera «universalizable». Lo que ocurre es que sólo es racional un bien universalizable en cuanto es bien común. Una más amplia comprensión de este punto de vista en mi trabajo «la razón del deber ser». Anuario de Filosofía del Derecho, núm. 118/XIX.

(3) Norma técnica es la que describe y prescribe la conducta a poner para conseguir un resultado. El propio imperativo hipotético es una norma técnica. Asimismo, «no matar», «no engañar», «auxiliar al necesitado», «pagar los impuestos», etc., son normas técnicas en cuanto describen una relación causal o de conveniencia con un fin de la convivencia humana. Lo que ocurre es que en este caso el resultado o fin es un bien ineliminable, vinculante; esto es: lo que se llama un fin moral. Con una concepción distinta, v. ROBLES MORCHÓN, «norma y regla técnica», Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, núm. 67.

(4) La «buena voluntad» es ciertamente un elemento (subjetivo) esencial del acto moral, tanto como el elemento o factor objetivo (conducta-fin). Lo que ocurre es que la buena voluntad es buena por razón de fin: el fin moral estaría en peligro si se actuara por temor o recompensa.

4. *Derecho*. Hay casos en que la exigencia de la conducta debida o la facultad de exigir resulta tan imprescindible para la convivencia del grupo que está legitimado el uso de la fuerza para imponerla o ampararla. Esto es, la fuerza se constituye a su vez por un medio *debido, específico* (5).

El *deber moral* en cuanto coercible por la fuerza o la facultad moral en cuanto tutelable por la fuerza, es lo que llamamos «derecho». El derecho es «la parte de la moral» que es «exigible-tutelable» moralmente a la fuerza, esté o no organizada (6). El derecho, como la moral, constituye una objetividad: lo que *realmente*, verdaderamente, conviene al bien comunitario (7). Lo que no quita que sea una objetividad circunstanciada a una situación histórica: aquí y ahora. La moral y, por tanto el derecho, es objetiva, pero no es ubícua ni ucrónica sino en la medida que lo sea el problema social que trata de solucionar.

El derecho no es, por tanto, más que un «tipo» de «deber-facultad» moral.

5. *Derecho positivo*. Pero la objetividad jurídica, como la realidad toda, no es una realidad palmaria, manifiesta. La cadena causal que conduce al bien de la convivencia y la propia definición de dicho bien es compleja, oscura; en gran medida, optativa. Por tanto «debe ser» una instancia social de determinación, exigencia y tutela de los deberes-facultades imprescindibles: el poder público de una comunidad.

6. *Derecho natural*. Las determinaciones positivas son, como es lógico, discutibles, criticables, evaluables, según el criterio de cada cual, pues la relación medio-fin que expresan no contienen, las más de las veces, un grado de certeza suficiente. La objetividad del derecho es frecuentemente polémica. Cuando la objetividad jurídica (circunstanciada, histórica, no se olvide) se presenta como una realidad palmaria, evidente («evidencia racional» según la terminología tradicional) accesible a la razón «natural» de todo hombre («diffussa in omnes»), desaparece el crédito moral otorgado al poder público («obedece al poder público») si su determinación no es «conforme a derecho». Las proposiciones (circunstanciadas, históricas) de lo que es debido o facultado con toda evidencia es lo que llamamos «derecho natural».

(5) No es que el derecho sea «el mínimo ético imprescindible para vivir en sociedad»; no; toda ética es imprescindible (necesaria para la convivencia social) por definición. Lo que se quiere decir es que hay deberes tan necesarios que se hace preciso (imprescindible, debido) el uso de la fuerza. Por ello en estos casos la fuerza está legitimada.

(6) Por tal motivo es derecho el «derecho internacional» o el «derecho de resistencia», aunque no haya una fuerza comunitaria organizada.

(7) Como se verá, se trata de una idea «realista» y aun «empírica» del derecho. El «verdadero» derecho está fundado en la realidad, en la experiencia. Sólo la experiencia nos dice lo que realmente es bueno para la sociedad y es imprescindible coaccionarlo. En la medida en que no hay experiencia sobre lo bueno el derecho es, como la política, como la vida misma, aventura prudencial, cálculo.

El derecho natural, como toda objetividad ética, se predica respecto de una circunstancia histórica. Es llamado «natural» por la «razón» que lo aprehende, no porque derive de ninguna «physis» o «naturaleza» inmutable (8).

7. *La determinación del deber-facultad positivo.* El derecho positivo no se determina sin más. Lo propio del sistema jurídico-positivo es que prescribe *la forma* de determinar (establecer, «crear») el deber-facultad que va a considerarse válido por la sociedad y por el poder público. De esta manera sólo se consideran *válidos* los deberes y facultades establecidos por las personas con *potestad* para ello, a través de los órganos *competentes* y con arreglo a las *formalidades* previstas para ello. Constituyen parte esencial del derecho positivo las normas sobre potestades, competencias y procedimiento para la determinación de deberes y facultades (hart), así como las de enjuiciamiento y tutela efectiva de los mismos (9).

II. LA DETERMINACION DE DEBERES Y FACULTADES COMO DECISION JURIDICA

Pese a la expresión habitual, no existe una verdadera «*creación*» de deberes y facultades en el riguroso sentido del término, sino una determinación de lo que en cada momento el poder público considera conveniente al interés general. Esta determinación (llámese o no «*creación*») es, por tanto, *una decisión o resolución* sobre el deber que se prescribe o la facultad que se tutela. A la vista de los intereses generales el poder público decide este camino y estos medios para recorrerlos y ahí «pone», como *un medio* más, las conductas imprescindibles y las facultades tutela-

(8) La obsesión normativista del derecho ha originado toda una artillería anti-ius-naturalista fundada en esta objeción: ¿de qué norma jurídica se puede predicar su cualidad de ser universal e inmutable? El famoso ensayo de Welzel es una exposición detallada de la imposibilidad de predicar inconcusamente y sin excepción normas del obrar para todo tiempo y lugar. Es cierto que motivo para ello ha dado la formulación clásica del derecho natural. Se olvida, sin embargo, que en una circunstancia histórica, y, desde luego, en casos concretos, pueden hacerse proposiciones apodícticas de que tal acto es bueno o malo para la convivencia humana. Pero aún hay más: se olvida la función propia de las normas. Las normas pautan «*franjas*» de conductas y, en tanto pautas genéricas, pueden proponerse lógicamente como válidas con toda evidencia. Por no comprenderse el rol de las normas, se va a llegar a la peregrina conclusión de que carecen de evidencia moral normas tales como no matar, no engañar, auxiliar al necesitado, etc., porque en algún caso concreto se puedan dar excepciones (todas ellas «*justificables*» a la luz de la razón natural).

(9) Ha sido muy positivo para la teoría jurídica general haber señalado, desde diversa perspectiva, que el derecho no es sólo «*prescripción de conductas*», «*sino reglas para la prescripción de conductas*». Sin embargo, no se ha destacado suficientemente en ese conjunto de «*normas secundarias*», las normas de enjuiciamiento y aplicación de la fuerza, tan consustanciales con el concepto del derecho.

bles. La atribución de lo tuyo y lo mío constituye tan sólo una finalidad más del bloque de fines perseguido por el poder público y en que consiste el «bien de la convivencia».

Las decisiones determinativas del poder público, revisten varias formas, pero todas ellas tienen la misma «naturaleza»; esto es, en todo caso expresan un deber coercible o una facultad amparable por la fuerza pública. No hay razón para llamar «creación de derecho» a unas y «aplicación del derecho» a otras. Toda determinación «*innova*» una faceta del deber o la facultad. *Innova* derecho.

La determinación (explicitación, resolución, «creación», si se usa la expresión habitual) de deberes y facultades, suele estar organizada en forma jerárquica descendente desde lo abstracto y general a lo concreto e individual, residenciándose la potestad de determinación en cada escalón de la jerarquía pública. No necesitamos explicar el sistema de jerarquización de deberes y facultades; basta remitirnos a la descripción que de la misma ha hecho la teoría pura del derecho, que coincide con el sistema *actual* de organización del derecho positivo, pero que ni siempre ha sido así ni tiene por qué ser en todo caso así. La teoría pura del derecho, diciendo *describir* el sistema de la determinación positiva, lo que en rigor propone es *lo que debería ser* un sistema lógico de determinación positiva de deberes y facultades, aunque no siempre sea así ni en todo caso deba ser así. Es bueno (es debido, conviene) residenciar las determinaciones más abstractas y omni-comprendidas de la conducta en el órgano supremo, soberano, en el «dominus» del poder o representante del pueblo, según el sistema democrático. Cabalmente por ello (por su superioridad en la escala jerárquica) es por lo que tienen *superior valor*, no por la generalidad o abstracción de su expresión. Tan es así que la escala jerárquica de poder dispone no sólo de capacidad de determinar el derecho sino de la capacidad de controlar la designación de las autoridades inferiores que determinan con mayor concreción el derecho.

1. *Las fuentes de las decisiones jurídicas*

Como hemos puesto de relieve en otra ocasión (10), el derecho puesto por el poder público está sostenido por un formidable Atlas jurídico, que es lo que, utilizando la teoría pura, hemos llamado norma fundamental: «Debe ser lo que disponga el poder público», norma que por su propia naturaleza es *trascendente* al ordenamiento positivo, cabalmente porque es la que sostiene, con toda su fuerza moral, el cosmos jurídico positivo. A su vez, esta norma, de naturaleza eminentemente formal, tiene una segunda cara, de naturaleza material: «Debe ser lo que conviene a los intereses generales (bien común)». He aquí la razón del doble

(10) V. «Filosofía del Derecho», UNED, 1984.

cuestionamiento a que se ve sometido todo deber o toda facultad positiva, a saber: si está puesta en forma (a), y si está justificada materialmente (b); su validez formal y material, en suma.

Pues bien, las «fuentes del derecho» son aquellas vías autorizadas para poner o determinar el deber y facultad y, a su vez, para establecer *cómo* ha de ponerse o determinarse, evaluarse y tutelarse. La «fuente originaria» de todo deber positivo está en ese manantial o embalse de cabecera: la norma fundamental, en su doble faceta material y formal. Todas las demás fuentes no son más que explicitaciones, determinaciones, concreciones sucesivas, según la visión de Kelsen, de esta primera y básica norma.

En este sentido la puesta de deberes y facultades por los distintos órganos del poder público no constituye más que un *proceso de decisiones* en las que cada una está condicionado formal y materialmente a otra de valor superior hasta que los deberes y las facultades son puestas a disposición del ciudadano para que lo usen, bien tomándolo directamente de una fuente común (norma general), bien de un envase individualizado (acto administrativo, orden individual). Pues bien, todo aquel al que se le da *participación* en la autoría, de explicitar o poner el deber y la facultad, tiene potestad decisoria: es *autoridad jurídica* (11). Se tiene más autoridad en la medida en que se tiene superior capacidad de determinación jurídica. Sin tener el carácter de autoridades jurídicas, porque no tienen potestad de vincular *unilateralmente* la conducta ajena, la *autovinculación* de los particulares constituyen una de las fuentes de determinación de deberes y facultades de notoria importancia y volumen, por lo que a la hora de catalogar las decisiones jurídicas de «creación del derecho» no deben ser preteridas como suele ser habitual en la teoría general del derecho. Decir que la creación contractual de deberes-facultades ha de «ajustarse» o es «aplicación» de normas superiores positivas, es cierto, tanto en su forma como, en alguna medida, en su contenido, pero lo mismo que las demás normas «creadoras de derecho»; lo mismo nada menos que la ley dictada por las asambleas legislativas. Ello no obsta, sin embargo, para que tenga sentido el dualismo *derecho público-derecho privado*, cabalmente porque con él va a delimitarse sustancialmente el campo de la *vinculación unilateral* del poder público y el campo de la *autovinculación*, ambos regulados siempre por una norma superior.

Lo que ocurre a la determinación positiva es que, lamentablemente, su grado determinativo no es completo no sólo porque su «textura» sea la mayoría de las veces «abierta», sino porque no pocas veces los tejidos positivos son tejidos muertos que caen en el desuso y en la obsolescencia más absoluta. Por mucho que el

(11) La distinción clásica entre «autoridad» y «agentes de la autoridad» servía a este respecto. Sin embargo, hay actos de los agentes de la autoridad que completan y aun innovan totalmente deberes de conducta.

poder público trate de estatalizar la costumbre y dejarla sin función «originaria», la vida social (la moralidad social) va a veces por delante de la motorización jurídica del Estado.

El positivismo es así un ideal inalcanzable de tal manera que es inevitable remitirse en ocasiones a la verdadera fuente originaria cuya «trascendencia» trata de ocultar el Estado, en su afán monopolístico, dando carácter de fuente del derecho a los «principios generales del derecho» que son no más que una manera velada de «positivar» ese manantial inapresable y fundante del deber ser. Esto es, una manera de determinar lo indeterminable. Lo que pasa es que aunque el Estado no le diese su espaldarazo, «los principios generales del derecho» estaban ahí «velis nolis» funcionando a diario en la vida jurídica «sin perjuicio de su carácter informador de todo el ordenamiento jurídico» como dice nuestro Código civil. La remisión a «los principios», como la teoría de la «norma clausura», como esa pura contradicción que Kelsen llama «norma individual», que pronto veremos, constituye no más que la manera de hacernos creer en una inmanencia positivista, cabalmente a través de lo que es «la prueba plena» de la trascendencia del derecho positivo. Por contra, la desgracia del derecho positivo es precisamente que no puede culminar su afán determinativo.

En definitiva, con todo el aparato de fuentes, se va decidiendo lo que se estima mejor para la comunidad, de tal forma que imponer conductas coactivamente y tutelar facultades es una «technè» (la técnica jurídica), una herramienta para hacer frente a los problemas colectivos. «El derecho no es un fin —dice Kelsen—, sino un medio» (12) y dice bien. Lo insólito es cómo sea posible averiguar cuál deba ser «el mejor medio» (cuestión específica de la investigación jurídica) sin preguntarse por cuáles sean los problemas sociales y sus mejores soluciones, cuestiones ambas que Kelsen llama de «política jurídica» (13), habiendo de limitarse el «científico del derecho» no más que a tomar «las decisiones jurídicas» y presentarlas en los escaparates científicos en forma de regla (si A debe ser B), como si el cómo y el por qué de la «norma secundaria» (la «endodorma» de Cossio) no fuera la auténtica interrogante de la tecnología jurídica.

III. LAS DECISIONES DE LA ADMINISTRACION PUBLICA COMO CREADORAS DE DERECHO

1. *La conceptualización del derecho administrativo y la teoría del acto administrativo*

La teorización que del derecho administrativo se va haciendo predominante, singularmente en nuestro país, contribuye a en-

(12) V. «La teoría pura del Derecho», III, 3 b).

(13) V. o. c. X 5.

mascarar la auténtica naturaleza del acto administrativo como *decisión del poder público determinativa del derecho* («obligaciones y derechos») con todas las consecuencias que ello comporta en el orden práctico.

Según esta teoría, el derecho administrativo es un derecho regulador de unos «sujetos especiales»: las Administraciones públicas. ¿Qué son las Administraciones públicas? Las Administraciones públicas son unas «personas» creadas por el Estado para cumplir finalidades sociales.

El derecho administrativo es el derecho regulador de la actividad de estos sujetos que aparecen por doquier en la vida moderna. En tanto que derecho de un colectivo específico de sujetos, el derecho administrativo es un «derecho estatutario» en el sentido de que constituye el estatuto propio de esta especie de personas (14). De la misma manera que el derecho mercantil es el derecho propio de los comerciantes, el que regula su estatuto propio y su actividad «qua comerciantes», el derecho administrativo, es el que regula la organización y actividad de estos entes singulares que crea el Estado.

El artificio de esta teoría (pues toda creación conceptual comporta un cierto artificio) deriva de la necesidad de evitar determinadas fugas que aparecían en el concepto del derecho administrativo como derecho regulador de la «función administrativa del Estado».

Con la finalidad principal de excluir del concepto las funciones administrativas de las Asambleas legislativas y Tribunales, excluidas de la jurisdicción especial administrativa, el derecho administrativo se conceptualiza subjetivamente sobre la base de la actividad de determinados órganos personificados del Estado encuadrados en lo que se ha llamado Poder ejecutivo (15).

De esta manera el derecho administrativo pasa a teorizarse como el derecho regulador de la organización y relaciones de estas singulares personas, con lo que surge así la feliz asociación de ideas: derecho estatutario de estos entes jurídico-públicos.

Acontece, sin embargo, con estas «personas públicas» que son el poder público; esto es, que juntamente con los órganos «no personificados», como los tribunales o las asambleas legislativas

(14) V. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, «Curso de derecho administrativo», Civitas, 1977, pág. 33 y ss.

(15) La conceptualización jurídica, que aspira a la autonomía científica, no permite ningún tipo de excepciones a la construcción dogmática. He ahí la razón de que todas las llamadas ciencias jurídicas comiencen ante todo por autodefinirse para asegurar su autonomía científica, y luego, generosamente, establecer sus relaciones con las demás ciencias jurídicas. Entiendo que a la hora de establecer estatutos de autonomía científica, la «Teoría general del derecho» debería comprender, como competencia plena de la misma, la propuesta de un sistema general delimitador de las distintas disciplinas jurídicas que dé orden al cosmos jurídico y no quedarse tan sólo en las conceptualizaciones más genéricas. La moderna «Teoría de la ciencia» ha asumido ya esta tarea respecto los distintos campos científicos.

constituyen «el poder público» o «el Estado» y que, por tanto, desarrollan la actividad preeminente, específica y propia del Estado que es determinar (crear, desarrollar, establecer) derecho (deberes-facultades) y aplicarlo (juzgar su cumplimiento e imponerlo a la fuerza).

Precisamente la personificación de este conjunto de órganos del poder público constituye una técnica jurídica inventada para hacer frente a la necesidad de pedir responsabilidades a la acción del poder público, sentarlo en el banquillo y poder ejercer derechos frente a él («derechos públicos subjetivos»).

Lo característico del derecho administrativo deriva, por tanto, de la necesidad de arbitrar un sistema de garantías frente a los actos del poder público que no emanan de las asambleas de representantes del pueblo o de los Tribunales.

En un primer momento, el esfuerzo doctrinal va a recaer en la distinción entre «actos de autoridad», en los que los órganos del poder ejecutivo intervienen revestidos con todo el aparato propio del poder estatal, actos respecto de los cuales se estima que no cabe ningún tipo de sometimiento a los tribunales, pues por su naturaleza son tan actos del Estado como las leyes o las sentencias, y «actos de gestión» en los que el poder público no interviene como tal, sino como si de un particular se tratara (p. ej., compra de vestimenta para el ejército, etc.) y se le puede sentar en el banquillo para enjuiciarlo y, en su caso, condenarlo. La distinción entre «actos de autoridad» y «actos de gestión» tiene su antecedente, en el derecho regio, en la doctrina del fisco que nace con una finalidad similar. «El fisco» es un arbitrio técnico para poder enjuiciar y condenar al propio poder público.

Pero de lo que se trata es de controlar el propio «acto de autoridad», esto es, la decisión de los órganos del poder ejecutivo en cuanto determinan deberes y facultades y es a través de la revisión de los mismos por medio de una jurisdicción especial cómo se va a encontrar la vía de enjuiciar.

Así, el derecho administrativo se consolida como «la Teoría de los actos administrativos» en cuanto actos del poder ejecutivo susceptibles de ser revisados por medio de una jurisdicción especial. Esta forma de conceptualizar el derecho administrativo como una disciplina que considera un tipo de «actos de poder» revisables jurisdiccionalmente, constituye hoy todavía, según entiendo, una manera de concebir su especificidad teórico-práctica mucho más provechosa que la sofisticación conceptual creada para hacer una definición menos vulnerable. Los conceptos (y, por tanto, las definiciones) no son algo absolutamente cerrado, sin ventanas, como las mónadas de Leibniz, sino instrumentos para captar la esencia de una cosa aunque se salgan del saco conceptual muchas notas no constitutivas. La obsesión del cierre conceptual suele hacer poco útiles los conceptos y un concepto poco útil es un mal concepto.

Concebido el derecho administrativo como la teoría jurídica de los actos de determinados órganos del poder público (con lo que se expresa de forma más abierta pero más reveladora su contenido sustancial a quien se acerca a este campo científico) aparece en la propia zona iluminada por esta expresión, lo que la moderna teoría ha querido incorporar a su territorio con toda razón: las llamadas «normas de organización». Precisamente, esta manera de ver devela lo más sustancial de dichas normas, a saber, que se trata de «normas de competencia y procedimiento» del sistema de producción de actos administrativos.

La consideración de los actos administrativos como la «actividad propia» de unas singulares personas jurídicas (el «giro o tráfico administrativo») (16), oculta la verdadera esencia de los mismos y origina un sistema excesivamente artificioso, en la que el acto creador de derecho se convierte en el acto de «una parte» generador de una relación persona a persona (la «relación jurídico-administrativa») y en las que esas singulares personas ostentan, como un auténtico supermán jurídico, unos extraños «privilegios» y «potestades» pero que, salvo en eso, son meros polos, positivos o negativos, de una relación jurídica. Lo que ocurre es que ese extraño ropaje de estas singulares personas esconden nada menos que al verdadero lobo feroz: el Leviatán, el poder público, con todas sus armas y bagajes. Extraños «privilegios» y «potestades» que aparejan nada menos que la facultad de dictar normas generales, dar órdenes, imponer limitaciones, enjuiciar conductas, imponer sanciones y desencadenar la fuerza pública contra los ciudadanos. En definitiva, esas extrañas personas son nada menos que un aparato de toma de decisiones jurídicas determinativas de deberes y facultades y de imponerlas a la fuerza. Es decir, que el giro o tráfico administrativo es «hacer derecho».

Por supuesto que hay actos del poder público que no son determinantes de deberes y obligaciones, pero están ordenados a ellos. Entre ellos, los llamados actos de juicio, de conocimiento o de deseo (informes, dictámenes, propuestas, etc.), que no deciden algo relevante a un deber o una facultad, pero que constituyen «una manera obligada» de hacer, cuyo objeto es la actividad decisoria. He aquí la razón por la que la doctrina tradicional no los considera incluidos en el concepto de «acto administrativo».

2. *La norma y el acto*

La distinción entre norma y acto es, a estos efectos, poco relevante, pero ha originado no pocas ocultaciones en este campo

(16) Es paradójico que después de conceptuarse el derecho administrativo sobre la base de la «solución subjetivista», abandonando la «función administrativa» como criterio delimitador, tenga luego que acudirse a un criterio funcional para delimitar lo que está dentro y lo que está fuera de esta disciplina.

y en todos los campos jurídicos. Ya es significativo cómo en la teoría general del derecho se sigue aún definiendo éste como «conjunto de normas». La falacia normativista y ordenancista del derecho no ha sido aún superada.

Sin embargo, la norma es una forma distinta de determinar conductas (deberes-facultades). La norma determina conductas en términos de previsión o programación de conductas. La norma señala una regla de actuación o de no actuación; esto es, una «clase» o «tipo» de conductas. Cuando no se determina una clase de conductas, la determinación se hace señalando unas conductas concretas. Lo concreto y lo abstracto, tienen un lindero muy indefinido, lo mismo que lo general y singular. Lo habitual es que la determinación de clases de conducta sea general y las conductas concretas (agotadoras) sean singulares. Pero no siempre es así. Una orden de limpieza general de márgenes de un río o de una carretera (acto administrativo) puede comprender a toda una comunidad, y, sin embargo, a unas personas concretas se les puede indicar una clase de acciones que pueden hacer o no hacer. Precisamente en actos que establecen prohibiciones, permisiones o licencias, se suele habilitar una clase de conductas debidas o permitidas. Pese a que conceptualmente se trate de una norma de conducta para grupos de personas, no van a ser considerados como normas o reglamentos. Usualmente se considera norma a la previsión de una clase de conductas para un colectivo genérico de personas o, más simplemente, a la «regla general» (17).

En todo caso, entendemos que no se cierra la delimitación entre norma y acto diciendo que el reglamento es «ordenación» de conductas, esto es, que «se incorpora al ordenamiento jurídico» (en el sentido de regulación de lo que debe hacerse y evitarse con permanencia) y el acto es «ordenado». Como ya puso de relieve la teoría pura del derecho, toda «creación» jurídica es a su vez «aplicación» de una norma superior, por lo que el reglamento es también algo ordenado, bien por la ley, bien por otro reglamento de superior rango jerárquico y hasta la propia ley es ordenada por la Constitución. A su vez, multitud de actos administrativos creadores de derechos y obligaciones tienen tanta permanencia o más que una ley formal y en manera alguna puede decirse que se consumen o agotan en su simple cumplimiento. Piénsese, por ejemplo, en la concesión de un sistema de riego o de una línea de ferrocarril o en una simple autorización administrativa de un centro docente; ¿dónde está el agotamiento o consumación jurídica?

Y aún más, ¿qué es el ordenamiento jurídico? O el ordena-

(17) La doctrina clásica ya señalaba que aunque «las reglas del obrar son ordinariamente comunes a muchos alguna vez, no obstante, pueden constituirse para uno que otro»; «tal precepto será de la *misma razón esencial* con otro precepto semejante, impuestos a muchos o a todos los de tal comunidad». V. SUÁREZ, «De legibus», trad. esp. Torrubiano I, pág. 110.

miento jurídico es todo el conjunto de deberes y facultades establecidos, en cuyo caso los actos y los contratos forman parte de él, o el ordenamiento es tan sólo el conjunto de normas publicadas en las gacetas oficiales, en cuyo caso se incurre en una petición de principio al formularse este criterio de distinción, a la vez que deja de señalarse la totalidad del territorio jurídico vigente.

Menos aún es posible considerar válida la afirmación de que el reglamento «innova» el ordenamiento jurídico y el acto no. El ordenamiento jurídico es una cadena de innovación continua, en el que cada autoridad pone algo de nuevo. La ley de transportes terrestres fija los criterios generales a que deben sujetarse los transportes de paquetería; el reglamento general, delimita estos criterios; la orden ministerial reguladora de los transportes de mercancías acota aún más el interés público y, por fin, la autorización administrativa a la empresa S. P. determina el interés general para la línea Zaragoza-Benasque y toda su comarca circundante a la vez que, consecuentemente, establece un sistema de derechos y obligaciones en esa comarca y para ese género de tráfico.

Sin embargo, como quiera que sujetar clases de conductas con carácter general («disposiciones de carácter general» según nuestro derecho) es materia análoga a la función legislativa, he aquí por qué la ley exige que se haga por determinadas autoridades jurídicas, con arreglo a unas rigurosas formalidades y con un sistema de publicidad (promulgación) distinto de los actos que, aunque sean normativos, suelen tener algún tipo de individuación que no requiere tantas cautelas en su explicitación.

Por supuesto que las llamadas «normas de organización» en cuanto afectan a la validez formal de la determinación de deberes-facultades, lógicamente se les exige el mismo rigor creativo que a las disposiciones de carácter general, aunque en algunos casos no afecten a órganos autorizados para conformar la decisión administrativa ni tan siquiera a nivel de propuesta.

Excuso traer a colación la innovación jurídica que aparejan, por otra parte, esos actos administrativos bilaterales que son los contratos administrativos. No voy a entrar aquí en la polémica naturaleza de los contratos administrativos, pero en lo que no cabe duda alguna es que se originan en una decisión administrativa (a), que innovan todo un sistema de derechos y obligaciones a veces de más trascendencia general que las disposiciones generales (b), y que, pese a la fórmula contractual, más que una autodeterminación de partes (o, si se quiere, por encima de la autodeterminación de las partes), la Administración ostenta unas potestades públicas o «privilegios» (c), en cuanto el contrato consiste no más que un «medio» de satisfacción de intereses generales, como el mero acto, como el reglamento, como la ley.

3. *La naturaleza común de toda decisión jurídica determinativa de deberes-facultades*

Lo que se quiere resaltar con todo lo anterior es que como ya vio la teoría pura del derecho, el derecho consiste en un sistema de determinación de deberes-facultades en la que cada determinación tiene la misma «naturaleza» o «esencia». No es conceptualmente necesario que este sistema se genere en forma descendente, aunque «es bueno» que normalmente sí lo sea y habitualmente lo es. Lo que diferencia a una decisión de otra es (aparte de su contenido, como es obvio) la jerarquía del órgano del poder público que emana. No tiene una más valor que otra por ser de distinta clase. Ocurre, sin embargo, que por ser «bueno» preservar lo general frente a lo particular («privilegium») una norma superior se ocupa de garantizarlo estableciendo el principio «*legem patere quam fecisti*», aunque autorizando a veces excepciones al mismo.

Como dice la teoría pura, no hay razón para fundamentar ningún tipo de dualismo jurídico. Todo deber-facultad está cuestionado por su validez material (si es o no contrario por razón de materia a otro establecido) y por su validez formal (si está puesto «en forma») para que produzca la sujeción o el «patere» propio de todo deber. Válido, formal y materialmente, no hay razón para distinguir si procede de una decisión del Parlamento «de cumplimiento directo», de un delegado provincial, de un agente de la circulación o de un contrato.

En rigor, si en relación con las determinaciones de deber hubiera que establecer dos clases verdaderamente distintas sería, más que por la naturaleza del deber, por la naturaleza de la consecuencia que apareja su incumplimiento: en un caso, se impone el deber a la fuerza o se sustituye por otro deber; en otro caso se impone una pena o castigo. Contrariamente a la idea que ha generalizado la teoría pura del derecho, la ejecución forzosa de una obligación no es una sanción en el sentido general del concepto, ni mucho menos lo es la declaración de invalidez que Kelsen llama «sanción de nulidad». Son tan sólo aquellas conductas que se consideran socialmente más peligrosas las que generan la respuesta sancionadora, respuesta que se atribuye a los órganos jurisdiccionales cuando es grave, pero que también ostentan los órganos administrativos. En este supuesto se trata de actos jurídico-administrativos, esto es, decisiones administrativas que aunque implican la creación de un deber para el interesado (p. ej., pagar una multa) su naturaleza principal es de carácter evaluativo y ejecutivo.

Pues bien, ¿qué se decide con la decisión creadora (determinativa) de derecho?; se decide imponer o tutelar conductas como medio para cumplir una finalidad que resuelve un problema de la convivencia humana, se decide, en suma, determinar aquellas conductas «buenas» para la convivencia que es imprescindible

imponer a la fuerza (a), o bien se decide establecer los mejores medios o técnicas para tomar decisiones que impongan o tutelén dichas conductas (b), o los mejores medios para enjuiciarlas o imponerlas a la fuerza (c). Y ello, en todo caso, tanto en la norma constitucional como en la licencia municipal de apertura de un comercio.

Por todo ello, el quehacer jurídico, en cuanto es un quehacer instrumental técnico, no puede en manera alguna ser *inteligible*, haciendo abstracción, como quiere el purismo positivista, de la finalidad que se persigue. Se dirá que entrar en el campo de la finalidad social es entrar en el campo de la política jurídica, lo cual es cierto, pero si el derecho es un instrumento al servicio de fines sociales es, en el riguroso sentido del término, política y eso, por muy desgraciado que se considere, es una palmaria realidad. Pues bien, si ello es así, ¿cómo comprender el precepto jurídico sin entender cuál es el fin que se persigue? Es cierto que tanto el ciudadano como el jurista práctico pueden hacer abstracción del sentido del precepto obedeciendo ciegamente y al pie de la letra su supuesto contenido, pero ello, amén de convertir al ciudadano en un autómatá desmotivado y al jurista en un pagayo que se limita a decir «si A debe ser B», es la garantía segura de que no pocas veces la obediencia ciega y literal constituirá un error.

El acto de determinación jurídica conlleva ciertamente una decisión política que hay que enmarcar en el plan político del poder público. Por tal razón (porque las finalidades sociales son optativas y preferenciales, en una cierta medida) el derecho es filosofía. En rigor, más que de «filosofía del derecho» debería hablarse de «la filosofía que es el derecho», esto es, la filosofía que entraña, la filosofía que «velis-nolis» aparece.

Por ello, «fas-nefas», hacer derecho es hacer política, hacer filosofía social y, «a fortiori» —porque comprende a ambos quehaceres— el quehacer jurídico es quehacer moral.

La naturaleza filosófica y política de la decisión creadora del derecho se hace más ostensible y manifiesta en las primeras decisiones de la cúspide jerárquica del Estado. La Constitución es todo un arranque de la orquestación filosófico-política del poder público donde ya figuran en esbozo sus grandes parámetros y los temas que se van a detallar «in extenso» en las determinaciones de las demás autoridades políticas. Pero filosofía política hay tanto en la Constitución como en el último acto de la cadena de desarrollo de la misma.

¿Qué sentido tendría todo el sistema de impugnación de todos los actos creadores de derecho, incluida la ley, si sólo fuese discutible la validez o fundamentación formal de la decisión (esto es, si se han cumplido las formas de creación) y no su fundamentación material (esto es, si su contenido se ajusta a las determinaciones superiores)?

Pero es que hay más; cuando por oscuridad, silencio, contradicción, ambigüedad o inconcreción de lo preceptuado hay que interpretar ¿qué sentido tiene la interpretación si no es la búsqueda de la finalidad que se persigue por el poder público?

Antes al contrario, toda la cadena de decisiones jurídicas suponen un acto de «comprensión del sentido» de una determinación anterior; esto es, un acto de conocimiento de la pretensión que le da razón, sin el cual la decisión ulterior no es posible enmarcarla en la precedente. El «marco abierto de posibilidades» (18) es un marco teleológico, no un portillo abierto al capricho de cada autoridad jurídica.

La decisión creadora, bien sea de la asamblea legislativa, bien sea del agente de tráfico (que también «crea» deberes-facultades), persigue una finalidad social y esta es su verdadera naturaleza; en definitiva: su razón de fin. Ello es tan sencillo y redondo que se oculta entre la multitud de las más rebuscadas doctrinas que enturbian la comprensión y la simplicidad de la teoría general del derecho, cuya reconstitución va siendo ya una misión casi revolucionaria.

El fin del derecho no es «la paz». Los fines del derecho suelen ser, por contra, «guerreros» (19), porque progresar es pelear. Pero tampoco es «la justicia» en cuanto calidad que se predica de una actividad de «reparto», ya que los fines sociales trascienden al problema del reparto (aunque el justo reparto de bienes y males, esté en la esencia misma de las finalidades del poder público). El fin del derecho es «el bien» de la convivencia o «los bienes» o «fines» que arreglan los problemas de la convivencia (uno de cuales, repito, es «repartir» cargas y beneficios).

Pero pongamos que sea la paz o una determinada idea distributiva. Lo que es inevitable es que este fin *da razón* al derecho como medio. No es que el fin sea algo a considerar para «valorar» el derecho o para considerarlo «desde una perspectiva axiológica», como si se le llevara a un laboratorio axiológico para someterlo a análisis críticos. No; es que *el fin decide la comprensión de las decisiones jurídicas* y, por ello, juega su juego en toda la vida del derecho.

Por ello, la decisión creadora del derecho no es tampoco una mera pauta o directiva del uso de la fuerza, ni mucho menos es el derecho un reglamento del uso de la fuerza. No es esa la naturaleza o finalidad del derecho y, por tanto, aunque sea también eso (pues las facetas del ser son plurales) se desnaturaliza el derecho presentándolo de esa manera.

La fuerza forma parte esencial del concepto del derecho, en tanto constituye su especificidad moral. Hay unos deberes-facul-

(18) V. Kelsen, o. c. X. 3.

(19) V. Max Weber ha destacado el sacrificio que implica para algún grupo social cualquier medida política. V. «El político y el científico». Trad. esp. Alianza, 1958.

tades que deben ser impuestos-tutelados por la fuerza comunitaria. El uso de la fuerza es, a su vez, el deber de un funcionario de la organización social, de tal manera que el incumplimiento del deber de usar la fuerza apareja a la vez el deber de usar la fuerza contra el infractor. Pero el derecho alcanza su fin sin el uso de la fuerza en cuanto se cumple: la conducta debida se pone, la indebida, se omite, las facultades se respetan y se ejercen pacíficamente. Sólo en caso de incumplimiento aparece la fuerza y ello después de un proceso evaluativo. Por ello no se señala la auténtica «realitas» del derecho cuando el realismo jurídico dice que «el derecho es lo que hacen los jueces».

4. *La decisión judicial y la decisión administrativa*

La decisión judicial forma parte, ciertamente, del sistema jurídico, pero es tan sólo una parte consecutiva.

La decisión judicial se adopta con *una conducta ya puesta a diferencia de la decisión determinativa del deber que se adopta para que sea puesta una conducta*. El vendedor no ha entregado la cosa, el aceptante no ha pagado la letra, el conductor ha causado un accidente de tráfico, el terrorista ha privado de vida a un agente de la autoridad; todo eso ya ha pasado; ya ha pasado lo que desgraciadamente se había previsto que podía pasar; ahora toca al poder público sacar las consecuencias, también previstas. Que el derecho deje o no a los particulares que insten su pretensión de tutela, no obsta para que el poder público asuma la función prevista de desencadenar la fuerza contra el infractor.

Pero antes de todo ello, el juez tiene que examinar y decidir qué ha pasado. Lo pasado, pasado está, pero de lo que se trata ahora es de reconstruirlo con la mayor verosimilitud, a fin de decidir sobre lo sucedido. Esta decisión sobre lo sucedido, en la medida en que hay varias versiones, es, como le llama nuestra tradición jurídica, un enjuiciamiento. Carnelutti le ha llamado «juicio histórico».

Una vez que se ha decidido «la versión auténtica de lo ocurrido», el juez tiene que decidir si realmente se ha producido un incumplimiento de un deber; esto es, si se ha actuado bien o mal, de acuerdo con las determinaciones positivas. Esta segunda decisión, en la medida en que hay varias alternativas y maneras de considerar la conducta de los implicados, es también un enjuiciamiento o valoración; pero un enjuiciamiento y valoración ético-jurídica a la vista del complejo de deberes determinados por el poder público. Por eso Carnelutti le ha llamado «juicio ético».

Una vez terminado el juicio, el juez conmina o condena a una parte a cumplir el deber «con todas sus consecuencias» bajo la amenaza de descargar contra él la fuerza pública o bien sustituye el primitivo deber por otro (el tiempo ya es otro y las circunstancias son también distintas) bajo la amenaza de descargar contra él la coacción pública; o, en otro caso, le castiga, si el incum-

plimiento aparece una pena. O, por último, absuelve: no ha habido incumplimiento.

Kelsen ha llamado a la sentencia «norma individual», sin que sea en ningún caso una norma en el sentido riguroso del término.

La sentencia no determina el deber, como cree Kelsen, porque no se puede determinar el deber «a posteriori» de la conducta que es requerida como obligatoria. Ahora veremos la función «creativa» o determinativa de la jurisprudencia, pero, por de pronto, quede claro que la función principal de la decisión judicial no es determinativa de la conducta sino evaluativa de unas conductas ya puestas. La sentencia aplica las consecuencias previstas para el incumplimiento, en el sentido de que «impone» o «pone» la consecuencia a continuación de la infracción. Así como la determinación del deber (sea o no normativa) propone una conducta como debida ligando la voluntad libre de cada cual al fin pretendido por el poder público (obligando), la sentencia es mera aplicación.

Se produce así una diferencia sustancial entre el acto de la autoridad administrativa y la decisión de la autoridad judicial. En el primer caso no hay aplicación de consecuencia, aunque sí hay «aplicación» en el sentido de concreción o adaptación, en cuanto el acto, todo acto, es aplicativo en esta acepción de la palabra. En el segundo caso hay aplicación de las consecuencias previstas en la determinación del deber.

Esta diferencia sustancial aparece varias consecuencias y alguna de ellas de orden fundamental, a saber: *el problema de la decisión jurídica se le plantea en primer lugar y ante todo al ciudadano*, esto es, al obligado o facultado por la norma positiva. Soy yo, tú, él; cada cual, en suma, quien se encuentra con el drama de decidir qué es lo que está prohibido o permitido. Ante la abundancia normativa, ante la oscuridad, insuficiencia o inexpressión del poder público, ¿qué debo hacer? Es al ciudadano al primero que se le presenta con toda su rotundidad el problema de la interpretación jurídica. Y, por supuesto, al abogado, al consultor jurídico. Y aún hay veces, muchas veces, en que se tiene que decidir a oscuras, aventurando lo que es debido según ley o lo que está permitido, aventura en la que nos acompaña tan sólo ese consultor general que es la conciencia moral. Por tanto, en la medida de que el deber no queda determinado por la sentencia, hay lagunas en las determinaciones positivas.

El juez, por tanto, evalúa si la decisión que adoptó el ciudadano fue o no la correcta y es con ese motivo cómo hace la «búsqueda de la norma» y decide definitivamente lo que es debido o indebido, permitido o no permitido. Es cierto que en la decisión judicial hay una decisión de lo que es o no debido o lo que es o no permitido, pero esta decisión es evaluación de lo que en aquel entonces, y no ahora, en aquellas circunstancias, y no en ésta, debió decidir el ciudadano. Y el juez está obligado a ponerse en el tiempo y circunstancia que está evaluando.

Hechas estas puntualizaciones sobre lo que es el «eidos» de la decisión judicial, vamos ahora a ver cómo con motivo del enjuiciamiento de la conducta pueden producirse efectos determinativos de deber.

En la sentencia penal, si hay un incumplimiento, se impone la pena prevista. En cuanto hay cierto arbitrio en la imposición del castigo, el juez concreta la pena. No hay, por tanto, ningún aspecto «creativo» o determinativo de deber cuyo incumplimiento se castiga.

En la decisión judicial civil a veces parece que se reproduce y concreta el deber haciendo constatar el juez que, en efecto, A debe entregar la cosa o B pagar la letra, pero ello no es más que un «prius» de la conminación en que consiste propiamente el fallo: se condena a A a entregar la cosa más los daños o perjuicios que han podido producirse por no entregarla en su tiempo a la vez que se ordena al agente de la autoridad que, sin más juicio, realice determinados actos de fuerza contra el condenado si no hace la entrega. Otras veces se sustituye el deber incumplido por otro, ya que no es posible reproducirlo.

Hay en todas estas operaciones aspectos «creativos» del deber, pero que, en rigor, aparejan la creación de otros deberes distintos, de tal manera que no se puede decir que el juez ultime la determinación de la conducta en ese proceso descendente que va desde la ley a la sentencia. El hecho sustancial de que el deber no se cumplió en su oportunidad hace posible dotar a su evaluación de una naturaleza determinativa o innovadora. El juez recrea un nuevo deber en sustitución del incumplido. En todo caso crea auténticos deberes nuevos con otros destinatarios: los funcionarios ejecutivos.

De otra parte, la opción que adopta la autoridad judicial de escoger una norma en vez de otra y, aún más, la interpretación que da al conjunto de deberes y facultades establecidos (ordenamiento jurídico) va a servir de *precedente* en casos similares que se presenten y, por tanto, va a servir de norma de conducta para el ciudadano. Pero el funcionario judicial puede cambiar de criterio, cambia de puesto, se jubila, cesa, por lo que el precedente no es más que una pauta de lo que es una tendencia en el cuerpo de funcionarios judiciales. Sin embargo, hay veces en que es la propia ley del poder público la que obliga a los funcionarios judiciales a una consecuencia y en estos casos el precedente se incorpora al ordenamiento jurídico, modulándolo, perfilándolo, completando sus agujeros y simas y, a veces, transformándolo. Pero todo ello para deberes distintos de los que se enjuician.

Conocer los precedentes es entonces tanto como conocer la determinación del poder público, ya que, en rigor, tan poder público es la autoridad judicial como la autoridad gubernamental.

Todo lo anterior no supone que el razonamiento jurídico consista en predecir el comportamiento de los tribunales; en primer

lugar, porque tan sólo en algunos supuestos se somete el problema jurídico a decisión judicial y, en segundo lugar, porque el debate jurisdiccional consiste, tanto para las partes como para el juez, en examinar si es éste y no aquél el precepto aplicable y, sobre todo, si la razón del precepto es ésta o aquella en función de sus finalidades.

En definitiva: la decisión «creadora» de la autoridad administrativa no es lo mismo que la decisión evaluadora de la autoridad judicial. No se puede situar sin más al mismo nivel entitativo el acto administrativo y la sentencia.

Ahora bien, no todas las decisiones jurídicas administrativas son determinativas de deberes y facultades.

Ante todo, hay unas decisiones en las que la autoridad administrativa se limita a constatar que se dan las circunstancias de nacimiento de un deber o facultad perfectamente previsto en una determinación anterior de carácter normativo. Este tipo de decisiones son las llamadas en derecho administrativo «actos reglados», si bien no todos los que son llamados tales tienen clausurada toda posibilidad determinativa. Se trata de actos de reconocimiento o constatación de un derecho previsto pero que precisan de la declaración de la autoridad administrativa para que nazcan a la vida jurídica con plenitud de efectos.

Pero con independencia del supuesto anterior, las autoridades administrativas generan actos de la misma naturaleza que sus primas hermanas las autoridades judiciales: actos de enjuiciamiento, actos conminatorios, actos de ejecución forzosa y hasta actos de penalización o castigo.

¿Por qué el poder público actúa de una manera tan dispar? ¿Por qué en unos casos el incumplimiento tiene que ser declarado por unos órganos del poder público especializados (los órganos jurisdiccionales) y en otros no? Ya se comprende que hay toda una serie de razones históricas que justifican esta diferencia, y, aún más, hay unas historias específicas que también inciden en la diferencia, pues no en todo caso ni en todos los países se produce este planteamiento.

Sin embargo, hay una razón de fondo en esta diferenciación de estrategia jurídica. Cuando el órgano administrativo determina un deber (en tanto que es poder público como el órgano judicial) no tiene por principio que acudir a otro órgano del propio poder público a que le constate el incumplimiento ni a que use la coacción prevista contra el infractor. La doctrina va a llamar a estas potestades inherentes a los órganos administrativos del poder público «privilegios» de autotutela, según la idea sobre la que se viene construyendo la teoría del derecho administrativo. Lo que ocurre es que ese «privilegio» es la emanación lógica de la «potestas pública».

Desde otro punto de vista, debe tenerse presente que la actuación jurisdiccional aparece y se desarrolla en la historia del

derecho sobre la base de enjuiciar incumplimientos de deberes en la que hay partes privadas en conflicto (incluso en el proceso penal) y el poder público asume la función arbitral de decidir ese conflicto entre las partes. Esto es, el poder público aparece realizando una función social de «administrar justicia».

Con todo, tanto la formación como la organización de las autoridades judiciales en la neutralidad técnica y la independencia política hace que, con toda razón, exista una corriente doctrinal a fin de que se desplace en la mayor medida posible la función de tutela jurídica hacia los órganos públicos jurisdiccionales. En todo caso, tanto las decisiones de las autoridades jurídicas como la de las autoridades judiciales están sometidas a un sistema de revisión por órganos jurisdiccionales, bien por la vía de los recursos de apelación o casación en unos supuestos, bien por la vía contencioso administrativa en otro. Porque todas las decisiones del poder público salvo las que emanen del poder constituyente, son evaluables en función de una decisión superior y, por tanto, ninguna debe ser inmune.

No habría hecho falta rodear a la doctrina jurídica de todo el aparato de ficciones y artificios que ahora soportamos para llegar a esta conclusión...

Pero el progreso jurídico no siempre ha seguido el camino recto.