

REFLEXIONES SOBRE LA LEY Y LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO(*)

POR

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA

Catedrático de la Facultad de Derecho de Madrid.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. POSITIVISMO Y JURISPRUDENCIA PRINCIPAL: 1. *La revisión del positivismo legalista:* a) La insuficiencia de la tipificación legal de supuestos de hecho; b) De la *voluntas legislatoris* a la *voluntas legis*; la interpretación evolutiva; c) La posición del Juez y su decisión como conformación valorativa de la norma; los principios como *prius* de la interpretación; la jurisprudencia como fuente del Derecho; d) La desvalorización moral y social de la Ley como técnica de gobierno humano; el control judicial de las leyes como un control por principios. 2. *La concepción sustancialista del Derecho y los principios generales del Derecho; confirmación en el comparatismo, en la historia jurídica, en la articulación de distintos sistemas positivos nacionales.* 3. *La justificación de la ciencia jurídica como parte de la vida real del Derecho.*—III. JURISPRUDENCIA PRINCIPAL EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO: 1. *Aplicación de lo anterior al Derecho Administrativo; la exigencia especial de un esqueleto de principios.* 2. *La insuficiencia de la sumisión de la Administración a la Ley y la necesidad de una vinculación por la justicia material.* 3. *La confirmación en la experiencia histórica; los principios jurisprudenciales y los principios institucionales; la situación actual en los distintos países.*—IV. LA REACCIÓN POSITIVISTA Y SU REDUCCIÓN: 1. *La reacción hacia una sobriedad jurídica, Forsthoff, Garrido.* 2. *La oportunidad de esta reacción y su exceso verbal; positivismo y positividad del Derecho; imposibilidad real de un nuevo positivismo normativo.* V. IUSNATURALISMO Y PENSAMIENTO TÓPICO: 1. *La tesis de Viehweg; axiomática y tópica; el carácter tópico de las soluciones y el pensar jurídicos.* 2. *El descrédito del iusnaturalismo por su pretensión axiomática; la inserción del Derecho natural en la estructura institucional tópica; unidad y no dualismo del orden jurídico; los principios generales del Derecho como conversión técnica del Derecho natural.* 3. *Las instituciones como lugar medio de encuentro de los valores superiores con la experiencia tópica de los problemas; las instituciones son el primer elemento del pensar jurídico; la idea institucional como principio general; interpretación, aplicación y construcción del Derecho como depuración de los principios institucionales; la vida del Derecho como dinámica institucional.*

(*) Este trabajo, que se publicará en los *Estudios en homenaje del Profesor D. Ignacio Serrano en sus XXV años de magisterio*, procede de la Memoria que redacté en 1961 para opositar a la Cátedra que hoy ocupo, texto sobre el que se han introducido muy pocas alteraciones. Declaro esta procedencia precisamente para relativizar la significación del trabajo, como nacido tan circunstancialmente, y a la vez para justificar ante el lector todo el carácter del mismo.

I

INTRODUCCIÓN

El tema del método jurídico debe ser descargado de sus «aspiraciones imperiales» o hegemónicas (1). Es la idea sustantiva del Derecho lo que determina su método y no lo contrario, como ha venido pretendiendo abusivamente una doctrina de clara filiación kantiana (2). Sin embargo, de ello no cabe deducir apresuradamente la inutilidad de toda meditación sobre el método, pues siendo éste la reflexión de una ciencia sobre su propio obrar (3), es claro que esta introspección puede contribuir en forma importante a perfeccionar y depurar el obrar científico ulterior. Ello explica también la dificultad que el tema presenta. Por una parte, las grandes teorías metódicas suelen ser formuladas desde criterios filosóficos por quienes no son técnicos en las respectivas materias, lo que explica la esterilidad ordinaria de sus brillantes construcciones (4). Pero, a la vez, los expertos en la materia científica de que se trate, que son los únicos capaces de realizar esa reflexión sobre la construcción científica que es en ellos hábito, suelen encontrarse en gran dificultad para formular técnicamente los resultados de esa reflexión, pues tal formulación cae ya necesariamente fuera de la particular ciencia positiva que poseen. Tales son los dos polos de tensión, Scylla y Caribdis, que dan su peculiar dificultad al tema del método. Por nuestra parte pretendemos inscribirnos en el segundo grupo, el de los juristas positivos. Nuestra reflexión será orientada por ello predominantemente al margen de las posiciones de principio y partiendo de experiencias comunes en la técnica aplicativa y científica que nos es familiar, aunque con la intención—sobre todo si encontramos ayuda en fuerzas más firmes que las nuestras—de alcanzar desde esa base modesta algún esclarecimiento general.

(1) F. KAUFMANN, *Metodología de las Ciencias Sociales*, t. e., México, 1946, pág. 2: «Principios dogmáticamente estatuidos y con aspiraciones imperiales, que trataban de cimentar la hegemonía de un método».

(2) Cfr. DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, 2.ª ed., Madrid, 1949, I, pág. 441; LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlín, 1960, pág. V, y la Introducción a mi libro *La Administración española*, Madrid, 1961, págs. 11 y ss.

(3) LARENZ, loc. cit.

(4) Vid., además, lo que luego se dirá sobre el carácter «tópico» de la ciencia jurídica.

II

POSITIVISMO Y JURISPRUDENCIA PRINCIPAL

1. El problema del método está hoy planteado alrededor de una cuestión básica que domina todo el panorama actual de la ciencia jurídica, la revisión del positivismo legalista que ha prevalecido durante el último siglo y medio de la ciencia jurídica. La instauración del Estado legislador (5), llevada a término por la Revolución Francesa, trajo la pretensión nueva de reducir el Derecho a un conjunto sistemático y cerrado de normas positivas y la exclusión en él de toda referencia al valor material de la justicia, que únicamente al legislador, y no al aplicador del Derecho, correspondía atender (6).

La revisión crítica de esta gran concepción sigue una evolución que puede esquematizarse brevemente.

a) Pronto se advierte que la tipificación de supuestos de hecho por el legislador no puede jamás agotar la variable y proteica riqueza de situaciones capaz de presentarse en una vida social cuya evolución nada detiene. Sin embargo, esta constatación va a motivar un artificioso esfuerzo para apuntalar la teoría básica: las «lagunas de la ley» se integran mediante un proceso deductivo operado inmanentemente a partir de las propias leyes positivas, mediante la llamada «expansión lógica» de las normas singulares, sin acudir a ningún principio trascendente de justicia material, y ello con objeto de no romper la unidad y homogeneidad del sistema: es el dogma de la *completezza dell'ordinamento* en la expresión clásica de DONATI (7), de la *Lückenlosigkeit* o ausencia de lagunas (que a lo más podrían predicarse de leyes singulares, pero nunca del Derecho), de la *logischen Geschlossenheit* o sistema lógicamente

(5) En la lúcida caracterización de Carl SCHMITT, *Legalität und Legitimität*, 1932, recogido ahora en sus *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Berlín, 1958, págs. 263 y ss.

(6) Alf ROSS, *Theorie der Rechtsquellen*, Leipzig und Wien, 1929, págs. 169 y ss.; WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, págs. 271 y ss. (en la traducción esp., 1957, págs. 404 y ss.); LARENZ, *Methodenlehre*, cit., págs. 25 y ss.; FUEYO, *El sentido del Derecho y el Estado moderno*, «Anuario de Filosofía del Derecho», I, 1953, págs. 381 y ss.; FRIEDMANN, *Legal theory*, 3.ª ed., London, 1953, págs. 150 y ss.; WALINE, *Positivismisme philosophique, juridique et sociologique*, en *Mélanges Carré de Malberg*, París, 1933, págs. 517 y ss.

(7) DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano, 1910.

cerrado del ordenamiento jurídico positivo (8). Es la primera ficción que se requiere para poder dejar en pie la concepción básica de la estatalización total del Derecho. En aquellos sistemas, como ocurre en el nuestro, en que expresamente son llamadas, en defecto de ley «exactamente aplicable», otras fuentes subsidiarias del Derecho no estatalizadas (la costumbre, los principios generales del Derecho), ni siquiera esa ficción es ya posible, y, por consiguiente, al ser obvia la unidad y la homogeneidad del orden jurídico, resulta claro que esa unidad no puede ser explicada ni reducida a uno solo de sus elementos singulares. Concretamente, el Derecho no puede ya considerarse como «la voluntad del Estado», pues implicaría dejar fuera todo el sistema de fuentes formalmente subsidiarias llamadas a aplicarse justamente en la hipótesis de una ausencia o de una deficiencia de esa voluntad.

b) Si el Derecho fuese, en efecto, únicamente un sistema de mandatos del Estado habría que concluir necesariamente que su interpretación se agotaría con una exégesis de las palabras de la ley, buscando sobre todo precisar el sentido exacto de ese mandato a través de una inquisición de la *voluntas legislatoris*. Sin embargo, ya la implacable y decisiva crítica de GENY en Francia demostró la necesidad de que el intérprete maneje datos y criterios prepositivos para poder descender al examen mismo de los elementos positivos (9), y antes aún tuvo lugar la elemental constatación de que «la ley suele ser más inteligente que el legislador» (10), y de que es preciso atender, como justificó WACH (11), no a una petrificada, como una vez por todas expresada, *voluntas legislatoris*, sino por lo menos a una viva y objetiva *voluntas legis*, institucio-

(8) Vid. las referencias de BOEHMER, *Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung*, II, 1, *Dogmengeschichtliche Grundlagen des Bürgerlichen Rechtes*, Tübingen, 1951, págs. 160 y ss.; ENGISCH, *Der Begriff der Rechtslücke*, en *Festschrift für W. Sauer*, Berlín, 1949, págs. 85 y ss. y 96 y ss.; MAX WEBER, *Rechtssoziologie*, ed. WINCKELMANN, Neuwied, 1960, págs. 272 y ss.

(9) GENY, *Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif*, París, 1899 (hay trad. esp.), y sobre todo su gran libro *Science et technique en Droit privé positif*, 4 tomos, París, 1914-1924. Vid. *infra*.

(10) En la forma «Das Gesetz kann einsichtiger sein als der Gesetzgeber», la observación procede de WACH. Otra fórmula, de ENDEMANN: «Das Gesetz selbst kann klüger sein als die, die es schufen» (Las dos referencias en ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts. Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre*, Tübingen, 1956, págs. 257 y 178, nota; hay trad. esp. reciente de esta espléndida obra, Barcelona, 1961). Otras referencias análogas (SOHM, ACCIUS, BINDING) en CARL SCHMITT, *Die Lage der europäische Rechtswissenschaft*, Tübingen, 1949, pág. 13.

(11) Vid. el resumen de ESSER, *Grundsatz*, cit., págs. 257 y ss.

nalmente valorada (12), y susceptible por ello de una interpretación evolutiva (13), como, por lo demás, la práctica interpretativa del cuerpo legal aparentemente más simple hasta para acreditar concluyentemente. La autonomía de esa supuesta voluntad de la ley respecto de su autor y el hecho de su movilidad en el tiempo no podrían explicarse si la ley misma no fuese vista como expresión de algo sustancial y más profundo, lo cual, por serlo, es capaz de someter y relativizar lo que no es más que una simple manifestación o formalización suya; aquí aparecen ya los famosos principios generales del Derecho (sobre los que hemos de hablar luego), sin cuya realidad todo ese proceso esencial de la traducción de la ley en vida jurídica efectiva y su incesante movilidad no tendrían explicación posible;—sería, en rigor, una arbitrariedad de los intérpretes sin norte posible, la misma cabalmente que el legalismo quiso en su momento desalojar—.

c) Con todo ello, el dogma de la posición del juez como *bouche qui prononce les paroles de la loi*, como *être inanimé*, en la clásica expresión de MONTESQUIEU (14), como *reinen Subsumptionsapparat*, como puro aparato de subsunción legal (15), tuvo que ser abandonado, y con ello quizá el punto clave a que pretendía conducir toda la construcción positivista. GÉNY en Francia, VON BÜLOW, REICHEL e ISAY en el mundo germánico, POUND y CARDOZO en el anglosajón, entre otros muchos (16),

(12) Cfr. LIVER, *Der Wille des Gesetzes*, Bern, 1954.

(13) «No sólo la interpretación puede evolucionar, sino que no puede dejar de evolucionar»; CARNELUTTI *Teoría general del Derecho*, trad. esp., Madrid, 1941, pág. 313. Sobre el fenómeno merece subrayarse la fina reflexión de Santi ROMANO, *Interpretazione evolutiva*, en *Frammenti di un Dizionario giuridico*, Milano, 1946, págs. 119 y ss. W. FRIEDMANN, *Law in a changing Society*. London, 1959, págs. 24 y ss., teoriza brillantemente dentro de una concepción general de la evolución del Derecho y de su aplicación al cambio social.

(14) *De l'Esprit des Lois*, XI, 6: «Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force, ni la rigueur».

(15) BACHOF, *Grundgesetz und Richtermacht*, Tübingen, 1959, pág. 8. Vid. mi extensa reseña de este libro en el número 105 de «Revista de Estudios Políticos», págs. 291-303. BOCKELMANN, *Richter und Gesetz*, en *Festgabe für R. Smend*, Göttingen, 1952, págs. 25 y ss.: «La aplicación de la ley por el juez debía funcionar como un aparato automático, con la única particularidad de que el automatismo no es mecánico, sino un automatismo lógico: el juez debía ser un «esclavo de la ley».

(16) GENY, ops. cit., *supra* nota 9. VON BÜLOW, *Gesetz und Richteramt*, Leipzig, 1885. REICHEL, *Gesetz und Richterspruch, Zur Orientierung über Rechtsquellen- und Rechtsanwendungslehre der Gegenwart*, Zürich, 1915. ISAY, *Rechtsnorm und Entscheidung*, Berlin, 1929. POUND, *An Introduction to the Philosophy of Law* (1921), rev. ed. New Haven, 1954, págs. 48 y ss. (con gran agudeza observa que la consideración del Derecho como un «aggregate of rules» es propia de épocas arcaicas, en tanto que en la fase de «maturity of law» el papel de las normas específicas está sustituido por «general pre-

hicieron patente definitivamente que en toda decisión judicial (y esto puede aplicarse a la integridad del proceso de aplicación del Derecho, aunque no toda tenga la *auctoritas* de la aplicación por el juez) se reproduce necesariamente en mayor o menor medida el proceso de creación o producción del Derecho, que en toda interpretación judicial de una norma hay necesariamente una conformación valorativa de esta norma, que toda decisión judicial entraña una decisión originaria sobre el orden jurídico (17). Sin necesidad de acudir a las «cláusulas generales», «normas en blanco», «conceptos jurídicos indeterminados», «conceptos normativos», «directivas», «standards de conducta normal», «discreción o apreciación del juez», «equidad» y demás invocaciones a valoraciones materiales que se encuentran necesariamente en la más estricta y formal norma positiva (18), invocaciones que se han llamado certeramente «los

mises for judicial and juristic reasoning», es, a saber, «legal principles», «legal conceptions» y «legal standards»; págs. 56-7). CARDOZO, *The nature of judicial process*. New Haven, 1921 (hay trad. esp. Buenos Aires, 1955).

(17) Ultimamente, BACHOF, *Grundgesetz* págs. 8-9. LARENZ, *Methodenlehre*, págs. 210 y ss. (ampliamente). ESSER, *Grundsatz und Norm*, págs. 242 y ss. y *passim*. BOCKELMANN, *Richter und Gesetz*, cit., págs. 30 y ss.

(18) Vid., en general, ESSER, *Grundsatz*, págs. 150 y ss. LARENZ, *Methodenlehre*, págs. 222 y ss. HEDEMANN, *Die Flucht in die Generalklauseln*, Tübingen, 1933, págs. 53 y ss. JESCH, *Unbestimmter Rechtsbegriffe und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht*, «Archiv des öffentlichen Rechts», 82, 1957, págs. 165 y ss. WIEACKER, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB*, Tübingen, 1956, págs. 17 y ss. GERMANN, *Zur Problematik der Ermessensentscheidung*, en *Festgabe für Ruck*, Basel, 1952, págs. 173 y ss. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart, 1956, págs. 106 y ss. Algunos ejemplos del Código Civil: orden público (art. 4, párrafo 2, art. 11, art. 1.255); demencia, imbecilidad, sordomudez, prodigalidad (art. 32, etcétera); fidelidad y socorro mutuo (art. 56); «cosas por su naturaleza destinadas al consumo ordinario de la familia» (art. 62); «medidas necesarias» (art. 68); buena fe, mala fe (arts. 69, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 375, 379, 382, 383, 433, 1.107, 1.258, etc.); «lo que es indispensable para el sustento, según la posición social de la familia» (art. 142); auxilios necesarios para la subsistencia (art. 143); «urgente necesidad o circunstancias especiales» (art. 145); proporción con caudal y necesidades (arts. 146, 147); «mala conducta, falta de aplicación al trabajo» (art. 152); «respeto y reverencia» (art. 154); trato de «dureza excesiva», «órdenes, consejos o ejemplos corruptores» (art. 171); diligencias que estime necesarias (art. 178); negligencia (arts. 236, 273, 1.089, 1.101, 1.103, 1.104, 1.902, etc.); utilidad del incapacitado (art. 275); deterioro del objeto (art. 334); necesidades de la explotación (art. 334); conservar su sustancia (art. 467); «como un buen padre de familia» (arts. 497, 1.094, etc.); uso natural de las cosas, indispensables para su conservación (art. 500); la menor incomodidad posible (art. 543); lo necesario para vivir (art. 634); intervalo lúcido (art. 665); fraude (arts. 673, 674, 1.292, 1.297, etc.); según su naturaleza y circunstancias (art. 1.100); según la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias (art. 1.104); buenas costumbres (arts. 1.116, 1.255, 1.271, etc.); lo que por la naturaleza y circunstancias deba inferirse (art. 1.120); cumplimiento imposible (arts. 1.124, 1.132, etc.); del tenor de la obligación o «de otras circunstancias» (art. 1.127); naturaleza y circunstancias (art. 1.128); lo que sea útil, lo que sea perjudicial (art. 114); «modificará equitativamente la pena» (art. 1.154); calidad

órganos respiratorios del Derecho» (19), y al aplicar las cuales el juez no puede en absoluto prescindir de un enjuiciamiento directo del caso a partir de los meros principios generales del Derecho, buscando, pues, necesariamente el Derecho fuera de la ley, dejando aparte estos supuestos, es por demás absolutamente evidente, por de pronto, que la elección del criterio interpretativo, que es un *prius* lógico para poder abordar la comprensión de un texto (supuesta la diversidad de estos criterios: gramatical, lógico, sistemático, histórico, comparativo, doctrinal, jurisprudencial, analógico, o bien con alcance restrictivo, estricto, ampliatorio, absoluto o relativo, etc.), no puede hacerla el juez—como acabamos de ver en el párrafo anterior—sin acudir a los principios generales (20), que son los únicos instrumentos disponibles para dar sentido (21) a las instituciones y para articular éstas en el sistema general del ordenamiento (22). Desde esta base, hasta las últimas operaciones mentales de la interpretación, ésta está entera, y no puede no estar, domina-

y circunstancias de la persona (art. 1.161); su utilidad (art. 1.163); de todo punto incompatibles (art. 1.204); apreciación de los Tribunales (arts. 1.221, 1.239, 1.248); reglas del criterio humano (art. 1.253); contrario a la moral (arts. 1.255, 1.275); fuerza irresistible, temor racional y fundado (art. 1.267); maquinaciones insidiosas (art. 1.268); más conforme a la naturaleza y objeto del contrato (art. 1.286); la mayor reciprocidad de intereses (art. 1.289); falta evidente a la equidad (art. 1.690); etc., etc.

(19) ESSER, *Grundsatz*, pág. 150, los califica expresivamente de «ventanas» («Wertprinzipien, die hier als «Fenster» in das Ordnungsschema des Gesetzes eingebaut sind»). Vid. *infra* la referencia a la función de apertura (ARANCUREN) de los principios generales del Derecho.

(20) DE CASTRO, *Derecho Civil*, págs. 459-60: «Siempre habrá que aplicar normas que no son leyes; así, fuera de la ley está la regla que dispone cómo esta ley (la misma que contiene reglas para la interpretación) ha de ser entendida». SCHREIER (citado por el propio DE CASTRO, pág. 412), uno de los epígonos más caracterizados de la Escuela vienesa, se ve obligado a aceptar: «Vemos cómo la interpretación interviene por todos lados, regida por principios cuya validez no descansa en el Derecho positivo».

(21) Sobre la interpretación legal como un proceso de «Sinnerfassen» o captación de sentido, de «Verstehen» o comprensión (utilizando estos conceptos según la intención de DILTHEY, como método propio de las ciencias del espíritu: ROTHACKER, *Logik und Systematik der Geisteswissenschaften*, Bonn, 1948, págs. 122 y ss.), vid. ENGISCH, *Einführung*, cit., págs. 71 y ss. y referencias. Justamente por ello la «interpretación y la conformación científica del Derecho no son algo distinto. Son más bien dos grados de un mismo proceso mental»: LARENZ, *Methodenlehre*, pág. 273.

(22) DE CASTRO, *Derecho Civil*, pág. 462: «El sentido de una ley no está creado sólo por ella, sino que resulta de su puesto en el ordenamiento, situación y sentido que tampoco son fijos o invariables, sino que pueden cambiar en función de la situación actual de la norma en el ordenamiento jurídico». En análogo sentido, LARENZ, *Methodenlehre*, págs. 261 y ss., que distingue la alteración de sentido de las normas, por cambio en la significación de las palabras y conceptos legales por ella utilizadas (se amplía o se restringe su alcance), por cambio de la situación normativa y, finalmente, por cambio de los criterios objetivo-teleológicos. ESSER, *Grundsatz*, págs. 242 y ss. Es ésta la base de la interpretación evolutiva a que ya nos hemos referido.

da por los principios generales; tal es la diferencia, como observa certeramente ESSER, entre una interpretación jurídica y una comprensión filológica de un texto (23), y la justificación del hecho elemental de que la interpretación de la ley escrita sea un menester técnico y no gramatical, para el cual hay que acudir armados con categorías y principios jurídicos. De ahí que «la interpretación sea una actividad creadora» (24), como basta a poner de relieve la simple observación del significado y valor de la jurisprudencia y de su necesaria e indetenible evolución, a que nos hemos referido. Hasta tal punto las cosas son así, que recientemente un gran civilista dogmático, y muy alejado de las posiciones metódicas extremas, ha podido escribir un grueso tratado para ilustrar analíticamente, sobre la interpretación sufrida por ese supuesto aparato de perfección técnica cerrada que es el BGB o Código civil alemán, la siguiente tesis: «las fronteras entre la indagación teleológica del Derecho *secundum legem*, la ampliación de la ley *praeter legem* y su corrección *contra legem* son inciertas y fluctuantes» (25). Ello hace necesariamente de la jurisprudencia una auténtica fuente del Derecho, y entre las más efectivas (26), y éste es un *factum* contra el que nada pueden las declaraciones formales del propio ordenamiento, aunque en el nuestro la posición de la llamada «doctrina legal» y su absoluta equivalencia con la ley a efectos de fundamentar el recurso de casación, supuesto además el papel central de este instituto procesal en el sistema del Derecho, parece obligar a interpretar el artículo 6.º del Código civil, y es además un hecho obvio, en el sentido de que por ley hay que entender simultáneamente el texto escrito y la jurisprudencia adherida

(23) ESSER, *Grundsatz.*, pág. 254.

(24) LARENZ, *Methodenlehre*, pág. 274.

(25) BOEHMER, *Grundlagen der bürgerliche Rechtsordnung*, cit., II, 2, *Praxis der richterlichen Rechtsschöpfung*, pág. 1; no aceptar este hecho, dice en francés, utilizando la famosa expresión de Jacob BURCKHARDT, es una «terrible simplification». Este tomo íntegro de esta obra fundamental acaba de ser traducido al castellano y anotado por PUIG BRUTAU con el título *El Derecho a través de la Jurisprudencia. Su aplicación y creación*, Barcelona, 1959, 669 págs. Un libro análogo podía escribirse en cualquier país sobre cualquier rama del Derecho.

(26) Para justificar este aserto obvio conviene retener, antes que nada, y frente a una tradición impuesta por la catalogación formal de las distintas fuentes del Derecho y por su clasificación en principales y subsidiarias, el necesario y efectivo carácter pluralístico (y no meramente de gradación escalonada) de nuestro sistema de fuentes del Derecho (ESSER, *Grundsatz*, pág. 14; también en pág. 94: «En cada grado o escalón normativo aparece toda una serie de normas de distinta densidad y amplitud, según el tema y el destinatario—requirente o aplicador del derecho—»). Observación fundamental, a nuestro juicio, para una exacta comprensión del tema de las fuentes y de su funcionamiento real.

al mismo por vía de interpretación aclaratoria o correctiva (27). Pero no sólo por vía de adhesión o adherencia a la ley la jurisprudencia hace valer sus fueros; en la justa frase de ESSER «la elaboración judicial de la ley no aparece ya como un simple apéndice de la ley y como una prótesis pudorosamente oculta de sus imperfecciones (que es, y sigue siendo en el fondo, la consideración que merece para la concepción jurídica de la codificación), sino como una parte funcionalmente normal y necesaria de la creación en general de conceptos jurídicos» (28).

d) El último estadio de este gran proceso dialéctico por el que paulatinamente se van vaciando los grandes dogmas que condicionaban o se implicaban en la concepción positivista, ha sido la desvalorización moral y social de la ley como técnica de gobierno humano. El positivismo legalista era tributario del gran ideario ilustrado de la legalidad (29), con su equiparación metafísica entre ley y razón, y, a la vez, en cuanto construido sobre los dogmas rousseauianos, partía de la estricta correspondencia entre ley, como emanación de la voluntad general, y libertad humana. El advenimiento de «el reino de la ley» fué saludado así como la aurora de una época nueva y luminosa en la que la «alienación» del individuo en la sociedad (que había hecho de aquél un ser «encadenado» desde los orígenes mismos de la Historia) (30) quedaría definitivamente rota, y fundado con ello la posibilidad de un hombre nuevo. Aquellas ideas y estas esperanzas se han quemado del todo desde que fueron propuestas. La sociedad actual no las comparte ya, y, mucho más, ocurre todavía que, como un resultado de la experiencia histórica inmediata, ha comenzado a ver en la ley algo en sí mismo neutro, que no sólo no incluye en su seno necesariamente la justicia y la libertad, sino que con la misma naturalidad puede convertirse

(27) Vid., en general, sobre este tema, PLIG BRUTAU, *La jurisprudencia como fuente de Derecho*, Barcelona, 1951, y últimamente el estudio comparativo de GERMANN, *Präjuzien als Rechtsquelle*, Stockholm, 1960. VIEACKER, *Gesetz und Richterkunst*, Karlsruhe, 1958.

(28) ESSER, *Grundsatz*, pág. 23.

(29) Vid. mi estudio *La Revolución francesa y la emergencia histórica de la Administración contemporánea*, en *Homenaje a Pérez Serrano*, Madrid, 1959, II, págs. 202 y ss., en su primera parte, y referencias.

(30) «L'homme est né libre, et partout il est dans les liers», es el famoso comienzo del *Contrat social*, liv. I, chap. 1. Toda su construcción trata, en definitiva, de «trouver une forme d'association qui défende et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle s'unissant à tous, n'obéisse pourtant qu'à lui-même et reste aussi libre qu'auparavant. Tel est le problème fondamental dont le Contrat social donne la solution» (*ibidem*, chap. VI). Utilizo en el texto el término «alienación» más que en el sentido originario de ROUSSEAU, en el que posteriormente le dará MARX al reelaborar este decisivo concepto de la entelequia social contemporánea.

en la más fuerte y formidable «amenaza para la libertad», incluso en una «forma de organización de lo antijurídico», o hasta en un instrumento para «la perversión del orden jurídico» (31). Hoy la ley es más cada vez, en las complejas sociedades actuales, un simple medio técnico de la organización burocrática (32), sin conexión con la justicia, lo que explica que pueda hablarse también de un principio de legalidad, y con mayor énfasis aún que en nuestras sociedades, en las mismas sociedades comunistas (33). La radiografía descarnada de las estructuras sociales que ha efectuado la moderna sociología, el descubrimiento del papel de las «ideologías» o del que desempeñan los «grupos de presión», la conciencia de las debilidades de la burocracia, las condiciones políticas presentes en general, han sido también decisivos para quebrantar inapelablemente la *auctoritas* debida a la ley como un producto de la organización colectiva. El substracto mismo de la construcción positivista ha desaparecido con ello. No sólo la conciencia jurídica general (que es algo que necesariamente está en la base misma del orden jurídico) (34) se ha visto forzada a postular una justicia extralegal, e incluso ya frecuentemente *contra legem* (35), sino que además la simple labor técnica de integración de unas leyes elaboradas en tales condiciones dentro del

(31) Vid. las referencias de LEIBHOLZ, WIEACKER y F. VON HIPPEL, que se contienen en mi trabajo *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo*, en esta REVISTA, núm. 38, págs. 195 y ss., donde se formulan consideraciones análogas a las del texto.

(32) Es ésta la significación, como se sabe, que el concepto de legalidad tiene en la sociología de Max WEBER, *Economía y Sociedad*, trad. esp., I. México, 1944, págs. 225 y ss. Carl SCHMITT, *Die Lage*, cit., pág. 20. dice que en la actual situación de «legislación motorizada» (vid. *infra*), la ley es simplemente el medio o el instrumento de un plan.

(33) Vid. STUDENIKIN, WEASSOW, JEWTLICHJEW, *Sowjetisches Verwaltungsrecht. Allgemeiner Teil*, Berlín, 1954, págs. 97 y ss., y el *simposium* dirigido por GSOVSKI y GRZYBOWSKI, *Government, Law and Courts in the Soviet Union and Eastern Europe*, 2 vols., London, 1959.

(34) Vid. GARCÍA-TREVIJANO, *Curso de Derecho Administrativo*, I. 1, Salamanca, 1961, pág. 144. DE CASTRO, *Derecho civil*, cit., pág. 416. GARCÍA VALDECASAS, *Las creencias sociales y el Derecho*, Madrid, 1955. FRIEDMANN, *Law in a changing Society*, cit., pág. 33, y la obra clásica de DICEY, *Law and opinion in England during the XIXth Century*, London, 2.ª ed., 1914, y el reciente *simposium* dirigido por GINSBERG con el mismo título aplicado a este siglo, London, 1959. ZIPPELIUS, *Wertungsprobleme in System der Grundrechte*, München und Berlin, 1962, págs. 131 y ss.

(35) RIPERT, en su gran libro *Le déclin du Droit*, Paris, 1949, ha tematizado este «véritable déclin du droit», que no es el que resulta de la violencia o del fraude, sino que «est celui qui résulte des lois lorsqu'elles ne sont plus dictées par la justice et qu'elles sont impuissantes à maintenir l'ordre» (pág. V). No se trata, sin embargo, tanto de un declinar o decadencia del Derecho como de una cierta concepción del Derecho, el legalista; cfr. mi reseña de este gran libro en esta REVISTA, núm. 9, 1952, págs. 255 y ss. Cfr. BACHOF, *Grundgesetz*, págs. 25 y ss. EVERS, *Der Richter und das unsittliche Gesetz*, Berlín, 1956.

sistema general del ordenamiento exige rigurosamente, con una imperiosidad mucho más enérgica que la que podía darse en relación con los viejos códigos unitarios y sistematizados, una apelación constante a los principios generales del Derecho. Es también en nombre de estos principios, concebidos según el Tribunal Supremo Americano como un *higher law*, como un Derecho más alto (36), o, en la expresión alemana reciente, como un *Wertordnung*, como un orden material de valores (37), como únicamente ha podido fundarse y desarrollarse, desde el Juez MARSHALL (38) a la Ley fundamental de Bonn (39), la técnica del control judicial de las leyes, que constituyendo uno de los grandes temas del momento presente, hace expreso, ya desde su mismo planteamiento, la inversión de la relación tradicional entre el juez y la ley y una subversión definitiva del primado absoluto de ésta (40).

2. Todo ello está conduciendo al pensamiento jurídico occidental a una concepción sustancialista y no formal del Derecho, cuyo punto de penetración, más que en una metafísica de la justicia, en una axiomática de la materia legal (41), se ha encontrado en los principios generales del Derecho, expresión desde luego de una justicia material, pero especificada técnicamente en función de los problemas jurídicos concretos, y susceptibles, por consiguiente, de una seguridad de funcionamiento y de manejo que se volatilizaría si el tradicional lugar de la

(36) Vid., sobre todo, CORWIN, *The «Higher Law» Background of American Constitutional Law*, en «Harvard Law Review», 42, 1928, págs. 149 y ss. (hay edición separada reciente, Cornell University Press, Ithaca, 1961).

(37) DÜRIG, en MAUNZ-DÜRIG, *Grundgesetz. Kommentar*, München, 1958, comentario al artículo 1, párrafo 1, números marginales 1 y siguientes. BACHOF, *Grundgesetz*, págs. 20 y ss. NEF, *Die Wertordnung der schweizerischen Bundesverfassung*, en *Festschrift für H. Huber*, Bern, 1960, págs. 190 y ss. ZIPPELIUS, *Wertungsprobleme*, cit., págs. 151 y ss. y *passim*.

(38) «El principio sugerido por MARSHALL en *Brown v. Maryland* (1827) es que no es la forma de una ley atacada, sino su efecto sustancial lo que es determinante de su validez constitucional», CORWIN, *Judicial review*, en *Encyclopaedia of the Social Sciences*, VIII, pág. 461, quien distingue luego (pág. 463) entre el control formal de las leyes, o de los procedimientos constitucionales de adopción, y el control material, «o verdadero control judicial, que concierne a la sustancia y el contenido de las leyes» (los subrayados proceden del original).

(39) Vid., entre todas, la lúcida exposición de BACHOF, *Grundgesetz und Richtermacht*, cit.

(40) Vid. sobre ello mi estudio *La interdicción de la arbitrariedad en el poder reglamentario*, en esta REVISTA, núm. 30, 1959, págs. 131 y ss., y referencias. Cito allí la expresiva frase de JAHREIS: se trata de un retorno desde la idea de «la ley como previa al Derecho» a la de «el Derecho como previo a la ley» («eine Rückkehr vom «Gesetz-vor-Recht» Denken zum «Recht-vor-Gesetz» Denken»). Cfr. también WERNER, *Das Problem des Richterstaates*, Berlín, 1960.

(41) Vid. más adelante, bajo el epígrafe «Iusnaturalismo y pensamiento tópico».

ley pretendiese ser sustituido por una abstracta e indeterminada invocación de la justicia, o de la conciencia moral o de la discreción del juez. Esta técnica o jurisprudencia principal está por ello muy lejos de los movimientos románticos y naturalistas del «Derecho libre», de la *Rechtssoziologie*, del behaviorismo o *legal realism*, del pragmatismo de la jurisprudencia de intereses (42), que en busca de los valores materiales y por huir del ambiente enrarecido del legalismo estricto disolvían la compleja objetividad y positividad del Derecho. La afirmación y desarrollo de esta jurisprudencia de principios domina avasalladoramente el momento actual de la ciencia jurídica, y ha de señalarse justamente que en nuestra patria puede localizarse una de sus más precoces y elaboradas manifestaciones en la obra fundamental del Profesor DE CASTRO (43).

El pensamiento por principios generales encuentra decisiva confirmación en el trabajo práctico de aplicación legal más simple como hemos indicado, aun tan sumariamente, en todo el apartado anterior. El comparatismo y la historia jurídica constituyen además para él la prueba última. Ya en 1948 el gran comparatista RABEL (44) observó que «en Derecho privado existen principios generales del modo más efectivo y amplio. La historia jurídica y los modernos sistemas de Derecho presentan una gran riqueza de ideas comunes». En 1952, el francés BOULANGER, en un importante trabajo de la nueva tendencia (45), notaba, tras una encuesta dirigida sobre distintos países: «separés par leur règles et par leurs concepts, les différents droits positifs se rejoignent par leurs principes, qui sont l'essentiel... l'affirmation des principes est menée avec un instinct si sur qu'à travers les droits positifs de la même famille spirituelle, les mêmes principes apparaissent». De todo ello el gran libro de ESSER ha obtenido con resolución todas las consecuencias sistemáticas, destacando algo de elemental constatación, esto es, «la sorprendente semejanza sustancial que presentan las instituciones de las más diversas estructuras nacionales y raíces históricas, cuando son consideradas desde

(42) Vid., en general, sobre estas tendencias, LARENZ, *Methodenlehre*, págs. 34 y ss. WIGACKER, *Privatrechtsgeschichte*, págs. 332 y ss. FRIEDMANN, *Legal theory*, págs. 187 y ss., y referencias.

(43) DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, cit., *passim* (1.ª ed., 1942). Para otros países, en general, el libro de ESSER, *Grundsatz*, cit., con amplias referencias.

(44) Cit. por ESSER, *Grundsatz*, cit., pág. 15. Lo mismo, y quizá más obviamente, puede decirse de la historia jurídica; baste la simple pregunta: ¿por qué es útil seguir estudiando sin descanso el Derecho Romano como una disciplina jurídica y no filológica? Vid. *infra*.

(45) BOULANGER, *La méthode de l'interprétation juridique*, en *Travaux de l'Association Henri Capitant*, VI, París, 1952, pág. 63. También ESSER lo cita.

el ángulo de los principios generales determinados por los problemas» (46). La posibilidad misma del comparatismo, y de su fecundidad estrictamente jurídica (y no puramente cultural) está justamente aquí, pues es obvio que «las representaciones jurídicas generales en base a las cuales se realiza el reconocimiento y la calificación de las instituciones positivas de Derecho nacional son, por consiguiente, una pieza de la realidad jurídica que trasciende los límites del Derecho nacional» (47).

A la vez, en esta concepción está también el fundamento mismo de toda posible articulación entre los distintos sistemas positivos nacionales, tanto en el régimen normal del Derecho Internacional Privado, que obliga a ponderar y relacionar las distintas instituciones según su naturaleza sustancial, *sub specie functionis*, y no según sus sistemáticas legales internas, que pueden ser, y son normalmente, perfectamente contradictorias, como en las tendencias actuales hacia la unificación legislativa de sectores jurídicos enteros (48), que es de esperar que en la actual hora del mundo encuentren su desarrollo y su realización más o menos extensas.

3. Esta posición metódica es la única que acierta a reconocer a la ciencia jurídica su papel efectivo. La meditación científica sobre el Derecho no es una operación abstracta y puramente culturalista que no tenga nada que ver con la vida real del Derecho (como la astronomía no influye para nada en el comportamiento de los astros), sino que es ella misma un trozo de esta vida real del Derecho. Bien entendido, esto no es la expresión de un pío deseo; sino un hecho efectivo y de común experiencia, pues es notorio que «todo gran jurista ha dejado su huella en la historia» (49), pero en la historia del Derecho vivido y no sólo en la de la ciencia (50). El positivismo legalista no ha podido dar razón de este hecho elemental.

Ahora bien, la ciencia jurídica no tiene otra misión que la de desvelar y descubrir a través de conexiones de sentido cada vez más profundas y ricas, mediante la construcción de instituciones y la integración respectiva de todas ellas en un conjunto, los principios generales sobre los que se articula y debe, por consiguiente, expresarse el orden jurí-

(46) ESSER, *Grundsatz*, pág. 15.

(47) *Ibidem*, pág. 35.

(48) *Ibidem*, págs. 31 y ss.

(49) DE CASTRO, pág. 513.

(50) ESSER, *Grundsatz*, pág. 25: «Los descubrimientos de un solo civilista o procesalista son capaces, según sea su carácter, de prolongar la vida de un sistema durante una generación más, o de derribarlo».

dico. Este, en la sugerente expresión de SIMONIUS (51), «está impregnado de principios hasta sus últimas ramificaciones», de modo que en hacer patente esa oculta y profunda vida de los principios está la augusta función del científico del Derecho (52), y no en ofrecer clasificaciones o sistematizaciones geométricas, lógicas o nemotécnicas de la materia de las leyes. Una ciencia jurídica puramente exegetica (aunque quisiese incluir los «principios incluidos por el legislador en sus normas») no podría responder nunca a la clásica objeción de VON KIRCHMANN: «tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura» (53); el que esto no haya sido así y las obras de los grandes juristas de la historia no sólo no sean basura, sino que hayan adquirido un permanente y eficaz valor clásico, es justamente porque en ellas se ha acertado a expresar un orden institucional de principios jurídicos no sometidos a la usura del tiempo.

La superioridad del Derecho Romano sobre otros sistemas jurídicos históricos anteriores o posteriores estuvo justamente, no ya en la mayor perfección de sus leyes (acaso las de Licurgo, o las de cualquier otro de los grandes legisladores mitificados, fuesen superiores), sino en que sus juristas fueron los primeros que se adentraron en una jurisprudencia según principios, la cual ha acreditado su fecundidad, e incluso, paradójicamente, su perennidad, y hasta su superior certeza, frente a cualquier código perfecto y cerrado de todos los que la historia nos presenta.

III

JURISPRUDENCIA PRINCIPAL EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. Todos los criterios anteriores resultan ejemplarmente aplicados al Derecho Administrativo, quizá en mayor medida que a cualquier otra rama del ordenamiento.

La primera razón para que así sea es la del propio carácter que el ordenamiento legal del Derecho Administrativo presenta. Otros dere-

(51) SIMONIUS, *Ueber Bedeutung, Herkunft und Wandlung der Grundsätze des Privatrechts*, en el volumen *100 Jahre Schweizerisches Recht*, Bern, 1952, pág. 238 (cit. por ESSER).

(52) Cfr. ESSER, *Grundsatz*, págs. 24 y 306 y ss. También su trabajo en italiano, cuyo título es suficientemente expresivo, *Elementi di Diritto naturale nel pensiero giuridico dogmatico*, en «Nuova Rivista di Diritto Commerciale», 5, 1952, págs. 1 y ss.

(53) VON KIRCHMANN, *La jurisprudencia no es ciencia*, trad. TRUYOL, Madrid, 1949, pág. 54.

chos permiten, y aun postulan, una codificación o sistematización unitaria de la totalidad de su materia. En el Derecho Administrativo esto es absolutamente inimaginable (54). El Derecho Administrativo es el campo más fértil de la legislación contingente y ocasional, de las normas parciales y fugaces; es sobre todo de su materia de la que se alimenta la ininterrumpida e impresionante salida diaria del *Boletín Oficial del Estado* y la que nutre los rimeros de tomos de las Enciclopedias y los Diccionarios legislativos, con apéndices y puestas al día nunca jamás conclusos. «Le domaine de la vie administrative...—decía HAURIU (55)—est le domaine du provisoire, du révocable et du viager», y ello a diferencia de lo que ocurre con «le domaine de la vie civile, qui est, au contraire, le domaine du perpetuel et du définitif». El motivo de ello es por lo menos triple: en primer lugar, la constitutiva cercanía de la Administración respecto a la vida social y a sus constantes variables, que hace absolutamente imposible una formalización definitiva de sus normas de actuación; en segundo lugar, la disponibilidad en que la Administración se encuentra de poderes normativos propios, de fácil y expeditivo uso para intentar solucionar problemas específicos (56); por último, la circunstancia de que entre la responsabilidad propia de la Administración en el gobierno humano está la de la adopción e imposición de medidas para atender situaciones específicas y singulares (un plan de urbanismo, un plan de desarrollo económico, una gran calamidad pública, una situación de restricciones eléctricas, un trastorno del orden público, una situación de paro, o de migraciones interiores, etcétera), situaciones al servicio de las cuales se han de producir siempre necesariamente, y en mayor o menor grado, las llamadas por la doctrina alemana *Massnahmegesetze* o leyes de medida (57), que se distinguen de las leyes propiamente normativas en que éstas se dictan para regu-

(54) Salvo en cuanto a la parte general del mismo, cuestión a la que inmediatamente dedicaremos atención.

(55) HAURIU, *Précis de Droit Administratif*, 12.^a ed., París, 1933, pág. 565, nota.

(56) Vid. sobre esto, con más referencias, mi trabajo cit., *La lucha contra las inmundades del poder*, pág. 196-7.

(57) El concepto viene de Carl SCHMITT, *Legalität und Legitimität*, cit., págs. 265 y ss., como leyes propias de un «Estado administrativo», habiendo merecido luego una amplia atención doctrinal. Vid., sobre todo, FORSTHOFF, *Ueber Massnahme—Gesetze*, en *Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht. Gedächtnisschrift für W. Jellinek*, München, 1955, pág. 221, los trabajos de HEDEMANN y BALLERSTEDT, en el *Festschrift für Smidt-Rimpler*, Karlsruhe, 1957, págs. 23 y ss., y 369 y ss. y las ponencias de MENCER y WERHANN en el tomo 15 de las «Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer», Berlín, 1957, bajo el título *Das Gesetz als Norm und Massnahme*. Ultimamente, ZEIDLER, *Massnahmegesetz und «Klassisches» Gesetz*, Karlsruhe, 1961, en sentido crítico.

lar situaciones típicas y generales y las primeras para atender situaciones singulares y concretas.

Pues bien, ante este carácter de las reglas escritas del Derecho Administrativo no hay la menor posibilidad de una jurisprudencia y de una ciencia estrictamente exegéticas (58), ni, por verdadera reducción al absurdo, por inesperado *embarras de richesse*, es posible ya tampoco poder sostener que el Derecho Administrativo sea la suma de todo ese conjunto incalculable de normas, cuyas notorias y graves deficiencias no alcanzan a compensarse (antes más bien resultan potenciadas) por la agrupación o reunión de todas ellas. Más que en parte alguna resulta aquí evidente que sin un esqueleto de principios generales capaz de insertar y articular en un sistema operante y fluido esa caótico y en perpetuo *fieri* agregado de normas, el Derecho Administrativo, ni como ordenación a aplicar, ni como realidad a comprender, ni, consecuentemente, como ciencia, sería posible.

2. Hay además otra razón definitiva para que el Derecho Administrativo postule de suyo enérgicamente la técnica de los principios generales del Derecho, y es la insuficiencia de la sumisión de la Administración a la simple legalidad formal, para que su enfrentamiento con los administrados, supuesta su formidable potenciación actual, pueda discurrir por cauces de justicia. Como ha dicho certeramente FORSTHOFF, la técnica de la garantía de la libertad legada por el siglo pasado, como una garantía conseguida a través del respeto a formas jurídicas, «funciona únicamente bajo la presuposición de que la vida social es fundamentalmente autónoma, pero fracasa frente a una Administración que interviene en todos los ámbitos de la vida social» (59). Por ello, continúa, «no la simple técnica de ciertas formas jurídicas, sino sólo la vinculación a principios jurídicos materiales puede asegurar hoy en la medida necesaria libertad individual y justicia social, legitimando al Estado como Estado de Derecho». Y en otro lugar: «La idea de que la Administración se balla vinculada al Derecho sólo en los medios y en los límites que ha de observar, pero no en la dirección y el fin de su actividad,

(58) Con su singular agudeza, Carl SCHMITT, en su hermoso estudio *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*, cit., pág. 20, afirma que en esta situación de «motorisierte Gesetzgebung», de legislación motorizada, la ciencia no puede intentar motorizarse ella misma para poder seguir, perdiendo el aliento, al legislador, tal es la velocidad que éste ha alcanzado, lo cual bastaría para hacer imposible una ciencia jurídica actual en el sentido del positivismo legalista.

(59) FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, 3.^a ed., München und Berlin, 1953, pág. VI.

conduce en último término a una exclusión sustancial de la Administración del ámbito del Derecho» (60).

Esos principios jurídicos materiales no son, como dice FORSTHOFF, *ius normatum*, sino *iustitia normans* (61), y han de operar eminentemente, además de en la vitalización y articulación del complejo de disposiciones escritas, y en su aplicación ponderada, allí donde estas disposiciones precisamente nada dicen: conceptos jurídicos indeterminados, conceptos normativos, standards de conducta, discrecionalidad, poderes inherentes, cláusulas generales; estos fenómenos comunes de la técnica normativa (62) se dan también, y en grado especialmente intenso, en el ámbito del Derecho Administrativo (63), donde, además, al quedar confiado el relleno de los mismos o su ejercicio (como en el caso máximo de la discrecionalidad, y dentro de ella el de los poderes normativos) a la Administración en cuanto sujeto, que, como tal, dispone e interfiere unilateralmente las esferas jurídicas de los ciudadanos, la exigencia de una implantación de tales fenómenos en la justicia material se presenta con especial energía. Es éste, como ha dicho expresivamente Hans HUBER, refiriéndose a la discrecionalidad, «el caballo de Troya dentro del Derecho Administrativo de un Estado de Derecho» (64), por donde toda la estructura de éste podría derrumbarse. En términos absolutos puede decirse que la única posibilidad de una garantía individual y social efectiva frente a los formidables poderes de esta naturaleza de la Administración de hoy está en la técnica de los principios generales del Derecho.

3. Las anteriores conclusiones, obtenidas en el plano especulativo, están plenamente confirmadas en el plano real de la experiencia histórica.

En primer lugar, la posibilidad misma de un Derecho Administrativo como sistema coherente animado de valores materiales de justicia ha sido en la historia europea el resultado de dos operaciones paralelas, de

(60) FORSTHOFF, págs. 3-4.

(61) *Ibidem*, pág. 61.

(62) Vid. *supra* nota 18.

(63) Por todos, vid. BACHOF, *Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht*, en «Juristenzeitung», 1955, págs. 97 y ss. ULE, *Zur Anwendung unbestimmter Begriffe im öffentlichen Recht*, en *Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht. Gedächtnisschrift für W. Jellinek*, München, 1955, págs. 309 y ss. JESCH, *Unbestimmter Rechtsbegriffe*, cit., y mi citado trabajo *La lucha contra las inmunidades del poder*, págs. 171 y ss.

(64) «Trojanisches Pferd des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts»: H. HUBER, *Nieder-dergang des Rechts und Krise des Rechtsstaats*, en *Festgabe für Z. Giacometti*, Zürich, 1953, pág. 66.

significado inequívoco: por una parte, el desarrollo de una jurisprudencia que sobre la masa informe de las disposiciones casuísticas y peucederas acertó a proponer y destacar un sistema de auténticos principios generales en la actuación de la Administración y en su relación con los súbditos, desarrollo debido sobre todo a la obra gigantesca de un órgano judicial animado de una parece que inextinguible vitalidad, el Consejo de Estado francés; por otra parte, y esto ha tenido más importancia en el resto de los países continentales, donde la jurisprudencia administrativa no ha tenido el mismo aliento creador, la afirmación de un cuerpo de doctrina que, superando los primitivos planteamientos exegéticos, ha ido cada vez con mayor seguridad desvelando y depurando un sistema de auténticos principios generales del Derecho de naturaleza institucional.

Aludo con esto último a lo que suele llamarse la introducción del «método jurídico» en el Derecho Administrativo (65). Como bien se comprende, no se trata de «el» método jurídico propiamente tal, sino justamente del abandono de «un» método, el exegético, por otro nuevo y mucho más fecundo, como se ha podido ver, el método precisamente principal (66), que es, como hemos notado, el verdadero de la ciencia jurídica, por partir de la verdadera sustancia del Derecho. Han sido los principios descubiertos y funcionalizados por los juristas los que han

(65) Vid., por todos, GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, I, Madrid, 1958, págs. 139 y ss.

(66) Aunque sus portadores lo ignorasen y creyesen hacer una «jurisprudencia de conceptos» por el influjo pandectístico (vid. WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft*, Frankfurt am Main, 1958). DE CASTRO ha notado certeramente que la infidelidad de los grandes juristas a los supuestos metódicos que enfáticamente proclamaban, y su profunda intuición de grandes expertos, es lo que les ha permitido realizar obras de verdadero valor jurídico. Con referencia a la obra de OTTO MAYER, FORSTHOFF ha observado que «no ofreció un sistema propiamente positivista, es decir, limitado únicamente al contenido del Derecho positivo» (pág. 49), poniendo de relieve su perspectiva institucional (pág. 45). Sobre esto, especialmente, el magnífico estudio de ERICH KAUFMAN, *Otto Mayer, Ein Beitrag zum dogmatischen und historischen Aufbau des deutschen Verwaltungsrecht*, 1925, ahora recogido en el tomo I de sus *Gesammelte Schriften, Autorität und Freiheit*, Göttingen, 1960, págs. 338 y ss., que concluye justamente así: «Encontrar las verdades de derecho natural en las disciplinas singulares de la ciencia jurídica, verdades suprapositivas, según la naturaleza de las cosas, y, si se quiere, según la esencia del curso fluyente del Derecho, sigue siendo la más destacada tarea de la Jurisprudencia. Y en verdades de esta especie, el *Derecho Administrativo alemán* de OTTO MAYER es uno de los más ricos veneros que nos han sido regalados en los últimos decenios»; notando luego que MAYER pretendió ofrecer una representación del Derecho Administrativo alemán vigente, termina: «que, sin embargo, y sobre todo, derramase las más sutiles y últimas verdades de derecho natural sobre el Derecho de la Administración Pública, que han sido formuladas clásicamente por él, muestra que era uno de los más grandes juristas de la última generación» (pág. 411, subrayado en el original).

cambiado, no sólo la ciencia del Derecho Administrativo, sino la vida misma de éste como ordenamiento aplicable. Ello se ha hecho visible cuando esos principios han sido recogidos y desenvueltos por la jurisprudencia o en la legislación, como ha ocurrido en todos los países continentales (67).

Desde ese origen, la idea de los principios generales no ha hecho más que ganar terreno. En Francia ha perdido ya todo tono polémico para expresar simplemente un lugar común (68), sentido hasta tal punto que en una expresión ejemplar de pureza de pensamiento tópico (vid. *infra*), aunque quizá llevado a extremo, la doctrina está primordialmente dedicada a la crítica y comentario de los *arrêts* del Consejo de Estado. Sorprendentemente, pues, en la patria del legalismo (69), y en una rama del Derecho profundamente marcada por la exigencia de una «organización» de las fuentes jurídicas, Francia nos ofrece hoy un inesperado y auténtico *case-law* presidido por una técnica matizada y sutil de empleo de los principios generales del Derecho.

La situación en otros países, aunque menos pura, e incluso extremada, no es, sin embargo, muy distinta, a lo que han impulsado expresas declaraciones constitucionales y legales (70).

(67) Vid., en general, RIVERO, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du Droit Administratif*, en «Conseil d'Etat. Etudes et Documents», 1955, págs. 57 y ss. Para Alemania, un vivaz estudio de SMEND ha precisado, como dice su título, *Der Einfluss der deutschen Staats- und Verwaltungsrechtslehre des 19. Jahrhunderts auf das Leben in Verfassung und Verwaltung*, recogido ahora en sus *Staatsrechtliche Abhandlungen*, Berlín, 1955, págs. 326 y ss. También FORSTHOFF *Lehrbuch*, cit., pág. 48, ha notado que la obra de MAYER y sus seguidores tuvo importancia no sólo científica, sino también política, pues estimuló y desarrolló en gran medida la conciencia de la unidad jurídica alemana en el terreno del Derecho público», así como también resultan «incontables las sugerencias que debe la legislación de los últimos decenios a la investigación científica en torno a la forma y *Rechtsgrundsätze*», esto es, principios generales o fundamentales del Derecho.

(68) RIVERO, *Le juge administratif: un juge qui gouverne*, en «Daloz, Chronique», 1951, págs. 21 y ss., y *Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo*, en esta REVISTA, núm. 6, 1951, págs. 289 y ss. WALINE, *Le pouvoir normatif de la jurisprudence*, en *Mélanges Scelle*, II, París, 1952, págs. 620 y ss. LATOURNERIE, *Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat*, en *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, París, 1952, págs. 177 y ss. JANNEAU, *Les principes généraux de Droit dans la jurisprudence administratif*, París, 1954. Se acepta ya normalmente que la jurisprudencia del Conseil d'Etat forma parte del mundo normativo a idéntico título que la ley escrita, y, por supuesto, antes que los simples Reglamentos. DUBISSON, *La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir*, París, 1958, págs. 24 y 27 y ss.; con relación a estos principios jurisprudenciales las derogaciones de los mismos que puedan determinar las leyes son siempre interpretadas restrictivamente, en forma análoga al «control of the common law over Statute» del mundo anglosajón. Cfr. sobre esto último ALLEN, *Law in the making*, 5.ª ed., Oxford, 1951, págs. 425 y ss.

(69) Así califica a Francia Carl SCHMITT, *Die Lage*, págs. 19, 20 y 31.

(70) Para Alemania, además de los textos de FORSTHOFF que hemos citado más atrás, H. J. WOLFF, *Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechts-*

Al Derecho Administrativo actual de todos los países puede aplicarse, como a ninguna otra rama del ordenamiento, el viejo concepto de Paulo (71): *Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*. Basta para ello asomarse a los tratados, aun a aquellos más confesada y supuestamente positivistas.

IV

LA REACCIÓN POSITIVISTA Y SU REDUCCIÓN

1. La excesiva libertad, el apresurado diletantismo (72), el uso inmoderado de las nuevas perspectivas abiertas a la ciencia y a la aplicación del Derecho por la jurisprudencia principal, y quizá una gratuita

quellen, en el *Gedächtnisschrift für W. Jellinek*, cit., págs. 33 y ss. LANGNER, *Der Gedanke des Naturrechts seit Weimar und in der Rechtsprechung der Bundesrepublik*, Bonn, 1959, en especial págs. 91 y ss. Ha de tenerse en cuenta que la propia Ley Fundamental, en su artículo 20, párrafo 3.º, proclama la vinculación de la Administración (y de los Tribunales) «an Gesetz und Recht», a la Ley y al Derecho, invocación esta última que legitima un amplio y resuelto uso de los principios generales; sobre lo cual vid. FORSTHOFF, *Die Bindung an Gesetz und Recht (art. 20, Abs 3 GG)*, *Strukturanalytische Bemerkungen zum Uebergang vom Rechtsstaat zum Justizstaat*, en «Die öffentliche Verwaltung», 1959, págs. 41 y ss. SCHNORR, *Die Rechtsidee im Grundgesetz. Zur rechtstheoretischen Präzisierung des Art. 20, Abs 3 GG*, en «Archiv des öffentlichen Rechts», 1960, págs. 121 y ss. Suiza: GIACOMETTI *Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*, Zürich, 1960, I, págs. 122 y ss. y 285 y ss. Para Inglaterra y Estados Unidos, las referencias de mi trabajo *La interdicción de la arbitrariedad*, cit. Para Italia, el amplio juego de los principios (aunque más limitadamente quizá que en los demás países) viene sobre todo a través del concepto técnico de «eccesso di potere», sobre lo cual S. MARTÍN-RETORTILLO, en el número 23 de esta REVISTA. Para España, CLAVERO, *La doctrina de los principios generales del Derecho y las lagunas del ordenamiento administrativo*, en el número 7 de esta REVISTA. GARCÍA-TREVIJANO, *Curso*, págs. 159 y ss. y mis trabajos citados *La interdicción de la arbitrariedad* y *La lucha contra las inmunidades del poder*. El propio legislador ha impulsado curiosamente esta tendencia cuando condena «un positivismo superado» e invoca expresamente «a los principios y a la normatividad immanente en la naturaleza de las instituciones» en el Preámbulo de la Ley de la Jurisdicción contenciosa. Vid. *infra*, nota 88 sobre nuestra situación actual. En general, sobre la significación de este retorno a los principios en el Derecho Administrativo actual, FRIEDMANN, *Law in a changing society*, cit., págs. 360-1.

(71) PAULO, D. 50, 17, 1.

(72) Erik WOLFF, *El problema del Derecho natural*, trad. esp., Barcelona, 1961, pág. 37: «Como a nadie puede impedirle que tome posición ante el Derecho natural, estamos sin duda ante la inevitable amenaza del diletantismo científico. Este diletantismo se caracteriza por su inclinación a dar un sí o un no precipitados y sofisticados. Y como la toma de posición emocional en este terreno, cualquiera que sea su sentido, no puede sino suscitar nueva pugna y en absoluto aportar comprensión de los fundamentos, la consecuencia de esa pasión no puede ser sino la de suscitar nuevas dudas sobre el sentido del derecho en vez de reforzar la fe jurídica».

sensación de *libre recherche* y de desdén de las leyes, ha motivado en todos los países una saludable reacción que en nombre del principio de respeto a la ley, a la seguridad y a la certeza del Derecho, ha recordado la absoluta necesidad de una «sobriedad jurídica» y de una atención concreta a los rasgos técnicos de los problemas y soluciones jurídicas, sin la pretensión retórica e irresponsable de dominarlos «desde arriba» (73).

Frente al famoso lema que popularizó el libro de ROMMEN, «el eterno retorno del Derecho natural», ha podido hoy proclamarse por eso enfáticamente un «eterno retorno del positivismo jurídico» (74). Se ha hablado de un apresuramiento en extender la partida de defunción del positivismo (75), y, recordando la expresión histórica famosa, se ha gritado: «El positivismo ha muerto; ¡viva el positivismo!» (76).

Una de las más espectaculares posiciones en este sentido, supuesta su explícita incitación a la jurisprudencia principal, a la que más atrás hemos podido referirnos, y conociendo también todo su estilo de jurista, ha sido la de FORTHOFF, que en su colaboración al *Festschrift für Carl Schmitt* con el título de «La transformación de la ley constitucional» (77) ha combatido brillantemente la tendencia a reducir la Constitución a un puro sistema de valores (78), el cual habría de ser interpretado por

(73) WOLFF, *El problema, ibídem*: «El péndulo está ahora oscilando claramente en el sentido de una crítica negativa del principio de un Derecho natural material otorgado «desde arriba» al trabajo jurídico positivo». Vid. sobre ello más adelante bajo el epígrafe «Innaturalismo y pensamiento tópico».

(74) LANG-HINRICHSSEN, *Die ewige Wiederkehr des Rechtspositivismus*, en *Festgabe für Metzger*, München, 1954, págs. 60 y ss.

(75) RIEZLER, *Der totesagte Positivismus*, en el *Festschrift für F. Schulz*, II, Weimar, 1951, págs. 330 y ss. (ahora recogido en el volumen antológico *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, herausg. von W. MAIHOFER, Bad Hamburg, 1962, págs. 239 y ss.).

(76) E. SCHMIDT, *Gesetz und Richter. Wert und Unwert des Positivismus*, Karlsruhe, 1952, pág. 22.

(77) FORSTHOFF, *Die Umbildung des Verfassungsgesetzes*, en *Festschrift für C. Schmitt*, Berlin, 1959, págs. 35 y ss. Este artículo está siendo objeto de una encendida polémica. El propio Carl SCHMITT, en quien resulta verdaderamente sorprendente este curioso escrúpulo por la legalidad y por las formas, lo ha apoyado en su reciente trabajo en castellano *La tiranía de los valores*, «Revista de Estudios Políticos», 115, 1961, págs. 65 y ss. Como reacciones más caracterizadas, las de HOLLERBACH, *Auflösung der rechtsstaatlichen Verfassung*, en «Archiv des öffentlichen Rechts», 85, 1960, págs. 241 y ss. BACHOF, *Grundgesetz*, cit., y sobre todo la excelente de SCHEUNER, *Die neure Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland*, en el tomo colectivo *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen deutschen Juristentages, 1860-1960*, Karlsruhe, 1960, en especial págs. 259 y ss. Posteriormente, FORSTHOFF ha perfilado sus ideas en su librito *Zur Problematik der Verfassungsauslegung*, Stuttgart, 1961.

(78) FORSTHOFF, *Die Umbildung*, págs. 39 y ss. Se toma a SMEND y a su método de la integración como verdadera cabeza de turco.

métodos *geisteswissenschaftlich-werthierarchischen*, esto es, propios de las ciencias del espíritu con su jerarquización de valores, lo que supone un licenciamiento (*Abdankung*) puro y simple del método jurídico (79), con su inevitable consecuencia, la «desformalización de la Constitución» (80), la inseguridad jurídica y la disolución de la norma en casuística (81). «El Estado de Derecho—concluye—no es una comunidad de sentimientos y vivencias, sino una estructura institucional, o, para formularlo netamente, un sistema de artificios técnico-jurídicos para la garantía de la libertad legal» (82).

En España, una significación análoga tiene el reciente estudio de GARRIDO FALLA, *La Administración y el método jurídico* (83). Comienza recordando el carácter formalista y positivista del sistema jurídico continental del Estado de Derecho, con su sumisión del juez a la ley, en cuya mera aplicación concluye su papel, y negando para nuestro Derecho constituido cualquier otra significación a los principios generales del Derecho que no sea la de simples fuentes subsidiarias. A su juicio, el positivismo formalista del Estado de Derecho ha encarnado valores sustanciales, y por de pronto el de los derechos individuales (84), y por otra parte, la ley se ha revelado como un instrumento óptimo para la lucha contra situaciones injustas, teniendo en cuenta que no es lo mismo la ley del príncipe arbitrario que la expresiva de la voluntad nacional. Todo ello sería aplicable especialmente al Derecho Administrativo español, que no es la obra de la jurisprudencia, sino la de la ley en virtud de una previa elaboración dogmático-doctrinal recibido por el le-

(79) *Ibidem*, págs. 41 y 49 y ss.

(80) *Ibidem*, pág. 52: «Entformalisierung der Verfassung».

(81) *Ibidem*, pág. 55.

(82) *Ibidem*, pág. 71.

(83) GARRIDO FALLA, *La Administración y el método jurídico*, en esta REVISTA, número 35, 1961, págs. 45 y ss., incluido también en su libro *Dos métodos en el estudio de la Administración Pública (Método jurídico y ciencia de la Administración)*, Sevilla, 1961.

(84) Está claro que este juicio es insostenible literalmente; los derechos individuales «innatos, anteriores al Estado e inderogables por el legislador», son la creación más evidente del iusnaturalismo del siglo XVIII, frente al positivismo del Príncipe absoluto, y sólo desde una concepción material del mismo tenor, que erija la libertad en fin primario del Estado, tienen sentido como institución positiva. Vid. ahora el citado libro de ZIPPELIUS, *Wertungsprobleme im System der Grundrechte*, y aún últimamente la Encíclica *Pacem in terris* de JUAN XXIII. El ejemplo es, pues, desafortunado. GARRIDO está en realidad haciendo la apología del sistema jurídico del siglo XIX, pero eso implica ya una concepción de fondo perfectamente extrapositiva; un positivismo consecuente ha de aceptar cualquier contenido de las leyes, renunciando de antemano a su valoración crítica por criterios de justicia material (cfr. FORSTHOFF, *Zur Problematik der Verfassungsauslegung*, cit., pág. 36).

gislador. «Tales leyes han venido a introducir la *certeza* donde antes reinaba el caos. Esto es una conquista, y los conquistadores imponen sus métodos» (85).

2. Como hemos comenzado advirtiendo, la oportunidad de estas posiciones críticas ha estado perfectamente justificada ante el intento inadmisibles de disolver la objetividad del Derecho y sus estructuras técnicas en un sistema abierto, retórico e irresponsable de simples juicios éticos o políticos. El jurista medianamente experimentado es inmediatamente sensible ante un intento parecido que viene a trastornar todo su sistema mental: mejor que ningún otro, el jurista es consciente de que no cabe una confusión entre la Moral y el Derecho, por más que éste venga a apoyarse en las raíces éticas del hombre, o ni entre la Política y el Derecho, aunque también entre ambas realidades se produzca determinada relación. Como ha dicho formulariamente FORSTHOFF (86), la superación del positivismo de ningún modo puede implicar el abandono de la positividad del Derecho.

Pero la objeción no tiene otro alcance y debe ser reducida a eso. Sería ilógico pretender apoyarse en esta indudable y evidente razón para llegar a la sinrazón de una rehabilitación completa de los dogmas positivistas, dogmas que, como nuestra exposición anterior ha intentado justificar, fueron abandonados antes por su falta de funcionamiento efectivo que por virtud de posiciones de principio. Hablar de un nuevo sometimiento del juez a la ley, como si eso pudiese tener un sentido unívoco y preciso, no es ya posible desde el momento en que nos consta que la interpretación de la ley más simple no es posible abordarla sin principios generales, y que el precepto que la misma proclama variará necesariamente de sentido, como sólo los principios aclararán, con la alteración general y la evolución del ordenamiento, sino ya con la apa-

(85) *Ibidem*, pág. 59.

(86) FORSTHOFF, *Die Umbildung*, pág. 39: «Die Ueberwindung des Positivismus ist nicht die Preisgabe der Positivität des Rechts überhaupt». Permítaseme decir que yo mismo he formulado reservas análogas; así cuando en mi reseña del libro de BACHOF, *Gundgesetz und Richtermacht*, en «Revista de Estudios Políticos», núm. 105, concluyo (pág. 303): «conviene recordar que el servicio de la justicia no se cumple con declamatorias y retóricas invocaciones, sino precisamente con técnicas jurídicas concretas»; o cuando en mi trabajo *La interdicción de la arbitrariedad*, cit., pág. 157, observo que la técnica de los principios generales no puede en modo alguno conducir a un «romanticismo disolvente de la compleja y hermosa objetividad del Derecho», recordando, con un término de COKE, que el Derecho no puede abordarse con la mera «razón natural», sino con la «razón artificial» o técnica, «fruto de la experiencia de la vida jurídica y expresable en una técnica concreta de ese carácter, sólo técnicamente precisable». Vid. ahora *infra*, «Iusnaturalismo y pensamiento tópico».

rición de nuevas situaciones sociales no contempladas por el legislador. La satisfacción emocional que suele producir todo «retorno a» no puede, sin embargo, hacer olvidar todos los hallazgos posteriores; todo, acaso, puede recobrase, menos la ingenuidad y el temple vital con que fué vivido el tiempo pasado.

No se trata por eso de olvidar el valor de la ley positiva y de condenar la *auctoritas* que en la comunidad posee a justo título (87), sino de reducir su papel a términos más modestos que los que las tesis metafísicas que están en la base del legalismo histórico (legalismo que, como hemos ya apuntado, tiene, en efecto, una metafísica, y aun una mística, tan trascendentales como la del iusnaturalismo más dogmático) pretendían. Simplemente se trata de recordar que el Derecho excede necesariamente de la ley, y esto, antes que como cuestión de principio, volvemos a decir, como hecho de común experiencia de la vida jurídica real; ese hecho elemental e incontrovertible desmorona sin más la construcción positivista y remite inapelablemente el *criterium* del Derecho a principios supralegales, en cuya consistencia objetiva pueden no sólo encontrar su apoyo las instituciones positivas, sino también la seguridad y la certeza su manipulación técnica, que en otro caso quedaría entregada al simple arbitrio del intérprete (88).

(87) Muy pocos juristas, quizá, mejor que un principialista convencido como DE CASTRO ha acertado a expresarlo: *Derecho Civil*, págs. 357 y ss, y su artículo *La ciencia libre del Derecho ¿es fuente primaria del Derecho?*, en «Anuario de Derecho Civil», 1948, págs. 365 y ss. (réplica a A. D'ORS).

(88) El argumento específico manejado por GARRIDO FALLA, *La Administración y el método jurídico*, cit., págs. 58-9, sobre el valor especial de la ley en nuestro Derecho Administrativo, si lo que quiere decir es que la jurisprudencia, que ha estado casi totalmente ausente de la formación técnica de nuestro Derecho Administrativo, no ha encontrado todavía una seguridad definitiva a la que poder remitirse, frente a los efectivos criterios técnicos ya presentes en las leyes recientes, es una observación muy en su lugar, pero que debe reconducirse en realidad a la absoluta necesidad de mejorar la calidad técnica de nuestros Magistrados (por cierto, un buen camino es la especialización, sobre todo a través de oposiciones, de una proporción de los Magistrados de las Salas de lo Contencioso); por el contrario, si lo que pretendiese insinuarse fuese que con la reciente codificación legislativa de la parte general de nuestro Derecho Administrativo no se necesita ya una jurisprudencia creadora, entonces el criterio me parece inadmisibles; ni en esas leyes se encierran todas las perfecciones posibles, como es obvio, ni dejan de presentar problemas interpretativos y aun lagunas de regulación, ni, en fin, su aplicación (por su misma perfección técnica), puede hacerse al margen de los principios generales, ni de la evolución del ordenamiento o de las condiciones sociales. Justamente ocurre que la escasa calidad que antes de ese movimiento codificador ha tenido, en general, la jurisprudencia administrativa viene de haber adoptado una posición exegética y literalista ante los textos legales, de la falta de manejo en la interpretación y aplicación de las leyes de principios generales, riesgo que es ingenuo creer que no existe cuando lo que se aplican son leyes de alto nivel técnico, que son, quizá más que ningunas, fácilmente reseables por una disposición interpretativa de ese tenor. El ejemplo se volvería, pues, contra el

Hay que decir que, en general, la mayoría, si no todos, de los autores que han patrocinado la reacción contra los excesos de la *Wertungsjurisprudenz* han detenido su crítica en el punto indicado (89), sin perjuicio de expresiones menos ajustadas, pero que son en realidad meramente verbales.

V

IUSNATURALISMO Y PENSAMIENTO TÓPICO

1. Una de las más importantes aportaciones efectuadas últimamente a la teoría del método jurídico ha sido el breve y luminoso libro de Theodor VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz* (90). Su tesis central es la rehabilitación del llamado método o pensamiento tópico, cuya singularidad era perfectamente conocida por la filosofía antigua, que lo incluía como una parte de la retórica (91), y alrededor del cual precisamente se constituyó la técnica jurídica de los romanos (92) y que siguió presidiendo conscientemente la gran obra de los juristas del Derecho común *more italicus* (93). Esta técnica de pensamiento, alrededor de *topoi*, o *loci communis*, revelados por la experiencia (*sedes a quibus argumenta promuntur*), fué desvalorizada por el cartesianismo. Todavía a principios del siglo XVIII Giambattista VICO (94) distinguía un método

hipotético argumento que de él pretendiese sacarse; es la jurisprudencia del Tribunal Supremo la que permite decir con plena seguridad que también en el Derecho y en las leyes la letra mata, y sólo el espíritu, esto es, los principios generales del Derecho, vivifican, y ello por completa y bien intencionada que sea la letra. Cfr. en general, sobre la significación de la codificación del Derecho Administrativo y sus efectos en la responsabilidad de la obra judicial, las ponencias de WERNER y SPANNER en el 43 *Deutschen Juristentag*, con el título *Empfiethlt es sich den allgemeinen Teil des Verwaltungsrechts zu Kodifizieren?*, en los «Verhandlungen» de dicha reunión, Band I, 2. Teil, Heftes A y B. Tübingen, 1960.

(89) Concluyente, FORSTHOFF, que posteriormente a su artículo crítico ha sacado dos ediciones más de su *Lehrbuch* (8.^a, 1959; 9.^a, 1961), en las que se limita a leves retoques de su anterior posición principialista, que mantiene íntegra, y a una reserva general en el Prólogo, en el sentido de su trabajo. Vid. también el capítulo «¿Retorno al positivismo?» con que cierra su *Zur Problematik*, cit., págs. 35 y ss.

(90) VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, München, 1953.

(91) VIEHWEG, *Topik*, págs. 6 y ss., donde analiza el tema en Aristóteles y Cicerón.

(92) *Ibidem*, págs. 26 y ss.

(93) *Ibidem*, págs. 39 y ss.

(94) Todo el libro de VIEHWEG se apoya sobre esta intuición de VICO; en su «Introducción», pág. 1, dice: «El trabajo sigue una observación de Giambattista VICO, que resaltó que la estructura de la espiritualidad antigua más característica, cuya criatura es la Jurisprudencia, corresponde a la «Tópica». La exposición de la tesis de VICO, en págs. 3 y ss.

moderno o crítico, que, fundado sobre la imagen de la Geometría, pretende deducir una cadena de consecuencias de un *primum verum* establecido como axioma, y un método antiguo o tópico, que no opera por deducciones, sino que procede analíticamente para despejar el sentido de situaciones concretas mediante una argumentación obtenida de las *verosimilia* proporcionadas por la experiencia; VICO ve todavía en este antiguo sistema de pensar algo positivo, incluso superior al *novus methodus*, el cual, aun suponiendo que el *primum verum* de que hace arrancar sus deducciones sea en efecto un real *verum*, hace perder la capacidad de mirar inteligentemente a las cosas, atrofia la fantasía y el recuerdo, oscurece la expresión, hace inexperto el juicio inmediato, en una palabra, deprava o degenera lo humano (95). Con un nuevo apoyo en Nicolai HARTMANN, que ha distinguido modernamente entre un pensamiento aporético o problemático y un pensamiento sistemático (96), VIEHWEG propone el par de conceptos pensamiento tópico-pensamiento axiomático (97), demostrando la rigurosa necesidad en que la Ciencia jurídica se encuentra de contar con el primero de ellos, frente a la hipotética pretensión de «la jurisprudencia de conceptos» de edificar un sistema cerrado dominado por el método de la deducción.

No se trata sólo de hacer relevante, frente a la tradicional preocupación por el sistema (98), la significación esencial que para el Derecho tiene, y no puede menos de tener, el problema o el caso concreto, o, mejor, la serie de problemas, la casuística, cuya resolución es toda la misión del Derecho (99). Es realmente algo mucho más hondo, es hacer notar que es el problema y no el sistema el centro mismo del pensamiento jurídico (100). El Derecho se nos presenta como un conjunto de

(95) Como simple curiosidad, observo que un contraste casi idéntico lo formula Pío BAROJA: «Los dogmas antiguos, que examinados por la razón natural tienen poco valor, tienen, en cambio, gran valor de eficacia para la vida, la civilización y el arte... La vida antigua falla en los cimientos y acierta en las consecuencias. La vida moderna, lo contrario» (en *Memorias*, Madrid, 1955, pág. 1.231; un texto análogo, en pág. 1.263).

(96) *Ibidem*, págs. 15-6.

(97) *Ibidem*, págs. 15 y ss. y 53 y ss.

(98) Cfr. COING, *Geschichte und Bedeutung des Systemgedankes in der Rechtswissenschaft*, Rektoratsrede, Frankfurt am Main, 1956. LARENZ, *Methodenlehre*, págs. 133 y ss.

(99) Vid. sobre ello el excelente estudio de ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Heidelberg, 1953. También F. VON HIPPEL, *Richtlinie und Kasuistik im Aufbau von Rechtsordnungen*, Marburg, 1942. HENKEL, *Recht und Individualität*, Berlín, 1958 (cuyo título se refiere a la individualidad del caso).

(100) «El punto más importante de la consideración de la tópica es la constatación de que se trata de aquella «techné» mental que se orienta hacia el problema... Es por ello la «techné» del pensamiento de problemas», *Topik*, pág. 15.

respuestas a problemas concretos (101), pero ocurre que, por mucho que se depuren o se extiendan cuantitativamente estas respuestas, siempre queda intacta e inaccesible la *Grundaporie*, la aporía o problema fundamental del Derecho, que consiste en determinar qué es lo justo (102). Esta observación acredita concluyentemente que no hay acceso desde las soluciones concretas dadas a los problemas al plano superior de los fundamentos del Derecho, así como, inversamente, que cualquier abstracta meditación sobre la *Grundaporie* no puede prolongarse hasta el plano de las soluciones singulares, discontinuidad que demuestra, sin remisión posible, la falta de estructura axiomática del pensar jurídico.

El Derecho es por eso una «tópica» de problemas, los cuales deben ser debatidos (*Problemerörterung*, como tarea dialéctica propia del pensamiento tópico) (103) en su singularidad, aunque sea esencial para ello la determinación de analogías problemáticas y de *lege artis* obtenidos de la experiencia reiterada de los mismos (104). Lo que se llama «sistema» en el Derecho no lo es en modo alguno en sentido lógico o axiomático, sino que es una simple *Problemzusammenhang*, conexión entre problemas dados (105), que, aunque sirva instrumentalmente para poder afrontar éstos, dejan siempre intacta e igualmente lejana la *Grundaporie*; no expresa el sistema, por ello, *Basissätze*, proposiciones básicas o basilares, como ocurre en las ciencias de estructura axiomática, de modo que quepa descender de ellas por simple deducción hasta las cuestiones particulares (106), sino que para la percepción de éstas es necesario introducir siempre elementos problemáticos nuevos, no comprensibles desde ningún fundamento previo, y respecto de los cuales sólo cabe orientarse a través de un «repertorio de puntos de vista» o *topoi* (107), que es de suyo necesariamente fragmentario o disconti-

(101) VIEHWEG, *Topik*, pág. 67. En pág. 68 se refiere a la *Antwortfunktion* (función de respuesta) del Derecho positivo, con lo que está en relación (pág. 62) la no admisión de Sentencias *non liquet* (art. 6.º de nuestro Código civil), lo que sería incomprensible si el Derecho tuviese una estructura axiomática.

(102) VIEHWEG, *Topik*, págs. 65, 67, 68.

(103) VIEHWEG, *Topik*, págs. 65 y 15 y ss.

(104) VIEHWEG, *Topik*, pág. 22. Aquí la peculiaridad de argumentos específicos de la técnica jurídica y que faltan en los sistemas lógicos o axiomáticos: *argumentum a simile, a contrario, a maiore ad minus*, quien puede lo más puede lo menos, etc.

(105) VIEHWEG, *Topik*, pág. 67. En cambio, el sistema en sentido lógico o axiomático es una *Begründungszusammenhang*, una conexión de fundamentos, pág. 61.

(106) VIEHWEG, *Topik*, págs. 65 y 24 y ss.; «una estricta axiomatización del conjunto del Derecho» implicaría una «*Interpretation-verbott innerhalb des Systems*», una prohibición de interpretación dentro del sistema (pág. 62).

(107) VIEHWEG, *Topik*, pág. 18.

nuo (108). Así, pues, tanto el sistema como los conceptos y principios de la jurisprudencia están siempre vinculados al problema y sólo desde ellos, y no desde un supuesto *primum verum*, pueden ser comprendidos (109).

2. Con independencia del sentido general de esta finísima doctrina, en la que ahora no vamos a detenernos, entiendo que para dilucidar el verdadero carácter de los principios generales del Derecho, la caracterización de la ciencia jurídica como una ciencia necesariamente obediente al tipo de pensamiento tópico es, en verdad, algo esencial. El descrédito de la idea de los principios generales del Derecho y, mucho más aún, de la idea de un Derecho natural, vienen cabalmente de su pretendida formulación axiomática, de su presentación ante el jurista positivo como un supuesto y auténtico *primum verum*, del cual, por simples deducciones, más o menos extensas, pero inexorables, podría llegarse a las últimas y más particularistas ramificaciones del Derecho positivo (110). Como ya dijimos más atrás, el jurista positivo, por poco avezado que esté con su técnica, sabe muy bien que esta pretensión es inaceptable. El positivismo legalista se alimentó de esta certidumbre, que fué la que le dió convicción y fuerza, y que históricamente se presentó como la posición polémica central frente al iusnaturalismo racionalista del siglo XVIII, movimiento al que vino a suceder, y el cual postulaba justamente un orden jurídico axiomático de ese carácter (111).

(108) VIEHWEG, *Topik*, *ibidem*: «dass dieses Denken nur mit fragmentarischen Einsichten rechnen kann».

(109) VIEHWEG, *Topik*, págs. 66 y ss. Esta posición metódica, que está teniendo una gran resonancia en la ciencia jurídica alemana, es calificada por esto como *Problem-jurisprudenz*, jurisprudencia de problemas o aporética (ZIPPELIUS, *Wertungsprobleme*, págs. 79 y ss.).

(110) Vid. ahora también ARANCUREN, *Ética y Política*, Madrid, 1963, págs. 35 y ss., sobre el Derecho Natural y su condena de la concepción «platonizante» del mismo como supuesto proveedor de un «modelo» o arquetipo institucional a la realidad positiva.

(111) Es paradójico que el positivismo concluyese alumbrando, con el ideal dogmático de la jurisprudencia de conceptos, y sobre todo con la construcción kelseniana, un nuevo sistema axiomático, aunque esta vez fuese inmanente y no trascendente. En todo caso merece notarse que este sistema axiomático no es capaz de llegar hasta el Derecho positivo, limitándose al montaje de una pura estructura formal sin contenido alguno para abordar la resolución de casos singulares; es una nueva y concluyente demostración de la discontinuidad entre axiomas sistemáticos y problemas, así como del carácter estrictamente tópico de éstos. Toda hipótesis del sistema sacrifica necesariamente los problemas, se queda sin llegar a éstos, contra lo que ocurre en las ciencias axiomáticas propiamente tales (de las teorías de la relatividad y de los *quanta* a la bomba atómica hay una línea recta). La dogmática propia de la jurisprudencia conceptual, aunque también intentó justificarse como un pensamiento axiomático, nunca pretendió en realidad, contra la ambición de KELSEN, la unificación del sistema en un *primum verum* central, limitándose en la práctica a la construcción de instituciones concretas, operando con ello, con mayor o

No es de nuestra incumbencia intentar precisar la *ardua questio* del Derecho natural (112), pero sí notar que aunque el mismo se asiente, en efecto, en el *primum verum* del hombre, que es Dios (113), su efectividad en el Derecho positivo no actúa destruyendo las estructuras tópicas en que éste se concreta, sino precisamente insertándose en ellas y funcionalizándose dentro de sus propios esquemas técnicos. Así, por ejemplo, la norma del Derecho natural que limita la materia de los pactos a objetos morales no irrumpe en el Derecho positivo como un precepto superior y absoluto que hace cesar o suspender las normas propias de éste, sino que, por el contrario, alcanza toda su efectividad y todo su sentido en tanto en cuanto se inserta en las estructuras técnicas positivas, lo que en el caso da lugar a un mecanismo técnico tan complejo y matizado como es nada menos que la teoría de la causa, teoría sólo configurable y precisable a la luz y en función del problema, esto es, tópicamente. Esto no es más que recordar algo perfectamente simple, que el Derecho natural está presente en el Derecho positivo, o más sencillamente aún, que precisamente en cuanto se aplica es ya Derecho positivo, pero que ocurre que en este proceso de positivación el Derecho natural ya no puede mostrarse puro y absoluto, al modo de una idea platónica (así ocurriría de ser obtenido por simple deducción lógica desde los fundamentos superiores), sino historificado necesariamente (114), lo que es decir adicionado, complementado y matizado por

menor fidelidad, sobre elementos y criterios puramente tópicos; vid. *infra* sobre el pensamiento institucional. Por eso me parece equívoca la utilización que hace ESSER, *Grundsatz*, págs. 6 y 218 y ss., de los conceptos de VIEWEG calificando a las jurisprudencias continental y anglosajona de axiomática y problemática, respectivamente.

(112) Las palabras de Erik WOLFF, en su excelente libro *El problema del Derecho Natural*, cit., pág. 15, me parecen muy pertinentes: «Nadie sabe nada seguro de ese Derecho natural, pero todo el mundo siente con seguridad que existe», recordando también el viejo dicho: «De iure naturae multa fabulantur». Aunque quizá con algún exceso verbal, las palabras de Arthur KAUFMAN, *Naturrecht und Geschichtlichkeit*, Tübingen, 1957, pág. 5, expresan muy bien la actitud de los juristas prácticos ante este magno tema: «en el jurista yace profundamente arraigado un *horror iuris naturalis*... y en el fondo de su corazón se alegra de poder resolver un problema sin tener que apelar a consideraciones iusnaturalistas».

(113) Erik WOLFF, *El problema*, cit., pág. 216: «La idea del Derecho natural resulta un problema específicamente teológico, y toda forma tética de su doctrina es una «teología del Derecho».

(114) Cfr. el citado libro de A. KAUFMAN; ARANCUREN, *Ética y Política*, págs. 36 y ss.: «El Derecho natural, parte de [la naturaleza humana], no está «dado» como «evidente» más que en unos principios comunes—*bonum est faciendum*, la llamada «regla de oro» y otras reglas semejantes—de carácter enteramente *formal*. Mal puede suministrar, por tanto, ningún «modelo». En cuanto de esos principios formales se desciende a la realidad, todo se va tornando problemático... No se trata, con esto, de negar a *radice* el Derecho natural, sino de mostrar que, como ya vió Santo Tomás, ha de ser descubierto

elementos que el pensar jurídico ha obtenido tópicamente en función de los problemas. No hay, pues, un dualismo de órdenes jurídicos, sino un orden único, aunque, como verdadero orden humano, mire simultáneamente lo absoluto y lo contingente. En concreto, el Derecho natural ha de sufrir un proceso de conversión jurídica (115) por su incorporación a las fórmulas técnicas tópicamente configuradas, que son las que imponen la toma en consideración de un específico círculo problemático de relaciones. De este modo, el iusnaturalismo más estricto no puede en modo alguno convertirse en un valor extrajurídico (116), que pudiese prescindir de técnicas jurídicas, que se resumiese en una pretensión absoluta de imponer jurídicamente como axiomas preceptos de naturaleza moral, como es relativamente frecuente que opinen los moralistas, sino que obliga, más quizá que ninguna otra posición de principio, a concretar técnicamente, esto es, en las técnicas tópicamente configuradas, el juego propio de los valores superiores que en él se representan (117).

Justamente esta conversión de los preceptos absolutos del Derecho natural en criterios técnicos y tecnicizables es lo que se expresa en el

lenta, trabajosa, históricamente y, en definitiva, depende del proceso, constitutivamente histórico, de la razón práctica... El Derecho natural tiene que considerarse a sí mismo, para no ser unilateralmente reaccionario, ni unilateralmente revolucionario, como un puro principio de significación y valor heurísticos, como un impulso hacia un bien siempre «buscado», como un concepto más intencional y funcional que material, y, en fin, como dialéctico y esencialmente problemático, *unlösbares*, según lo ha llamado Erik Wolf, o *invérifiable*, en el sentido de Gabriel Marcel». También en pág. 76: la ética «no es un «orden» dado de una vez por todas. No, la ética... está siendo siempre «buscada». Es una exigencia, una demanda, una actitud y, si se quiere, una inquietud también, la inquietud moral, la «sed de justicia».

(115) Cfr. LEISNER, *Grundrecht und Privatrecht*, München und Berlin, 1960, páginas 362 y ss.

(116) Cfr. WIEACKER, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB*, cit., págs. 6 y 7; esta obra es un vivaz intento de precisar técnicamente el valor del principio de la buena fe, oponiéndose a que el mismo pueda ser entendido como un *Billigkeitsrecht*, un derecho de equidad, un *ausserrechtliche Wert*, o valor extrajurídico, como pueda ser la *caritas*, el bienestar social, el bien general, la utilidad de la sociedad, o cualquier otro, que convertiría la aplicación de un principio jurídico en una arbitraria «justicia del Cadi»; sobre este último concepto, que procede de R. SCHMIDT, y que se identifica (según el ejemplo islámico) con la ruptura del carácter formal de la justicia y en el fundamento de los fallos en el sentimiento subjetivo de lo equitativo o de lo necesario (justicia por Tribunales populares), vid. Max WEBER, *Economía y Sociedad*, trad. esp., México, 1944, I, pág. 283; III, págs. 173-4 y 213; y IV, págs. 105 y 257, y su libro *Rechtssoziologie*, cit., págs. 207, 221-2, 247 y 286-7.

(117) Cfr. mi estudio *La interdicción de la arbitrariedad*, cit., págs. 156-7: el orden de los valores jurídicos superiores «no puede expresarse, naturalmente, en un puro sentimiento subjetivo de la justicia (*iudex rex*), sino en la técnica jurídica más objetiva y objetivable, aunque precisamente en cuanto técnica depurada utilice valores materiales y no sólo los criterios mecanicistas de las puras conexiones formales».

concepto de «principios generales del Derecho». La sustantividad de éstos, paralela a la propia sustantividad de la técnica jurídica, se manifiesta por de pronto en un hecho elemental, y es que no todos ellos son concreción de ese Derecho natural o superior, sino que éste sólo informa una parte de ellos, siendo los otros expresión del orden político concreto (118), y otros, en fin, y no de los menos importantes, de carácter institucional o estrictamente técnico (119), aunque éstos vienen a encerrar frecuentemente todos los anteriores, como vamos a ver.

3. Ese lugar medio donde se realiza el encuentro de los valores superiores procedentes del Derecho natural o del orden político con los resultados del pensamiento tópico sobre los problemas singulares, es precisamente lo que conocemos con el nombre de «instituciones». Ellas, y no las reglas aisladamente consideradas, constituyen el verdadero primer elemento del pensar jurídico, tanto científico como aplicativo, como SAVIGNY intuyó por vez primera (120). Son ellas los puntos de condensación (*sedes*) a la vez de la experiencia tópica sobre un círculo determinado de problemas y del orden superior de valores que en el Derecho intenta realizarse, son el receptáculo unitario donde el saber jurídico se organiza y encuentra una articulación técnica definitiva. El progreso del pensamiento jurídico y del Derecho mismo como realidad social está justamente en la perfección y depuración de estos sutiles mecanismos, en función de esos dos polos que los presiden, valores superiores y experiencia tópica, y bajo cuya tensión recíproca viven (121).

(118) Este papel juegan las «decisiones políticas fundamentales», en el sentido de SCHMITT, cuyo valor normativo ha precisado H. J. WOLFF en el artículo citado, *Rechtsgrundsätze und Verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen*, en especial págs. 47 y ss. También, además, los derechos individuales fundamentales, en cuanto expresión de principios políticos y no de derechos humanos naturales; sobre lo cual vid. el «Handbuch» *Die Grundrechte*, dirigido por BETTERMANN, NIPPERDEY y SCHEUNNER, Berlín, 3 tomos (en curso de publicación el resto), 1.954 y ss. En concreto para su juego en el Derecho privado, donde se especifica más su carácter de principios generales, LEISNER, *Grundrechte und Privatrecht*, cit. Importante el citado libro de ZIPPELIUS, *Wertungsprobleme im System der Grundrechte*.

(119) DE CASTRO, *Derecho civil*, págs. 410 y ss.; DE CASTRO no se refiere propiamente a esta última clase de principios institucionales (aunque vid. *infra* nota 123), y en cambio incluye los que llama «tradicionales» (creo más bien que éstos matizan todos los demás pero carecen de sustantividad propia). Vid. *infra*. Otras clasificaciones, con tipificaciones muy matizadas, aunque alguna vez equivocadas, pueden encontrarse en ESSER, *Grundsatz*, págs. 87 y ss. Damos aquí por reproducida nuestra exposición sobre el sentido de la expresión «principios generales del Derecho» que se encuentra en el trabajo *La interdicción de la arbitrariedad*, cit., págs. 157-8.

(120) SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, I, Berlín, 1840, págs. 9 y ss.

(121) Es este encuentro de tales dos elementos lo que justifica el empleo en la ciencia jurídica de lo que LARENZ llama, según una categoría de HEGEL, el sistema de conceptos concreto-generales: *Methodenlehre*, págs. 353 y ss.

Las instituciones jurídicas se peculiarizan por una idea organizativa en servicio a la cual se especifica una técnica determinada con una interior unidad. Esa idea organizadora, que es la que ordena el sentido orgánico del conjunto (122), al ser a la vez una corporeización de contenidos valorativos, una pretensión de regulación social sobre un ámbito determinado de relaciones y la clave funcional de todo un mecanismo técnico en que la institución consiste, se eleva a la categoría de un verdadero principio general (123), que no sólo tiene un valor normativo propio (124), sino que además es también el que ordena y mide

(122) Es inevitable recordar la gran concepción de HAURIUO, aunque a su enorme sugestión perjudicó un uso antibiológico del concepto de institución, como pondría de relieve su posterior y generalmente confusa (por falta, precisamente, de fidelidad «tópica») y por su intento de presentarse como una axiomática jurídica reelaboración por filósofos y teólogos; la individualización de las instituciones por las ideas respectivas que encarnan, verdadero núcleo alrededor del cual se articulan sus demás elementos, es un mérito suyo. Vid. su estudio *La théorie de l'institution et de la fondation*, en «Cahiers de la nouvelle journée», París, 1925. Vid. también RENARD, *La Philosophie de l'institution*, París, 1939. Una depurada exposición, ahora en HÄBERLE, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz. Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt*, Karlsruhe, 1962, págs. 73 y ss. y 107 y ss.

(123) DE CASTRO, *Derecho civil*, págs. 556 y ss., acepta la existencia de un «principio jurídico informador», que es la clave de su individualidad, en las relaciones jurídicas, antes, pues, que en las instituciones propiamente tales; por razones que no son de precisar ahora, creemos en la primacía de la institución sobre la relación, no siendo ésta más que un elemento analítico de aquélla, que es la que le da todo su sentido; esto nos parece de valor general, pero especialmente cierto en el Derecho Administrativo, donde la relatividad y contingencia de las relaciones singulares por referencia a las ideas institucionales es mucho más visible que en el Derecho civil, quizá porque éste tiene más depuradas y tipificadas la serie de relaciones que le son propias. Quizá existe el equívoco para calificar a estos principios institucionales de verdaderos principios generales de su especificidad para un tipo de institución y no para todo el ordenamiento; jugaría de nuevo la confusión de equiparar principios a fundamentos axiomáticos; dada la estructura tópica o discontinua del ordenamiento, la generalidad de un principio no puede pretender imponerse a toda su materia. H. J. WOLFF, *Rechtsgrundsätze*, cit., incurre quizá en ese equívoco cuando distingue los «principios jurídicos fundamentales» en «generales» y «especiales», estos últimos para situaciones típicas u ordenamientos singulares (págs. 39 y ss.).

(124) Erik KAUFMANN, *Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Artikels 109 der Reichsverfassung*, incluido ahora en el tomo III de sus *Gesammelte Schriften, Rechtsidee und Recht*, Göttingen, 1960, págs. 246 y ss., afirma (pág. 258) que las instituciones tienen «su específica legalidad», la cual produce *eine Fülle von Rechtssätzen*, una profusión de preceptos jurídicos, «independientes de todo derecho escrito»; y concluye: «querámoslo o no, la legalidad interna de una institución se apodera de nosotros y nos somete a su norma». Vid. también el texto de este mismo autor, que cita FORSTHOFF, *Lehrbuch*, página 141, nota, que dice: «En las instituciones jurídicas en cuanto tales hay ínsitas ciertas normas últimas, cuyo descubrimiento y explicación constituyen la misión genuinamente esencial de la ciencia jurídica, y las cuales tienen que aplicar, y de hecho aplican a diario, el funcionario administrativo, el Tribunal y el juez de un expuediente disciplinario... Para encontrar estas normas últimas se requiere siempre remitirse al contenido

el alcance de los demás elementos normativos presentes en el seno de la propia institución.

Estos principios institucionales son normalmente los únicos «principios generales» respecto de situaciones determinadas, puesto que en ellos se expresan, a través de la conversión técnica correspondiente, el orden de valores propio del Derecho natural, o del orden político, reducido a los términos concretos de la experiencia tópica. Es justamente aquí donde se rompe la concepción dualista del orden jurídico y donde se impone la certidumbre de su íntima estructura unitaria, aunque perpetuamente abierta a la doble perspectiva de los valores superiores (125) y de la *praxis* vital.

Inmediatamente toda la obra de interpretación y aplicación del Derecho, así como la de construcción científica del mismo, no puede realizarse sino contando con este tipo de principios. Interpretar una norma—dice FORSTHOFF (126)—significa interpretarla y comprenderla por la conexión inmanente de sentido que es propia de la institución y el puesto que ésta ocupa dentro del orden jurídico. Pero sería un error concluir que esa operación pueda hacerse con criterios estáticos. No es

ético corporeizado, y, por así decirlo, encarnado en las instituciones jurídicas singulares». Vid. sobre el institucionalismo de KAUFMANN, HAEBERLE, *Die Wesensgehaltgarantie*, cit., págs. 76 y ss.

(125) Certamente, ARANGUREN, *Ética y Política*, pág. 46, observa que «eso que se conoce con el nombre de derecho natural cumple una pluralidad de funciones que... consisten, en definitiva, en *mantener abierto el derecho* a la totalidad de la cultura (en cuanto a sus fundamentos metajurídicos) y de la *sociedad* (las *gentes*, es decir, el mundo entero, por una intención de «derecho universal», al menos incoactivamente), y a la historia, en su pasado (derecho natural como histórico, frente al racionalismo jurídico abstracto) y hacia el futuro (derecho natural como progresista y revolucionario en sentido político-social, frente a la perpetuación de situaciones recibidas de poder). Esta función de abertura es, a mi parecer, ... la esencial del derecho natural».

(126) FORSTHOFF, *Lehrbuch*, pág. 140. También ESSER, *Grundsatz*, pág. 102: «En toda interpretación ... se hace necesario ascender a la finalidad general («natural») de una institución, más allá de su estructura dogmática, pues sólo desde allí—en conjunción con la atención prestada a la adecuación prudencial—resulta posible resolver los problemas concretos». ESSER (y también ERICK KAUFMANN: vid. *supra* el texto que se transcribe en nota 66), pone en relación los principios institucionales con la idea de «la naturaleza de la cosa», que desde un famoso estudio de RADBRUCH, *Die Natur der Sache als juristische Denkform*, en *Festschrift für Laun*, Hamburg, 1948, ha pasado a ocupar un lugar central en el pensamiento jurídico alemán: vid. WELZEL, *Derecho natural y justicia material*, trad. csp., Madrid, 1957, págs. 257 y ss., y su artículo *Naturrecht und Rechtspositivismus*, en *Festschrift für Niedermeyer*, Göttingen, 1953, págs. 279 y ss., en especial págs. 290 y ss. ERIC WOLFF, *El problema*, cit., págs. 114 y ss. STRATENWERTH, *Das rechtstheoretische Problem der «Natur der Sache»*, Tübingen, 1957. MAIHOFFER, *Die Natur der Sache*, en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 44, 1958, págs. 145 y ss. LARENZ, *Methodenlehre*, págs. 309 y ss. BALLWEG, *Zu einer Lehre von der Natur der Sache*, 2.^a ed., Basel, 1963.

posible edificar con las instituciones una arquitectura sistemática definitiva y cerrada, como la que el positivismo pretendió construir con el conjunto de las normas. La apertura esencial de la institución hacia la vida, por su conexión rigurosa con la experiencia de un círculo determinado de problemas; la presencia en su seno de valores superiores, cuya realización plena no es nunca alcanzable; la articulación siempre móvil entre las distintas instituciones, según el grado de su distinto desarrollo o los cambios parciales introducidos en el sistema, que se prolongan a todo el conjunto; la significación distinta que de un mismo y único problema puede resultar de una pluralidad de proyecciones desde otros tantos centros institucionales (127); la posibilidad de «invención» de nuevos principios por una casuística cada vez más apuradamente analizada (128), o por obra de la doctrina, hacen del pensamiento institucional algo necesariamente vivo y dinámico, en cuyo incesante fluir encuentra justamente su expresión la auténtica vida del Derecho. Intervenir activamente en ella es la pasión del verdadero jurista—y también su honor más seguro—.

(127) Cfr. ESSER, *Grundsatz*, pág. 81, cuando habla de los casos de «tensión polar entre distintos principios», casos perfectamente frecuentes, como es de experiencia común para el jurista práctico.

(128) ESSER, *Grundsatz*, pág. 158. Es ésta la función de los que llama, según la técnica anglosajona, *leading cases*, págs. 108 y ss.

JURISPRUDENCIA

