

EL METODO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO (*)

Por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ
Catedrático de Derecho administrativo

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. A. *La Ciencia del Derecho y el Derecho administrativo.* 1. *La Ciencia del Derecho.* 2. *El derecho administrativo.* B. *El método en el Derecho administrativo.* 1. *El método, en general.* 2. *El método jurídico.* 3. *El método, en Derecho administrativo.* 4. *Sincretismo metodológico.* C. *Las funciones del método en el Derecho administrativo.* 1. *Ciencia y realidad jurídica.* 2. *Delimitación de la realidad jurídico-administrativa.* 3. *Sistema de la realidad jurídico-administrativa.*—II. DELIMITACIÓN DE LA REALIDAD JURÍDICO-ADMINISTRATIVA. A. *Los principios generales.* 1. *Nociones generales:* a) *Concepto.* b) *Naturaleza jurídica.* c) *Evolución.* 2. *Clases de principios:* a) *Los principios de Derecho natural.* b) *Los principios tradicionales.* c) *Los principios políticos.* 3. *Funciones de los principios generales:* a) *Los principios jurídicos, fundamento del Ordenamiento.* b) *Los principios jurídicos, informadores de la labor interpretativa.* c) *Los principios jurídicos, fuente en caso de insuficiencia de la ley y de la costumbre.* B. *Las fuentes jurídicas.* 1. *Nociones generales.* 2. *Enumeración de las fuentes del Derecho administrativo:* a) *La costumbre.* b) *La jurisprudencia.* 3. *Jerarquía de las fuentes del Derecho administrativo.* a) *Normas que tienen por fuente el poder estatal.* b) *Normas consuetudinarias.* C. *La interpretación jurídica.* 1. *Nociones generales.* 2. *Teorías sobre la interpretación.* a) *Doctrinas legalistas.* b) *Doctrinas realistas.* a') *El Derecho Libre.* b') *La jurisprudencia de intereses.* 3. *La interpretación de las normas jurídico-administrativas.*—III. SISTEMA DE LA REALIDAD JURÍDICO-ADMINISTRATIVA. A. *La*

(*) Entre la abundante producción bibliográfica sobre el problema general del método, sorprende la falta de monografías españolas sobre el concreto del método en el Derecho administrativo, aun cuando, quizás, resulten exageradas las palabras de LARRAZ (Cfr. *Metodología aplicativa del Derecho tributario*, Madrid, 1952, pág. 8), al decir que no le han informado «los administrativistas sobre estudios o monografías nacionales de metodología aplicativa atinante al Derecho de su rama». Y resultan exageradas, pues, aun prescindiendo de la producción extranjera sobre el tema, existen monografías en lengua española sobre algunos de los temas generales del Derecho administrativo que abordan la cuestión metódica, y algunos sobre este tema concreto, aun cuando se refieran, más que a la «metodología aplicativa», a los llamados métodos de construcción o de enseñanza. Cfr., en lengua española: GIL ROBLES, *Guía para el estudio del Derecho administrativo*, Salamanca, 1899; PI SUÑER, *El problema del método en el Derecho administrativo*, «Revista Moderna de Administración Local», 1945, pág. 267, y 1946, págs. 7, 41 y 134; REAL, *El método en el Derecho público y especialmente en el Derecho admi-*

construcción del sistema del Derecho administrativo. 1. Los conceptos y los términos. a) *Los conceptos jurídicos*. b) *Los términos jurídicos*. 2. *La sistematización científica*. a) *La ordenación de los conceptos*. b) *El sistema*. B. *La enseñanza del Derecho administrativo*. 1. *La enseñanza del Derecho*. 2. *Los instrumentos de la enseñanza*. a) *La lección de cátedra*. b) *El seminario*. c) *Las clases prácticas*.

I.—INTRODUCCIÓN.

A. *La Ciencia del Derecho y el Derecho administrativo*.

1. *La Ciencia del Derecho*.

Ha adquirido papel tan relevante la ciencia para el hombre moderno, que, desde comienzos de siglo, se ha llamado a nuestra época la Era de la Ciencia (1). El hombre moderno —dirá ZUBIRI— vive tan persuadido de que la realidad le viene descubierta por la ciencia, de que todo cuanto haya en realidad accesible para el hombre habrá de serlo por la ciencia, que jamás le cupo la menor duda de ello. El resultado de esta profunda convicción es «la precipitada carrera con que el hombre moderno se ha lanzado a multiplicar gigantescamente la constitución de ciencias, no sólo para el mundo físico, sino también para el humano y hasta para el divino» (2). Una de ellas es la ciencia del Derecho, cuya evolución ha sido, a grandes rasgos, la de cualquiera otra. «Del empirismo romano y medieval, se pasa a la Ciencia, que, partiendo de A. Comte, se encuadra en esa general renovación científica que anima el siglo XIX y se prolonga con ritmo siempre más veloz hasta nuestros días» (3).

Pero quizás respecto de ninguna otra hayan surgido más dudas acerca de su verdadero carácter científico. Antes y después de KIRCHMANN (4).

nistrativo, Montevideo, 1946; ROYO-VILLANOVA (S.), *El método en el Derecho administrativo*, en «Las Ciencias», año XVI, núm. 2, págs. 307 y ss.

(1) G. B. BROWN, *La Ciencia. Su método y su filosofía* (trad. de MASRIERA), Barcelona, 1954, pág. 7.

(2) ZUBIRI, *Naturaleza, Historia, Dios*. 3.^a ed., Madrid, 1955, pág. 65.

(3) BIONDI, *Arte y Ciencia del Derecho* (trad. de LATORRE), Barcelona, 1953, página 119.

(4) Es más, se ha llegado a afirmar que KIRCHMANN insistió, con más amplia y cuidada fundamentación en la idea, que dos siglos antes había expuesto FRIEDRIH VON LOCAN, y que sus frases nos traen el recuerdo de los juicios irónicos y de censura de que fué víctima el Derecho, por parte de ERASMO, en su *Elogio de la locura*; RABELAIS,

muchos son los que han dudado del carácter científico de la Jurisprudencia. Pero fué la demoledora crítica que KIRCHMANN formulara en la célebre conferencia que pronunció en 1847 en una Sociedad jurídica de Berlín (5) la que más impacto ha producido. Tanto, que, como se ha dicho recientemente entre nosotros, tan pronto como se plantea el problema del carácter científico del Derecho, todo jurista no puede por menos de recordar aquella célebre afirmación de que «tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras quedan convertidas en papel viejo» (6). Sin embargo, estamos ya muy lejos del exacerbado positivismo, con su culto a las Ciencias naturales que dominara a los juristas impresionados por la tesis de KIRCHMANN. Hoy resulta indudable el carácter científico de la Jurisprudencia:

a) Porque aquella angosta concepción que consideraba imposible otra ciencia que la que versara sobre leyes generales y constantes o sobre principios absolutos está superada. Fué la concepción dominante, sobre todo desde el Renacimiento, que influyó en general en todo el pensamiento moderno (7). Pero después de la aparición de los nombres de WINDELBAND, RICKERT, DILTHEY, MAX WEBER, MAX SHELER, es imposible mantener aquel estrecho concepto de Ciencia (8). Existe ciencia siempre que es posible re-

en *Pantagruel*, y SHAKESPEARE, en *El mercader de Venecia*; y, entre nosotros, HUARTE DE SAN JUAN, en *Examen de ingenios*, y LUIS VIVES, en *De tradendis disciplinis*. En este sentido, PÉREZ GONZÁLEZ, *El método jurídico*, «R. D. Priv.», 1942, págs. 1-2.

Con posterioridad a KIRCHMANN, se ha insistido en la idea. Por ejemplo, se encuentra también una impugnación del carácter científico de la Jurisprudencia en la obra de ANDREA WILHELM LONGBEDT *Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*, Berlín-Grunewald, 1932, y en la de TEODORO JAEHNER, sobre las que puede ver un resumen y crítica, en LEGAZ, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Barcelona, 1943, páginas 137 y ss.

(5) Como afirma TRUYOL, las pesquisas más rigurosas no han logrado identificar la Sociedad jurídica en que KIRCHMANN pronunciara su famosa conferencia. Cfr. prólogo a la edición española de *La Jurisprudencia no es Ciencia*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949, pág. 11.

(6) LOIS, *Estudios sobre los fundamentos de una nueva Ciencia jurídica*, Santiago de Compostela, 1954, pág. 11.

(7) RECASENS, *Estudios de Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1936, págs. 18-28, y adiciones a la edición española de la *Filosofía del Derecho*, de DES VECCIO, 1929, I, pág. 30. Sigue la línea crítica de RECASENS, CASTAN, en *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, Madrid, 1947.

(8) TRUYOL, *Ob. cit.*, pág. 24. Vid., sobre la reacción frente al positivismo, BOURTHOMIEUX, *Une critique allemande du positivisme juridique*, «Revue Internationale de Droit Comparé», 1951, págs. 81-90, y BETIOL, *Dal positivismo giuridico alle nuove concezioni del Diritto*, «Jus», V (1954), II, págs. 189-195.

ducir a sistema el conocimiento de un objeto. Ciencia es sistema. No es ciencia cualquier conocimiento de las cosas (9). La ciencia implica un modo de acercarse a la realidad, un modo de conquistar la realidad, un modo de saber. Para que pueda hablarse de ciencia, no basta con que se logre un entendimiento de las cosas que constituyen su objeto. Es necesario algo más. «Hay que entender no sólo lo que es la cosa, sino la cosa que es; no sólo la esencia, sino la cosa misma; no sólo la idea en sí misma, sino como principio de la cosa.» «Es preciso singularizar la cosa a partir de su aspecto general, presentar su claridad —idea clara es la separada de las demás— sobre su lograda distinción.» Por ello implica una limitación inexorable: no se puede llegar a la cosa misma. Se acerca a su singularidad, pero subrayando, ante todo y sobre todo, su comunidad. «Como en el ser de veras, conviene todo, en cada cosa está, pues, en principio, todo; cada cosa no es sino una especie de espejo, *speculum*, que cuando incide sobre ella la luz de la mente, refleja el todo único que plenariamente es de veras. De este modo, saber una cosa por sus principios es saberla especulativamente. Con otras palabras, no sólo se entiende, se co-entiende. Pues bien, esta comunidad radical y determinada de cada cosa, con todo, es lo que se ha llamado sistema. Ciencia es entonces sistema, sabedora del llegar a ser» (10).

b) Con este punto de partida no ofrece duda que es posible un conocimiento científico del Derecho. Porque «la transitoriedad o variabilidad de la materia investigada no impide el método científico de investigación: materia de por sí mudable, constituye la base de estudios históricos, sociológicos, psicológicos y médicos; la Geografía, la Estética, la Fisiología e incluso la Física pueden ver alterados o desaparecer datos que fueron significativos para sus conclusiones. Más aún, los esquemas, las máquinas mentales o físicas inventadas para dominar la materia científica cambian constantemente. La miopía del positivismo está en su confianza mítica en la ciencia experimental; ello le ha impedido a KIRCHMANN e impide a sus secuaces no ver que toda ciencia trabaja sobre datos cambiables, que va-

(9) El problema de determinar cuándo puede hablarse de una verdadera Ciencia independiente, ofrece grandes dificultades. Tantas, que hasta ha surgido una disciplina filosófica nueva, la teoría de la ciencia, entre cuyos problemas fundamentales está el determinar qué es ciencia y la estructura lógica de una ciencia. Cfr. MÜLLER, *Introducción a la Filosofía*, 2.ª ed., Madrid, 1940, págs. 74-75.

(10) GRANELL, *Lógica*, Madrid, 1949, pág. 36; MERCIER, *Lógica* (trad. española), Nueva Biblioteca Filosófica, Madrid, 1935, II, págs. 60 y ss.

rían según las mudanzas naturales y sociales y según el significado que se les dé por el investigador, que se utilizan siempre nuevos medios de trabajo, que la máquina perfeccionada arrumba a la vieja y a los libros escritos sobre ella» (11).

Naturalmente, si el único conocimiento posible del Derecho fuese esa exposición inorgánica de las disposiciones vigentes, a lo que tan acostumbrados estamos los administrativistas, sería irrefutable la negación de su carácter científico. Porque entonces tendrían pleno valor las célebres palabras de KIRCHMANN. Ahora bien, lo que ocurre es que los que así se acercan a la realidad jurídica, los que agotan su conocimiento en ese reflejo inorgánico de la realidad, no han logrado superar el plano del saber vulgar. El hecho de que, en buen número de casos, no se haya logrado alcanzar un auténtico saber científico del Derecho, no es una imposición de la realidad investigada, no es que ésta se rebele a un conocimiento científico, sino una falla de sus investigadores, que no han logrado alcanzar aquel plano del saber que constituye la ciencia. Con razón decía SPIEGEL que para que la investigación científica del Derecho administrativo tenga el mismo valor de permanencia que las investigaciones en el campo del Derecho privado, no se pueden tomar como objeto de la investigación los fenómenos momentáneos, cambiantes, de la legislación administrativa, sino considerar la materia *sub specie aeterni*, e investigar, no lo que es, sino lo que debe ser (12). El concepto del Derecho que condiciona las nociones

(11) DE CASTRO, *Derecho civil de España*, I, 3.ª ed., Madrid, 1955, pág. 69.

La idea se encuentra generalizada y no es difícil encontrarla expuesta en idénticos o parecidos términos. Cfr., por ejemplo, voz *Derecho*, en N. E. J., Barcelona, 1950, I, págs. 33-35.

(12) *Derecho administrativo* (trad. de J. CONDE), Barcelona, 1933, pág. 204. Refiriéndose a los trabajos de Derecho administrativo, VILLAR GRANCEL hablaba en 1914 de «la pesadez abrumadora de la exposición, más o menos sistemática, del Derecho positivo, sin vigoroso espíritu científico». Cfr. *Orientaciones del Derecho administrativo español*, en *Estudios de Derecho administrativo*, Madrid, 1914, págs. 229 y ss.

Como afirma GASPARRI, buena parte de nosotros ha superado esta duda, y mientras de un lado tiende a una unificación interna de la Ciencia jurídica, mediante la construcción de una Teoría general del Derecho, de otra aspira a encuadrar esta Ciencia en más comprensivas visiones de la realidad y modo de conocerla. Cfr. *La mecánica del Diritto*, en «*Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*», Padova, 1950, I, pág. 119.

Cfr., entre los antecedentes de una construcción científica, el esfuerzo de CORMENIN. Vid., SOUDET, *Une tentative plus que centenaire de systématisation du principes juridictionnels du Conseil d'Etat: Cormenin*, LJCE, págs. 295 y ss., y el prólogo de HATI-RIOU a *La théorie des droits réels administratifs*, Paris, 1914.

jurídicas —dirá STAMMLER— y las reduce a unidad, nos permite construir un sistema de lo jurídico (13).

Ahora bien, ¿es posible catalogar, sin más, la ciencia del Derecho entre las ciencias de la cultura? Después que adquirieron carta de naturaleza las ciencias de la cultura en el cuadro de los conocimientos humanos, así se ha venido propugnando con cierta insistencia (14), y últimamente la teoría egológica ha pretendido extraer de esta catalogación las últimas consecuencias. Desde 1914 —afirma COSSÍO—, RADBRUCH ha estado llamando la atención acerca del Derecho como objeto de cultura. En el trasfondo de sus afirmaciones están RICKERT y LASK, por un lado, y DILTHEY, por otro. Pronto la idea sería tocada por la Filosofía de los valores, que MAX SCHELER coloca en primer plano. Así, la idea de RADBRUCH alcanza esa sorprendente universalidad. Sin embargo —señala COSSÍO poco después—, esta verdad no ha pasado de ser una verdad filosófica; ninguna repercusión técnica ha tenido en el seno de la ciencia dogmática del Derecho, capaz de remodelar a ésta como una ciencia cultural. Y concluye: «Lograrlo ha sido la faena de la teoría egológica» (15).

Sin embargo, hay que dudar mucho de la utilidad de esta clasificación y pensar si no sería más correcto distinguir, después de separar a la Teología y a la Filosofía, tres tipos de ciencias, según la materia de conocimiento sean los hechos naturales —ciencias naturales o gnoseológicas—, los actos humanos —ciencias culturales o teleológicas— o las reglas de valor —ciencias normativas— (16). Con ello adquieren la relevancia debida las ciencias normativas, preceptivas, normológicas o axiológicas, que tienen como objeto los criterios de los actos humanos y que utilizan como instrumento decisor al fin objetivo (17).

(13) *Tratado de Filosofía del Derecho* (trad. de W. ROCES), Madrid, 1930, páginas 334-340. «El objeto de la ciencia jurídica, en el Derecho público como en el Derecho privado, es la construcción del sistema de los principios jurídicos informadores de los institutos de un determinado Derecho positivo.» RANELLETTI, *Vittorio Emanuele Orlando nel suo pensiero e nella sua opera*. «Rivista trimestrale de Diritto publico», 1954, página 281.

(14) RECASENS, *Estudios de Filosofía del Derecho*, cit., pág. 25.

(15) COSSÍO, *Teoría de la verdad jurídica*, Buenos Aires, 1954, pág. 44. En el mismo sentido, AFTALION. *El saber de los juristas como conocimiento por comprensión*, REP, núm. 57, págs. 165-207.

(16) DE CASTRO, *Derecho civil de España*, cit., I, págs. 68-69.

(17) «El Derecho está íntimamente ligado con la Ética, pero la ciencia del Derecho se distingue de la ciencia del Bien, no sólo en tener por materia la vida de relación

2. *El derecho administrativo.*

Es objeto de la ciencia del Derecho positivo el estudio de un Ordenamiento jurídico, el Derecho positivo de una comunidad. Toda ciencia jurídica, dice ZANOBINI, debe tener por objeto un determinado ordenamiento positivo (18). Ahora bien, dentro del Ordenamiento, se da la existencia de Derechos especiales, que se diferencian con más o menos vigor del Derecho común, lo que, a su vez, da lugar a disciplinas jurídicas independientes dedicadas al estudio de cada uno de estos sectores del Ordenamiento. Por exigencias de la limitación humana, la unidad de la Ciencia se descompone en la pluralidad de los que la cultivan (19). Surgen así, dentro de la ciencia jurídica, las ciencias particulares del Derecho positivo. Su reconocimiento como tal no depende de que en los planes de estudio de una Facultad aparezcan como disciplinas independientes, ni su objeto vendrá determinado por el contenido que aquellos planes asignen a una disciplina determinada, pues, por desgracia, falta a veces la correlación entre disciplina académica y ciencia particular (20).

Si una ciencia es, realmente, ciencia y no simplemente una colección de conocimientos, en la medida en que se nutre formalmente de sus principios, y en la medida en que, desde cada uno de sus resultados, vuelve a aquéllos (21), para que exista una ciencia particular es necesario que se

(social), sino por llevar en sí, con mucha más fuerza, la tendencia a la realización». DE CSATRO. Ob. y loc. cit. en nota anterior.

(18) *Corso di Diritto amministrativo*, 7.^a ed., Milán, 1954, I, pág. 52. Pues no hay ciencia más nacional que el Derecho. RENARD, *Introducción filosófica al Estudio del Derecho* (trad. de CUNCHILLOS), Buenos Aires, 1947, III, *El Derecho, la lógica y el buen sentido*, pág. 27.

Sin embargo, se ha defendido el carácter general de la Ciencia del Derecho, pues «una ciencia local o nacional envuelve una *contradictio in adiecto*». Así, YNTEMA, en *AJCL*, vol. I (1952), pág. 3.

(19) CARNELUTTI, *Metodología del Derecho* (ed. española).

Existen Derechos especiales que se definen con mayor fuerza y extensión respecto del Derecho general, subrayándose sus características especiales que exigen un estudio diferenciado del Derecho común. RUELO, *Derecho marítimo y Derecho aéreo*, ADC, 1952, pág. 576.

(20) La falta de correlación impone, a veces, la necesidad de tener que afrontar en una disciplina académica temas que corresponden a una ciencia particular distinta a aquella que es objeto de la disciplina de que se trate. Tal es el caso de los problemas del proceso administrativo, que, aun correspondiendo a la Ciencia del Derecho procesal, deben ser tratados dentro del Derecho administrativo.

(21) ZUMINI, *Naturaleza, Historia, Dios*, cit., pág. 18.

dé un objeto formalmente contemplado desde una singular perspectiva (22) y un conocimiento sistemático del mismo, esto es, la existencia de unos principios que no sólo sean sus «cimientos», sino que recorran todo el cuerpo de la teoría, cuyos concretos desenvolvimientos conceptuales no sean sino proyecciones de esos principios, frente a un supuesto, a su vez, concreto y determinado. «Estos principios son los que hacen de una ciencia tal ciencia, y en el caso de la ciencia jurídica, los que permiten valorarla como un sistema organizado de juicios y de conceptos y no como un vasto inventario de recetas para casos prácticos (23).

Esto supuesto, cabe hablar del Derecho administrativo como rama autónoma en el sistema general de las ciencias jurídicas, lo que supone —como dice POSADA— la existencia de un orden en la realidad que es fuente objetiva del conocimiento del Derecho administrativo, y además entraña la consecuencia de la posibilidad de una ciencia de su objeto, ya que lo único que la ciencia pide es, de un lado, objeto real cognoscible, sujeto racional que conoce, relación de conocimiento reflexivo, y de otro, la expresión sistemática del contenido del objeto (24). Porque el Derecho administrativo aparece con perfiles acusados dentro del ordenamiento jurídico, como el Derecho especial de la Administración pública, no como un conglomerado de normas jurídicas referibles a la Administración, sino como un conjunto orgánico que es posible reducir a unidad sistemática, informado por unos principios.

Ahora bien, la aparición de las distintas disciplinas jurídicas no puede suponer un olvido de la unidad sustancial del Ordenamiento jurídico, ni de la ciencia del Derecho positivo. «Aunque cada institución tenga su propia figura —se ha dicho—, no se halla desvinculada, sino que, al contrario, guarda relaciones con otras instituciones, y así la totalidad de las instituciones forman el conjunto del orden jurídico» (25). Traducido esto al campo concreto de nuestra disciplina, nos impone no olvidar que el objeto

(22) Cfr., refiriéndose a la Ciencia de la Administración, SEELDRAÏERS, *L'objet d'une science ne peut être que la systematization d'un point de vue*. «Revue Internationale des Sciences administratives», 1950, págs. 439 y ss.

(23) Cfr. resumen de FUEYO del curso de ZUBIRI, en MARÍN, *Introducción al Derecho registral*, Madrid, e. f., págs. 203-204.

(24) POSADA, *Tratado de Derecho administrativo*. Madrid, 1897, I, págs. 81 y ss. ROYO-VILLANOVA (S.), *El método en el Derecho administrativo*, en «Las Ciencias», año XVI, núm. 2, pág. 308.

(25) RECASENS, prólogo a *El estudio del Derecho*, de MORINEAU, México, 1953, pág. XI.

de nuestro estudio es una parcela del Ordenamiento jurídico, una parte de un todo unitario (26). El hecho de que el Derecho administrativo sea el Ordenamiento común de la Administración pública, el hecho de que la Administración actúe, por lo general, sometida a su Derecho propio —el Derecho administrativo—, no quiere decir que estemos en presencia de Derecho común, dentro del Ordenamiento, sino de uno de los Derechos especiales. Esto tiene particular importancia en el orden metodológico: si los cultivadores del Derecho administrativo no debemos ser esclavos de los conceptos elaborados por otras disciplinas jurídicas (27), tampoco podemos ignorar las conquistas por ellas logradas. De aquí que se haya afirmado que «aun cuando la obra crítica actual acabara por emancipar plenamente el Derecho administrativo, todavía queda mucho por hacer y, mientras esto ocurra, se nutrirán sus raíces con la savia, todavía fértil, del Derecho civil, recibiendo de él aspiraciones y enseñanzas» (28). Si al enfrentarnos con aquella parcela de la realidad jurídica objeto de nuestro estudio nos encontramos con instituciones que pueden ser referidas a alguna de las categorías elaboradas por la ciencia del Derecho privado, nuestra actitud no puede ser la de rechazar *a limine* el empleo de dichas categorías. No ser esclavo de los conceptos elaborados por otra disciplina, no quiere decir huir de los mismos, sino utilizarlos en la medida que exija la realidad que tenemos ante nosotros.

Un ejemplo será suficiente para aclarar nuestra afirmación. Si en la

(26) «Los juristas antiguos —se ha dicho—, al utilizar la expresión «ramas del Derecho», tuvieron en el pensamiento la idea de la unidad del Derecho; idea que no puede abandonarse cuando nos enfrentamos con los problemas metodológicos.» PINA, *Introducción a la Metodología del Derecho*, BÍDC, núm. 17 (1953), pág. 47.

(27) Las disciplinas jurídicas —dice MAZZARELLA— se dividen en tres grupos: disciplinas dogmáticas, disciplinas histórico-jurídicas, disciplinas filosófico-jurídicas. Las primeras estudian el Derecho positivo de cada pueblo, a fin de determinar los criterios fundamentales de aplicación de las normas que integran el mismo. Cfr. *Le unità elementari dei sistemi giuridici*, Messina, 1922, pág. 13.

Pues bien, al acercarnos a aquel sector del Ordenamiento objeto de nuestro estudio, podemos encontrarnos con instituciones que son reflejo en aquella parcela de la realidad de otras que también se dan en el Derecho privado. Cfr. RIGAUD, *La théorie des droits réels administratifs*, Paris, 1914, págs. 5 y ss.; DIEUDÉ, *Etude juridique des servitudes administratives* (tesis), Montpellier, 1942, págs. 32 y ss.; MARIENHOFF, *Domínio público. Protección jurídica del usuario*. Buenos Aires, 1955, págs. 123 y ss.

(28) GARCÍA OVIEDO, *Hacia la emancipación del Derecho administrativo*, RGLJ, t. 156. RENARD, *L'aide du droit administratif pour l'élaboration du droit privé, en Recueil d'études sur les sources du Droit en l'honneur de François Geny*. Paris, Sirey, s. f., págs. 78 y ss.

realidad por nosotros investigada nos encontramos con que, mediante el acuerdo de voluntad de dos sujetos, se producen determinados efectos jurídicos entre ellos, ¿por qué vamos a rehuir el concepto de contrato? Algo distinto será que el contrato con que nosotros nos enfrentemos ofrezca peculiaridades respecto de los contratos tradicionales del Derecho privado, que constituirán las especialidades propias del régimen administrativo respecto del régimen común. Pero, salvando estas especialidades, no hay por qué renunciar a calificar de contrato al «contrato administrativo» ni a aplicarle, en lo no afectado por su régimen especial, las normas comunes de la contratación que se recogen en el Código civil. De aquí el acertado uso que al jurisprudencia ha hecho del art. 16 del Código, al aplicar a los contratos administrativos las normas civiles de la contratación en tanto en cuanto no han sufrido modificación o derogación por los principios del régimen administrativo (29).

B. *El método en el Derecho administrativo.*

1. *El método, en general.*

Que el problema del método corresponde a la Lógica es algo que no puede, seriamente, ponerse en tela de juicio (30). Es la Lógica la que debe afrontar y resolver, en líneas generales, el problema del método. Ahora bien, el reconocimiento de esta elemental afirmación no puede llevar a dos conclusiones igualmente erróneas: que el problema metódico le viene resuelto a cada una de las ciencias particulares, que deben limitarse a aplicar los postulados de la Lógica, y, justamente lo contrario, que la Metodología de cada ciencia —y concretamente de la ciencia del Derecho— es completamente independiente de la Metodología general.

Lo primero resulta inexacto, porque, «asi como siguiendo una marcha irremediable hacia la especialización— que no legitima, sin embargo, pareja multiplicación de los especialistas—, junto a la filosofía general se

(29) Vgr., sobre interpretación, según Ss. 29 abril 1911, 6 junio 1914, 9 enero 1931. Sobre el problema, vid. A. HAURIOU, *L'utilisation en droit administratif des règles et principes du droit privé*, en *Recueil d'études sur les sources de Droit en l'honneur de François Geny*, Paris, Sirey, s. f., III, págs. 92-100.

(30) Cfr., por ejemplo, BALMES, *Filosofía elemental, Lógica*, Libro tercero, capítulo primero, y SALAZAR, *Introducción a la Filosofía*, Buenos Aires, 1954, pág. 29.

ha producido una filosofía de las matemáticas o del Derecho, así también la especial contextura de los objetos de cada ciencia, sus diversos fines y su peculiar problemática, ha dado lugar al nacimiento, en torno a ellas, de metodologías particulares» (31).

Lo segundo, porque la especialización basada en las peculiaridades del objeto de la realidad con que nos enfrentamos, en modo alguno supone el rompimiento de todo nexo con la metodología general. Debemos tener muy presente la Lógica al acercarnos a la realidad jurídica y al construir el sistema. Pero la Lógica a secas, no la llamada Lógica jurídica, «en cuyo nombre —dice DE CASTRO— ha cometido la escuela dogmática los mayores atentados contra la lógica» (32).

De aquí la extraordinaria delicadeza del problema de las relaciones entre la Filosofía y la ciencia del Derecho, «uno de los más interesantes y más vivos que se presentan al moderno estudioso del Derecho», en frase de CORTA (33). Porque si la Filosofía no es, como ha recordado ZUBIRI, algo que está ahí y de que baste echar mano para servirse a discreción, sino una cosa que ha de fabricarse en cada hombre por un esfuerzo personal, como resultado de una auténtica vida intelectual (34), constituiría una grave equivocación «empeñarse en buscar y elegir, como doctrina propia, la que representa la última voz de la ciencia; empeño no sólo pedante y vano, sino, además, imposible, pues la doctrina que se seleccione, pronto, o ya al adoptarla, estará pasada de moda. Como ha dicho ALFONSO GARCÍA VALDECASAS, trata el jurista de valerse de un sistema filosófico en boga, y como el pensamiento filosófico no se detiene, esa filosofía del Derecho, así construída, lleva al menos una fecha de retraso» (35).

(31) HERNÁNDEZ GIL, *Metodología del Derecho*, Madrid, 1945, pág. XIV.

(32) DE CASTRO, *Derecho civil de España*, cit., I, pág. 414.

(33) *Filosofía e Scienza del Diritto a proposito del pensiero di Oliver W. Holmes*, en *I problemi attuali della Filosofia del Diritto*, Milano, 1954, pág. 29. Vid., también, BOBBIO, *Filosofía del diritto e teoria generale del diritto*, en *Scritti giuridici in onore de Francesco Carnelutti*, cit., I, págs. 43-61, y PUGLIAFU, *Considerazioni in tema de filosofia e scienza del Diritto*, Rass. D. Pab., 1954, págs. 25 y ss.

(34) *Naturaleza, Historia. Dios*, cit., pág.

(35) GARCÍA VALDECASAS, *El problema del Derecho y la vocación jurídica de nuestro tiempo*, Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1946, pág. 64. Cit. por CASTÁN, *La noción del Derecho a través de los sistemas filosófico-jurídicos tradicionales y modernos*, Madrid, 1947, pág. 131.

2. *El método jurídico.*

Si el Derecho administrativo es un sector del Ordenamiento jurídico, una afirmación elemental se impone: el objeto de la disciplina jurídica que conocemos con el nombre de Derecho administrativo no es —como frecuentemente se ha dicho— la Administración pública. La Administración pública constituye la realidad social conformada, reglamentada por esta rama del Derecho. Es objeto del Derecho administrativo como sector del Ordenamiento jurídico. Pero de la disciplina que llamamos «Derecho administrativo», no. Como las demás disciplinas jurídicas, estudia el Ordenamiento jurídico.

Con este punto de partida, carece de sentido, a nuestro entender, la discusión, tan frecuente entre nosotros, acerca de si ha de adoptarse o no un método exclusivamente jurídico en el estudio del Derecho administrativo. Y aún más, la afirmación contraria. Es cierto que, como ha afirmado SEGISMUNDO ROYO-VILLANOVA, no basta un estudio jurídico de la Administración pública (36). Que la Administración pública puede ser considerada, no ya como objeto de regulación de un sector del Ordenamiento jurídico, sino desde otras perspectivas, es algo que no puede ser discutido. Es más, resulta conveniente una consideración unitaria de los fenómenos de administración, superando la parcelación de que han sido objeto hasta la fecha. Porque, como ha puesto de relieve LANGROD, esta fragmentación tradicional de los estudios de la Administración pública, al contemplarse la Administración desde un particular punto de vista, se desinteresa de toda base común, lo que se traduce en que toda una masa de fenómenos quedan inexplorados o inapercibidos, al faltar un cuadro al que poder referirlos. Fatalmente, se pierde así de vista —añade LANGROD— la reciprocidad indispensable de perspectivas, al cortar artificialmente el objeto

(36) En *Estudio y enseñanza de la Administración pública*, «Revista de la Facultad de Derecho de Madrid», núms. 8-11 (1942), pág. 149, y *Ciencia de la Administración*, NEJ, IV, págs. 83-92.

Como dice MIELI, en *Principi di Diritto amministrativo*, 2.^a ed., I, Padova, 1953, págs. 34 y ss., el objeto de la Ciencia del Derecho administrativo no es otro que el estudio sistemático de la actividad administrativa a través de las normas por que está regulada; «no la actividad administrativa en sí (la cual puede ser objeto de diversos órdenes de estudios —económico, financiero, político—), sino la administración tal y como aparece a través de la lente del Derecho es el objeto de la ciencia del Derecho administrativo».

de análisis (37). Pero la superación de esta situación no radica en que el jurista, al analizar las instituciones jurídicas, penetre, como penetra a veces —y así lo reseña LANGROD—, hasta ciertas cuestiones de organización, «que constituyen el verdadero sistema nervioso de toda administración». La paradoja radica en el hecho de que adopta siempre el punto de vista de una de las ciencias auxiliares de la administración —Derecho, Economía, Historia—. Y de lo que se trata es de proclamar la necesidad de un estudio de la Administración pública con un todo unitario, no desde particulares puntos de vista, para lo cual se utilizarán todos los datos heterogéneos que provienen de todas las ciencias auxiliares.

Por supuesto, la posición de LANGROD tiene antecedentes muy acusados, no ya en los países anglosajones, sino en el propio continente europeo. Él mismo cita cómo LAFERRIERE postulaba la diferenciación de la ciencia de la Administración del Derecho administrativo en 1860, y cómo LORENZ VON STEIN, en 1866, veía en la ciencia administrativa la piedra angular de la ciencia del Estado moderno (38). Pero, sin duda alguna, ha sido LANGROD, recientemente, el que, con perspectivas nuevas y con una depurada técnica, ha centrado el problema en sus justos términos (39).

Nosotros no desconocemos esta realidad. Reconocemos la necesidad de un estudio de la Administración desde un punto de vista unitario y de la enseñanza de los conocimientos logrados a los administradores. Porque, como recuerda LANGROD, desde 1885, en que W. WILLSON (en *Congressional Government*) abolió el concepto de los administradores-netos, se afirma la necesidad de formar a los funcionarios y formarlos con aquella técnica, ya que en otro caso el funcionario será toda su vida un *amateur* (40).

Ahora bien, lo que sí es discutible es que seamos los cultivadores del Derecho administrativo los que tengamos que ocuparnos de la Administración pública desde un punto de vista unitario y elaborar la Ciencia de la Administración. Porque si estamos en presencia de una disciplina jurí-

(37) Así lo ha expuesto en varios trabajos, pero, principalmente, en *Etude de l'Administration publique. Plan général du cours d'introduction*, que constituye un curso general sobre la materia, del que he utilizado versión dactilográfica.

(38) *Die Verwaltungslehre*, 1.ª parte, 1866, pág. 91.

(39) Después de demostrar un profundo conocimiento de la Ciencia de la Administración norteamericana y de sus principales corrientes metódicas.

(40) Ideas parecidas acerca de la formación de los funcionarios públicos ha mantenido, entre nosotros, ROYO-VILLANOVA (S.), *La formación de los funcionarios públicos*, RAP, núm. 2, págs. 11-31. Vid. también GIRAUD, *Il faut enseigner l'Administration*, «Rev. D. Pub.», 1951, págs. 357 y ss.

dica, el objeto de nuestra investigación será una realidad jurídica y el único método admisible, el método propio de las Ciencias jurídicas. «Si el Derecho público es una disciplina jurídica —dirá LARNAUDE—, es preciso aplicarle el método de los jurisconsultos, el método jurídico propiamente dicho» (41). La aplicación al estudio del Derecho administrativo de cualquier otro método que no sea el estrictamente jurídico debe rechazarse, *a priori*, por anticientífica. No quiere esto decir que nos sean indiferentes aquellos conocimientos alcanzados por la ciencia de la Administración. Pero lo que negamos es que alcanzarlos sea tarea nuestra. No se trata de una diferencia accidental desde un punto de vista metodológico, sino de importancia capital. Porque desde nuestro punto de vista, la ciencia de la Administración —si es que se puede hablar de ciencia— es una ciencia auxiliar. Sus conocimientos nos permitirán enjuiciar debidamente la normativa vigente y ver si la misma responde, además de a los principios inmutables de Justicia, a las exigencias de una buena Administración. Si la ciencia de la Administración considera a ésta como una empresa humana organizada (42), su estudio se traducirá en una serie de principios que deben regir esa empresa. Y estos principios técnicos, de organización, deben reflejarse en las leyes (43).

(41) En *Le Droit publique. Sa conception. Sa méthode*, en *Les méthodes juridiques*, conferencias pronunciadas en el Colegio libre de Ciencias sociales en 1910, París, 1911, pág. 21. Y, recientemente, refiriéndose al Derecho administrativo, dice DE VALLÉS: «que se trata de ciencia jurídica lo postula intuitivamente su nombre: siempre el derecho, considerado como ciencia, es ciencia jurídica». Cfr. *Elementi di Diritto amministrativo*, 3.^a ed., Padova, 1956, pág. 4. Vid. también MIELE, *Principi*, cit., I, páginas 34 p ss., y BALLBÉ, *Derecho adm.*, NEJ, I, pág. 65.

(42) En este sentido, LANGROD, *Etude de l'Administration publique*, cit.

(43) En este sentido son admisibles las afirmaciones que hacen los que critican el empleo del método jurídico en el estudio del Derecho administrativo. No en cuanto suponen una censura del método jurídico en sentido estricto, sino en cuanto censuran determinada posición metódica positivista. Por ejemplo, cuando S. ROYO-VILLANOVA (Obs. cit. en nota 36) trata de justificar la necesidad de un estudio de los problemas que plantea la Administración pública esgrimiendo razones ya expuestas por BONNARD y JÉZE. En último término, la razón decisiva de su tesis no es otra que la siguiente: que lo esencial en el estudio del Derecho es la investigación de las condiciones en que se plantean los problemas jurídicos. «Cualquier enseñanza del Derecho que no se ocupa, ante todo, del medio económico, político y social en que se aplican las reglas jurídicas es una enseñanza escolástica. El estudio del Derecho es el estudio de la vida.»

Análoga posición mantienen, entre los autores de habla española, SAYAGUÉS, *Tratado de Derecho administrativo*, Montevideo, 1953, I, pág. 24. y SILVA CIMMA, *Derecho administrativo chileno y comparado*, Santiago de Chile, 1954, I, págs. 21-25, y la mayoría de los españoles.

En resumen: conviene conocer los principios de la Administración pública. No nos es indiferente la Administración pública como realidad. Pues sólo conociendo las necesidades de la Administración podremos apreciar debidamente el valor de las normas. Sin perjuicio del método jurídico, resulta imprescindible una buena formación técnica del jurista, como base de un mejor empleo de aquel método. Para llegar a la *Scientia iuste atque iniuste*, el jurista debe tener *humanarum atque divinarum rerum notitia*. Nadie puede ser menos ajeno que el jurista a todo lo humano (14), particularmente a aquel sector de lo humano más ligado a su especialidad, en nuestro caso, a la Administración pública, en sus infinitos aspectos (45). Pero todo ello, como elementos auxiliares para el empleo del método jurídico, para acercarse a conocer una realidad estrictamente jurídica.

En este punto, constituiría una omisión imperdonable no citar a LABAND (46). Porque LABAND, prescindiendo ahora de los reparos que ofrece su posición positivista (47), al seguir la corriente que iniciara GERBER, prestó al Derecho público el inapreciable servicio de considerarle una auténtica disciplina jurídica: «Es a golpe de resonamientos, de argumentos, de teorías jurídicas —escribe LARNAUDE (48)—, cómo LABAND construye el Imperio y sus derechos. La historia, la economía política, la filosofía, la política, le preocupan poco. No quiere que el Derecho público descienda al nivel de la literatura política periodística. Procede por deducciones y hace dogmatismo.» Después, otros seguirán sus huellas. Y no

(14) Porque «no existe ciencia que toque más de cerca las cuestiones inmediatas de la vida que el Derecho». KORKOUNOV, *Cours de Théorie générale du Droit* (trad. de TCHERNOFF), París, 1903, pág. 3.

(45) Sobre el problema, insistiremos después al delimitar la realidad jurídico-administrativa y fijar el objeto de la Ciencia del Derecho administrativo.

(46) Cfr. *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, en su edición francesa, París, 1900, en especial, t. I. La explicación de la posición contraria ha querido encontrarse en la riqueza del contenido material del Derecho administrativo, siempre cambiante y no sujeta a otro criterio determinativo que el grado variable de la intervención estatal. Ello hacía pensar en la conveniencia de estudiar el Derecho administrativo como ciencia del Estado; es decir, sociológicamente, no jurídicamente. Pero así se confundía Administración y Derecho administrativo. SAUER, *Filosofía jurídica y social* (trad. de LEGAZ), Madrid, 1953, pág. 251.

(47) Un resumen y crítica de la posición de LABAND, en CONDE, *Introducción al Derecho político actual*, Madrid, 1942, págs. 59 y ss.

(48) Prólogo de la ed. francesa de LABAND, t. I, pág. IX. En Alemania, según FLEINER —*Instituciones*, ed. esp., pág. 38—, el primero que aplicó el método estrictamente jurídico en el Derecho administrativo fué un jurista práctico: F. F. MAYER, *Oberamtman*, de Württemberg, en sus *Grundsätze des Verwaltungrechts*, Tubinga, 1862.

será difícil encontrar, en el Derecho público en general y en el Derecho administrativo en particular, afirmaciones como ésta: «El método de construcción dogmática del Derecho se denomina método jurídico. Su mayor ventaja consiste en permitir que se eliminen del Derecho administrativo muchas materias que, por descuido, han ido mezcladas con las nociones jurídicas. Durante un siglo fué considerada nuestra disciplina como una ciencia política subordinada a las conveniencias del Gobierno. Es hora de reaccionar contra esta concepción y de reivindicar su carácter estrictamente jurídico» (49).

3. El método en Derecho administrativo.

Al enfrentarnos con el método del Derecho administrativo, como al enfrentarnos con el método de las disciplinas jurídicas particulares, la pri-

(49) CAETANO, *O problema do metodo no direito administrativo*, en «O Direito», 1948, pág. 136, y prólogo a su *Tratado de Derecho administrativo*, Cfr. págs. 13-15 de la ed. española de LÓPEZ ROBÓ.

En esta línea pueden citarse los nombres de O. MAYER, JELLINEK y ORLANDO, entre los autores que más influjo ejercieron en la doctrina posterior. Para O. MAYER —dice GARCÍA OVIEDO— la Ciencia jurídico-administrativa debe extraer de los distintos elementos hasta entonces utilizados el elemento formal coordinando las varias instituciones sobre la base del rigor que proporciona una técnica jurídica. Ello permite eliminar de las relaciones jurídico-administrativas las preocupaciones políticas o sociológicas que la desnaturalizan. Cfr. GARCÍA OVIEDO, prólogo a la trad. española de *Los principios generales del Derecho administrativo*, de JÉZE (de la 2.^a ed. francesa), pág. 10.

Sobre ORLANDO, que tanta huella ha dejado en la brillante producción italiana reciente —por ejemplo, en FORTI, CAMMEO, D'ALESSIO, RANELLETTI, ROMANO, hasta ZANOBINI—, cfr. *Introduzione al Diritto amministrativo*, en *Primo Trattato completo di Diritto amministrativo italiano*, I, 1897, págs. 86 y ss.; *I caratteri tecnici per la ricostruzione del diritto pubblico*, en «Archivio giuridico», vol. XLII, reproducido en su *Diritto pubblico generale*, Milán, 1940, págs. 3 y ss., y en la introducción a la *Dottrina generale del diritto dello Stato*, de JELLINEK. Un resumen de su posición metodológica, en RANELLETTI, *Vittorio Emanuele Orlando nel suo pensiero e nella sua opera*, «Rev. trim. di Dir. Pub.», 1954, págs. 278-284.

Entre nosotros, GASCÓN Y MARÍN afirmará: «Conviene seguir la labor de construcción científica del Derecho administrativo, ya iniciada en el siglo XIX al utilizar no sólo el método exegético los primeros de nuestros tratadistas, sino también el dogmático; tener en cuenta la existencia de numerosas disposiciones que conviene dar a conocer vulgarizando, pues que son la base de la vida social y de su mejor o peor observancia puede depender la prosperidad de un Estado... sin abandonar el terreno del Derecho positivo, hay que concebirla más con la finalidad sistemática, constructiva, tan apreciada por los alemanes, huyendo de algunas exageraciones metafísicas a que puede conducir tal proceder.» Cfr. *Tratado de Derecho administrativo*, 12.^a ed., Madrid, 1952, I, pág. 130.

mera cuestión que surge es la siguiente: ¿Existe realmente un método propio para el estudio del Derecho administrativo? O, dicho en otras palabras, ¿requiere el Derecho administrativo un método peculiar, distinto del método de las demás ramas del Derecho, o, por el contrario, existe un método de la Ciencia del Derecho positivo aplicable a las distintas disciplinas en que se concreta?

THALER, refiriéndose al método en el Derecho mercantil, afirmó: aun cuando la ley de la especialización tiende cada vez más a procurar la autonomía de ramas de estudios en otra época reunidos, sería temerario pretender que cada parte de la enseñanza del Derecho obedece a método distinto de la de otras (50). Pero, inmediatamente, añadía: si existe una demarcación que establecer entre ellas, es en dos grupos: derecho público, de una parte; derecho privado, de otra (51). ¿Es exacta esta afirmación? ¿Existe, realmente, un método del Derecho público, distinto del Derecho privado? Concretamente, ¿existe un método propio del Derecho administrativo, diferenciado del método de las demás ramas del Derecho? La respuesta afirmativa ha sido formulada dentro del administrativismo. BERTHELEEMY, en el mismo ciclo de conferencias sobre el método jurídico en que THALER formulara la tesis que se acaba de transcribir, no dudó en proclamar que el Derecho administrativo se nos presenta con características peculiares que hacen imposible «toda asimilación a las restantes disciplinas jurídicas» (52). Y, últimamente, exponiendo parecidas razones, LATOURNERIE ha señalado las contradicciones que se producen al utilizarse en Derecho administrativo la técnica acuñada por el Derecho civil (53).

Es cierto que se reconoce la influencia que el sistema del Derecho privado tuvo en la construcción del Derecho público. El sistema científico del Derecho privado—dice PERTICONE—, con su complejidad de estructura y precisión de líneas; fué escogido inmediatamente como modelo del Derecho público (54). El hecho se reconoce incluso por aquellos que consi-

(50) *La méthode en droit commercial*, en *Les méthodes juridiques*, cit., pág. 131.

(51) *Op. cit.*, pág. 131. Cfr. también SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, 2.^a ed., Firenze, 1951, pág. 9.

(52) *La méthode applicable à l'étude du Droit administratif*, en *Les méthodes*, cit., págs. 64 y ss.

(53) *Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat*. LICE, págs. 180 y ss.

(54) PERTICONE, *La théorie du Droit*, Paris, 1938, pág. 125. En análogo sentido. A. HAUGRIOU, prólogo a DELVOLVE, *Les délégations de matières en Droit public*, Paris, Sirey, 1930. y RENARD, *L'aide du droit administratif pour l'élaboration du droit privé*,

deran necesario que el método del Derecho administrativo se independice del propio del Derecho privado, por la flexibilidad que le es necesaria para superar la actual crisis. Pero se propugna un método independiente, orientado hacia concepciones absolutamente diferentes de las que dominan el Derecho privado (55). ¿Cuáles son las razones en que se fundamenta esta posición? Si seguimos a BERTHELEMY, LATOURNERIE y los que, con ellos, proclaman la necesidad de un método propio de la ciencia del Derecho administrativo, podemos reducirlas a las siguientes:

a) Por lo pronto, una: la complejidad del Derecho administrativo. La realidad por él regulada es sumamente compleja. «El objeto del Derecho administrativo —dirá BERTHELEMY— es extremadamente complejo»; porque los servicios que «nous attendons de l'organisation étatique sont infiniment variés» (56). Más recientemente, dirá M. S. GIANNINI: «El Derecho privado y el Derecho procesal, en cuanto ramas del Derecho, tienen una homogeneidad que el Derecho administrativo, como normación, no posee. El Derecho privado está dominado por algunos institutos fundamentales, como el negocio jurídico, la empresa, la propiedad, la relación de trabajo; en el Derecho procesal... la acción, el juez, la ejecución... En la normación administrativa, en vano se buscarán estos institutos claves» (57). De aquí que si se pretendiera estructurar un sistema de Derecho administrativo con la unidad lógica característica del sistema del Derecho privado, tendríamos que hacerlo a costa de mutilar el Derecho, ya que éste se nos aparece fragmentariamente e incluso con aparentes contradicciones (58).

en *Recueil d'études sur les sources du Droit en l'honneur de François Geny*, París, Sirey, s. f., III, pág. 78.

(55) GARRIDO, *Las transformaciones del régimen administrativo*, Madrid, 1954, páginas 78 y ss. «La utilización por el administrativista —dice— de la técnica jurídica heredada, hasta cierto punto, del Derecho privado había de producir una serie de antinomias, una serie de contradicciones entre las exigencias de esa técnica y las exigencias propias, según sus principios cardinales, del Derecho administrativo.»

(56) *La méthode applicable à l'étude du Droit administratif*, cit., pág. 65.

(57) M. S. GIANNINI, *Le inconguente della normazione amministrativa e la Scienza dell'amministrazione*, «Rev. D. Pub.», IV, 2 (1954), pág. 309. Y se habla de la «perpetua rebelión de la normativa a la ciencia jurídica». PICCARDI, *Lo stato attuale della scienza del diritto amministrativo e la responsabilità dei giuristi*, «Rivista amministrativa», 1953, pág. 453.

(58) GARRIDO, *Las transformaciones*, cit., págs. 79-80. Pero ello se da en el Derecho en general e incluso en otras ciencias sociales. Porque «la vida está hecha de rupturas de unidades y de atentados de lógica». Así lo proclamó SALEILLES (Cfr. *Bull.*

b) Por otro lado, la movilidad se da en el Derecho administrativo en grado muy superior a en las demás ramas del Derecho. Ello exige una fluidez extraordinaria en los conceptos técnicos del Derecho administrativo. Precisamente por esta fluidez —se ha dicho—, el Derecho administrativo no se mueve tanto en conceptos como en fines, y quizás ello justifique por qué en él, a diferencia de otras ramas del pensamiento jurídico, no prevaleció nunca la jurisprudencia de conceptos (59).

De la mera exposición de las razones en que se funda la inaplicabilidad del método propio del Derecho privado al Derecho público, se desprende que en lo que en realidad se postula es la inaplicabilidad de cierta posición metódica. Y, por cierto, una posición metódica que, dentro del propio Derecho privado, fué superada. El hecho de que la realidad jurídico-administrativa haya sido más apta para demostrar la insuficiencia de tal dirección metodológica —pero, entiéndase bien, insuficiencia de tal dirección para el Derecho público y para el Derecho privado—, no quiere decir que la misma reclame un método radicalmente distinto. En este sentido, nada más expresivo que el trabajo con que BERNARD GENY colaboró en el Libro jubilar publicado para conmemorar el 150.º aniversario del Conseil d'Etat: *De la méthode et la technique du Droit privé positif à celles du Droit administratif* es su título. En él se marca la profunda diferencia que tuvo la obra de FRANÇOIS GENY en la del Consejo de Estado francés (60). Y, al comentar este trabajo, se ha subrayado el aspecto inverso, es decir, la influencia que en FRANÇOIS GENY tuviera la jurisprudencia del Conseil d'Etat, con lo que se viene a reconocer la influencia recíproca de los métodos aplicables a una y otra rama del Derecho y, con ello, la unidad sustancial de la realidad jurídica y la posibilidad de un método jurídico unitario.

Es cierto que, como con harto grafismo señaló MONTESQUIEU en el capítulo XVI del Libro XXVI de *L'Esprit des lois*, «es ridículo pretender decidir los derechos de los reinos, de las naciones y del universo, por las mis-

de la Sec. d'Et. legis., 1903, II, pág. 100) en frase que RENARD colocó como lema de su *Introducción filosófica al estudio del Derecho* (trad. de CUNCHILLOS), Buenos Aires, 1947.

(59) VILLAR PALASÍ, *La doctrina del acto confirmatorio*, RAP, núm. 8, pág. 12. Precisamente en la prolijidad y escasa duración de las leyes administrativas, encontraba FLEINER la causa de que la sistematización en Derecho administrativo haya resultado por demás insuficiente. Cfr. FLEINER, *Instituciones de Derecho administrativo* (trad. de A. GENDÍN), Ed. Labor, 1933, pág. 37. El hecho había sido resaltado por nuestros clásicos. Cfr. POSADA HERRERA, *Lecciones de Administración*, Madrid, 1843, I, págs. 63 y ss.

(60) Cfr. LJCE, págs. 277-293.

mas máximas por las que se decide entre particulares su derecho por un canalón». Ciertamente, también, como señala LARNAUDE, que trasplantar a la teoría del Estado la técnica jurídica del Derecho privado produciría consecuencias inaceptables (61). Ahora bien, una cosa es que los resultados a los que ha llegado el Derecho privado no sean aplicables sin más, sin previa depuración, al Derecho público, y otra muy distinta que el método utilizado en aquella rama del Derecho no pueda ser utilizado también para operar sobre la realidad jurídico-pública. Los propios contradictores reconocen la profunda influencia de los métodos jurídicos privados en la construcción del Derecho administrativo. No los métodos de interpretación. Pero sí el método para la construcción del sistema (62). Pero la afirmación puede ser más general.

En efecto, si partimos de la unidad sustancial de la realidad jurídica, si consideramos que no existe diferencia esencial entre la realidad jurídica pública, o, más concretamente, administrativa, y la realidad jurídico-privada, la conclusión no puede ser más que una: la posibilidad de un método único. «La tesis que pretende justificar la existencia de métodos distintos, según las varias ramas del Derecho, olvida que éstas no son sino aspectos de una idea esencial, es decir, que el Derecho es un todo» (63). Podrán existir diferencias accidentales, de detalle, al aplicar una determinada dirección metódica a uno u otro sector del Ordenamiento jurídico. Pero será un mismo método. Y esto quedará suficientemente demostrado cuando examinemos concretamente el problema de la interpretación. pun-

(61) Cfr. *Le Droit public. Sa conception. Sa méthode*, cit., pág. 39.

(62) GARRIDO, *Las transformaciones*, cit., págs. 76 y ss. En pág. 77, afirma: «Desde luego, el Derecho administrativo ha tenido que construirse como un sistema de conceptos técnicos. Esta construcción ha tomado como ejemplo el sistema del Derecho civil. Cuando el Derecho administrativo nace, cuando comienzan a publicarse los primeros tratados de ciencia jurídico-administrativa, el Derecho civil tiene ya un sistema propio que técnicamente ha heredado nada menos que de Roma. En este sentido, la creación de una serie de dogmas jurídico-administrativos tiene que adoptar, en principio, el ejemplo de Derecho civil.»

Aun cuando el reconocimiento del hecho es general y las citas podían multiplicarse, me voy a limitar a destacar en esa línea el prólogo de HAURIOU a *La théorie des droits réels administratifs*, París, 1914, págs. V-XI.

(63) PINA, *Introducción a la Metodología del Derecho*, BDC, núm. 17, pág. 47. «La esencia y el método del Derecho son los mismos en todas las normas», dice BONET, *El método en el estudio y enseñanza del Derecho*, en Revista «Universidad», XVI, número 3, Zaragoza, 1939, pág. 357. Es necesario insistir acerca de la unidad fundamental de la ciencia del Derecho. Cfr. RENARD, *L'aide au droit administratif pour l'élaboration du droit privé*, cit., pág. 84.

o acerca del cual más se han marcado las diferencias. Entonces veremos cómo si una determinada dirección metódica es rechazable al ser referida a la interpretación de las normas jurídico-administrativas, es rechazable por las mismas razones al ser referida a las normas jurídico-privadas. Y, de análoga manera, si una determinada dirección interpretativa es correcta para cierta clase de normas, lo es también para las restantes normas del ordenamiento jurídico. Vale la pena insistir aquí acerca de lo antes dicho en términos generales: que es en absoluto irrelevante el hecho de que ciertas características de un sector del Derecho —v. gr., movilidad extraordinaria, falta de codificación, mayor complejidad de la realidad social englobada— hayan llamado la atención acerca de la inadecuación de cierta dirección metodológica. Ello pone de relieve, únicamente, que en ese sector del Ordenamiento se acusan con más vigor ciertas manifestaciones de la ausencia común del Derecho; pero en modo alguno una diferencia sustancial en las normas. De tal modo que si en ese sector del Ordenamiento se ha demostrado la inadecuación de una dirección metodológica, tal inadecuación es general para acerse al Ordenamiento jurídico. Quizás un ejemplo sea más expresivo que todo razonamiento. Uno de los más recientes y logrados estudios de metodología en el Derecho administrativo —el publicado por LATOURNERIE en el Libro jubilar del 150.º aniversario del *Conseil d'Etat*— está montado casi exclusivamente sobre la base de un estudio de metodología construido sobre el Derecho privado: la *Science et technique en droit privé positif*, de FRANÇOIS GENY.

4. *Sincretismo metodológico.*

Problema general de la metodología y, concretamente, de la Metodología jurídica, es la determinación de los métodos utilizables para conocer la realidad objeto de nuestro estudio. Las ciencias jurídicas y políticas han llegado a la conclusión de lo erróneo que sería un monismo metodológico y postulan la necesidad de un pluralismo o sincretismo metodológico. Es cierto, como afirma SÁNCHEZ AGESTA, que la pluralidad de métodos ha sido envenenada y exagerada por las direcciones neokantianas, pero en cierto sentido responde también a la naturaleza de la realidad social, que por ser característicamente compleja ofrece muchas posibilidades de ordenación y proyección sistemática (64). Precisamente en consideración a la

(64) *Teoría y realidad en el conocimiento político*, Universidad de Granada, 1944, ág. 16.

complejidad de la realidad jurídica, también se ha propugnado un pluralismo metodológico en la ciencia del Derecho, en general, y en la ciencia del Derecho administrativo, en particular.

Desde un punto de vista general, se ha afirmado que el monismo metodológico ha sido el obstáculo máximo con que ha tropezado el Derecho en su elaboración, interpretación y aplicabilidad. «Pensar que un único camino nos puede conducir al conocimiento y resolución de los conflictos del mundo de los hombres, variables, contingentes y no previsibles totalmente, es desconocer, o por lo menos no querer conocer, la misión del Derecho y la compleja e intrincada realidad a que ha de servir. El exclusivismo como actividad mental ante los problemas del Derecho, antes o después, desemboca en el fracaso. El sincretismo metódico es, pues, el verdadero camino a seguir» (65). Y, en análogos términos, se ha repudiado el monismo dentro del Derecho administrativo. Hay que huir —ha dicho SEGISMUNDO ROYO-VILLANOVA— del exclusivismo metódico; no es posible el empleo de un solo método en el estudio y exposición del Derecho administrativo (66).

Esto no quiere decir que podamos echar mano de cualquier método, que todos sean igualmente utilizables; pues los hay que para nada pueden contar; sino que significa con mayor precisión que la teoría del método jurídico debe amoldarse a la naturaleza de la realidad a que sirve (67). Partiendo de la idea de Justicia, al jurista debe utilizar: el Método deductivo, infiriendo criterios de adecuación de los principios generales de justicia (Derecho natural) y de los de la política (idea de la vida a realizar en un pueblo y en un tiempo determinado; el método deductivo, conociendo la realidad social (estructura social, política y económica real) y la realidad jurídica (eficacia real de las normas en la vida social) para que sirva de base para la ecuación jurídica (realización práctica en la

(65) PÉREZ GONZÁLEZ, *El método jurídico*, «R. D. Priv.», 1942, pág. 23.

(66) *El método en el Derecho administrativo*, en «Las Ciencias», cit., pág. 313. En análogo sentido, FERRARIS, *Diritto amministrativo*, Padova, 1922, I, págs. 108-110; CAETANO, *O problema do método*, cit.; MELLADO, *Tratado elemental de Derecho administrativo*, 3.ª ed., 1899, I, pág. 29.

(67) HERNÁNDEZ GU., *Metodología del Derecho*, cit., pág. 381; SAUER, *Juristische Methodentelehre. Zugleich eine Einleitung in die Methodik der Geisteswissenschaften*, 1940, págs. 1 y 2.

materia jurídica). «Aunque con el primer método se utilizarán más las ideas y en el segundo los conceptos, ambos son imprescindibles en la ciencia jurídica» (68).

C. *Las funciones del método en el Derecho administrativo.*

1. *Ciencia y realidad jurídica.*

La realidad jurídica puede ser contemplada desde dos perspectivas distintas: teóricamente (modo de conocerla) o técnicamente (modo de operar sobre ella). Surge así la distinción entre ciencia y técnica, entre elaboración científica y elaboración técnica del Derecho positivo, marcándose a veces una radical diferencia entre ellas (69). Porque la ciencia —ninguna ciencia— puede, en cuanto ciencia, tener fines prácticos: no tiene por fin la utilidad, sino la verdad. Será la técnica la que tenderá a fines prácticos, estudiando las normas para llegar a un resultado útil (70). Pero lo cierto es que uno y otro aspecto van inescindiblemente unidos (71). Por un lado, porque la regla que trata de conocer el jurista al construir el sistema, me-

(68) DE CASTRO, *Derecho civil de España*, cit., I, pág. 70.

En el sentido expuesto en el texto y —sólo en ese sentido— se admite el sincretismo metódico, pero no en su sentido propio —«mezcla y yuxtaposición de sistemas no armónicos»—, pues «no es posible yuxtaposición, suma o armonía entre principios contrarios, entre nominalismo y realismo, empirismo y espiritualismo, positivismo e iusnaturalismo; por hábilmente que se haga la combinación o el compromiso, habrá contradicciones internas, abandono oculto de los principios y un paso más hacia el indiferentismo». DE CASTRO, *Derecho civil*, cit., I, págs. 508-509.

(69) Cfr. FRANÇOIS GENY, *Science et technique en Droit privé positif*, III, págs. 3 y ss., y *Les procédés d'élaboration du Droit civil*, en *Les méthodes juridiques*, cit., págs. 173 y ss. Teoría y técnica doctrinal son cosas perfectamente distintas en el concepto de STAMMLER. Cfr. *Filosofía jurídica* (ed. española), pág. 371.

La distinción ha sido recogida en la doctrina posterior. Por ejemplo, entre nosotros, es admitida por FONCILLAS, *La elaboración del Derecho positivo*, RCDI, 1940, págs. 456 y ss.

En la reciente bibliografía francesa, cfr., sobre el concepto de técnica, PERROT, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, págs. 11 y ss.

(70) Cfr. un resumen y crítica de esta posición, en BARBERO, *Empirismo e dogmática nel Diritto*, en *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, cit., págs. 251-274; BOBBIO, *Scienza e tecnica del Diritto*. Torino, 1934, y DONATI, *Fundazione della scienza del Diritto*. 1929, en especial, págs. 66 y ss.

(71) HENÁNDEZ GIL, *Metodología del Derecho*, cit., págs. 227 y ss.; CASTÁN, *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, cit., págs. 50-53.

diante la directa observación de la realidad, ha sido normalmente objeto de una elaboración técnica anterior (72). Por otro lado, porque el sistema de verdad construido por el jurista sirve, mediante una nueva técnica, a los fines prácticos de la vida, pues, como ha dicho STERNBERG, la segunda tarea científica es la de aplicar científicamente las normas y los conceptos del Derecho (73). Y esto, no sólo en la ciencia del Derecho, sino en cualquiera otra —pensemos en la Anatomía al servicio de la Cirugía—. Porque, como decía PASTEUR, no existe una categoría de ciencias a las que pueda darse el nombre de ciencias aplicadas; existe la ciencia y la aplicación de la ciencia, ligadas entre sí, como el fruto del árbol que lo sustenta (74).

Esto explica que en la construcción científica esté presente siempre la finalidad práctica. El fin de la norma, su carácter finalístico no puede ser eliminado del conocimiento científico de la norma jurídica. Por eso, al enfrentarse con la común afirmación de la contraposición entre las dos corrientes que recorren el pensamiento jurídico y que se conocen con los nombres de *Interessenjurisprudenz* y *Begriffjurisprudenz* se ha dicho que las dos tendencias son sobre el plano ideológico las posiciones irreductibles que son sobre el plano histórico (75).

Al elaborar un sistema de Derecho administrativo, como al elaborar un sistema en cualquier otra rama del Derecho, también tendremos normalmente que presuponer una técnica. Porque los datos que utilicemos en nuestra construcción serán, por lo general, producto de una elaboración técnica —legislativa, jurisprudencial—, pues; como afirmaba BONNECASE, los elementos generadores de las reglas de Derecho no se muestran más que bajo la cobertura de una técnica apropiada, y la ciencia del Derecho abarca, al igual que los datos de las fuentes reales, la técnica misma, en tanto que es objeto de conocimiento (76). Y, a su vez, el sistema estará

(72) BONNECASE, *Précis de Droit civil*. Paris, 1934, pág. 117, y *La pensée juridique française*, 1933, II, pág. 28.

(73) *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Labor, Barcelona, 1930, págs. 136 y ss.

(74) *Quelques reflexions sur la science en France*, 1871, pág. 30. Y, en base a esta afirmación, afirma RENARD que el Derecho es un arte fundado en una Ciencia. Cfr. *Introducción*, III, cit., pág. 83.

Sobre la ciencia del Derecho como ciencia práctica, PUGLIATI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, «Riv. I. S. J.», 1950, pág. 49.

(75) BARBERO, *Empirismo e dogmatica*, cit., pág. 256.

(76) Cfr. *Précis*, cit., pág. 117, y CASTÁN, *Teoría de la aplicación*, pág. 53.

«La misión del teórico viene a completar la del práctico: sin duda, la teoría, es,

en función de la técnica, pues las construcciones científicas a que lleguemos estarán al servicio de la técnica, de la técnica legislativa, de la técnica jurisprudencial, de la técnica jurídica en general. Una vez incorporado un concepto al sistema, queda a disposición de la técnica legislativa; el legislador podrá emplearlo en adelante reflexivamente al dictar sus regulaciones (77).

Esto supuesto, es evidente que en Derecho administrativo, como en otras disciplinas, el método debe afrontar y resolver las dos grandes cuestiones siguientes: delimitación de la realidad jurídico-administrativa y sistema del Derecho administrativo. Si la primera culmina en la interpretación, la segunda en el sistema. Nada tiene de extraño, por tanto, que, simplistamente, se hayan reducido a dos los problemas del método: la interpretación y el sistema, y que se haya hablado de la doble tarea de la Jurisprudencia al referirse a la «interpretación por un lado y a la construcción y sistema de otro» (78).

ante todo, la sistematización de los datos proporcionados por la práctica», pues «no hay ni puede haber oposición entre la teoría y la práctica: digamos una vez más que toda teoría que no se acomoda a los hechos lleva en sí misma su condenación.» JÉZE, prólogo a la 2.^a ed. de los *Principios generales del Derecho administrativo*. Cfr. pág. LXI de la edición argentina. Buenos Aires, 1948, tomo I.

(77) GARRIDO, *Administración indirecta del Estado y descentralización funcional*, Madrid, 1950. De aquí que se haya hablado de que la técnica jurídica tiene precisamente por tarea operar la síntesis de estos dos elementos: sistema y forma. El Derecho es la síntesis constituida; la técnica jurídica realiza la síntesis. HAESART, *Théorie générale du Droit*, Bruxelles-París, 1948, pág. 454.

Por ello dice ROMANO que la Ciencia del Derecho administrativo es una rama de la Jurisprudencia que tiene por objeto elaborar dogmáticamente y reducir a sistema los conceptos, los principios, las normas, los institutos de Derecho público: «elaboración y sistematización que deben servir para la aplicación práctica de las normas vigentes a los casos concretos». Cfr. *Prime pagine di un manuale di diritto amministrativo*, en *Scritti minori*, Milán, 1950, II, pág. 373.

(78) RAEBRUCH, *Introducción a la Ciencia del Derecho* (trad. de RECASENS), Madrid, 1930, pág. 256.

CABRAL DE MONCADA, en *Derecho positivo y Ciencia del Derecho*, «Estudios jurídicos portugueses», Madrid, 1945, págs. 47 y ss., dice que son tres las operaciones fundamentales de la Ciencia del Derecho, con que procura la misma aprehender su objeto: la interpretación, la construcción sistemática y la revelación o descubrimiento del Derecho vivo». Y es frecuente la distinción entre método de conocimiento, método de aplicación y método de enseñanza. DE BUEN, *Introducción al estudio del Derecho civil*, Madrid, 1932, pág. 61.

La distinción entre los dos primeros guarda íntima conexión con el problema de si existe una diferencia sustancial entre interpretación científica o doctrinal e interpretación práctica o judicial, al modo propugnado por KEISEN. Una clara exposición de esta

2. *Delimitación de la realidad jurídico-administrativa.*

Muchas veces ha sido descrita la situación que provocó el neokantismo en las disciplinas filosóficas, al colocar en primer plano la teoría del conocimiento, con desprecio de la Ontología y la Metafísica. La reacción no se dejó esperar, en la Ciencia, en general, y en la Ciencia del Derecho, en particular. Porque el conocimiento, para que sea tal, ha de suponer una realidad, algo que está ahí, que acontece ante nuestros ojos. Todo conocimiento —y, por ende, el conocimiento jurídico— supone la relación entre el sujeto y el objeto (79). De aquí la importancia de delimitar el objeto propio de cada ciencia, su objeto formal. Precisamente uno de los hechos en que ZUBIRI encuentra explicación a la actual confusión que reina en el mundo de la ciencia consiste en que cada una de las muchas ciencias que hoy existen carecen casi por completo de un perfil marcado que circunscriba el ámbito de su existencia; no se sabe dónde comienza y termina una ciencia, porque no se sabe, estrictamente hablando, de qué se trata. «Para que se sepa de qué se trata, es menester precisar su objeto propio, formal y específicamente determinado» (80).

En otro lugar ha quedado precisado el objeto de esta disciplina como el Derecho especial de la función administrativa, como aquel sector del Ordenamiento jurídico que condiciona la función administrativa. Ahora bien, ¿es esto suficiente? En absoluto. Porque decir que el objeto de la Ciencia del Derecho administrativo es el Derecho administrativo, da por supuesta una concepción determinada del Derecho. Pero, según la concepción que del Derecho se tenga, variará el objeto de nuestro estudio. De que se adopte o no una posición rígidamente positivista, la respuesta será radicalmente distinta. Es necesario, por tanto, precisar qué se entiende por realidad jurídica. Pues si es exagerado afirmar que el método crea el objeto o que es idéntico a él, lo que es indiscutible es que método y objeto se condicionan mutuamente (81).

doctrina y su crítica, en CAIANI, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova, 1954, págs. 273-281.

(79) SÁNCHEZ AGESTA, *Teoría y realidad*, cit., págs. 11 y ss.

(80) *Naturaleza, Historia, Dios*, cit., pág. 18. Y es su objeto formal lo que proporciona unidad a la ciencia. Cfr. CARDENAL MERCIER, *Lógica*, cit., II, pág. 60.

(81) Como demostró hasta la saciedad DILTHEY, y desde antiguo venía siendo proclamado por la lógica, pues la individualización y el progreso de una disciplina cientí-

Por supuesto, si el Derecho administrativo es una de las disciplinas cuyo objeto es el estudio del Derecho positivo, resulta obvio que sus cultivadores deben operar sobre el Derecho positivo. Como, con frase expresiva, dijo SPIEGEL, el jurista debe manejar el Derecho positivo con la misma soltura que su lengua materna (82). Y la afirmación puede suscribirse sin reserva alguna. Porque un jurista que actúe de espaldas al Derecho positivo —lo que es tan frecuente en los cultivadores del Derecho público— traiciona su misión. Pero, ¿quiere esto decir que la realidad jurídica se agote en el Derecho positivo, o mejor, en el conjunto de normas que integran el Ordenamiento jurídico? Para un sector muy importante del pensamiento jurídico así ha sido. Por citar el mismo nombre que antes destacábamos entre los iniciadores del método jurídico del Derecho público, señalaremos a LABAND. Para LABAND, la dogmática del Derecho, aparte de la investigación de los preceptos jurídicos vigentes, es decir, del conocimiento y del dominio cabal de la materia jurídica, era sólo pura actividad lógica. «Ello valía tanto —afirma CONDE— como aislar el Derecho de la realidad y convertirlo en pura función lógica aséptica, limpia de contaminación.» «JELLINEK —añade después— da por bueno el aserto, pero al mismo tiempo quiere eludir las consecuencias radicales de la dogmática jurídica» (83). No vamos a describir, una vez más, la línea del pensamiento jurídico que, con este punto de partida, culmina en la figura espléndida de KELSEN. Pero sí queremos destacar el matiz que se observa en los últimos trabajos de los autores que se mueven en esta línea y que supone una importante rectificación de su posición originaria. Entre nosotros, por ejemplo, RECASENS, después de afirmar que el jurista es, ante todo, el sacerdote de la legalidad vigente, pues el servidor directo e inmediato de la justicia debe ser el legislador, afirma: «Con todo, no se crea en manera

ica dependen de la adopción de los métodos impuestos por la naturaleza del objeto a conocer. Cfr. AFTALION, *El saber de los juristas como conocimiento de comprensión*, cit., pág. 167.

(82) *Derecho administrativo* (trad. de CONDE), cit., pág. 6.

(83) Una completa exposición de la misma, en CONDE, *Introducción al Derecho político actual*, Madrid, 1942, págs. 55-101. El propio KELSEN ha presentado su *Teoría pura del Derecho* como continuadora de «la tradición positivista del siglo pasado» (CULLIER, *Sociología y teoría del Derecho*, REP, núms. 86-87, pág. 12).

Pero, recientemente, se ha creído que los orígenes de esta línea de pensamiento están más lejos, presentando a KELSEN como un heredero del historicismo jurídico. Sobre esta sugestiva interpretación, con amplia referencia bibliográfica, GIULIANI, *Contributi ad una nuova teoría pura del Diritto*, Milán, 1954, en especial, págs. 85-91.

alguna que el jurista, en tanto que tal, pueda ser ajeno a los puntos de vista de la justicia. Pues si bien es verdad que se halla limitado para aplicarlos por las normas positivas del Ordenamiento vigente, al que sirve ante todo, pues ésa es cabalmente su misión, no obstante, aquél, por cerrado y apretado que pueda ser, siempre ofrece un margen de holgura dentro del cual el jurista tiene que orientarse por cuenta propia» (84).

Para esta concepción del Derecho, poco o nada importan la Justicia y la realidad social conformada por la norma. El objeto del estudio del Derecho no es otro que la legislación (85). «A hombros de una concepción totalitaria de la Ley —se ha dicho—, como suprema e infranqueable expresión de lo jurídico, un grupo humano, o un solo hombre incluso, se han adueñado de la sociedad con una autoridad irresistible. Pueden impunemente sojuzgar a la comunidad, esclavizar y degradar al individuo, desencadenar y envolver en la guerra a todo el mundo» (86). Pero el Derecho es algo más que un conglomerado de normas legales. El Derecho, el Derecho humano positivo, para que sea tal Derecho, ha de estar enraizado en los principios inmutables de Justicia y realizarse en la vida social. En una palabra, ha de ser justo y ha de ser real. Un derecho que no es justo, no es Derecho, es arbitrariedad; un Derecho que no es real, no es Derecho, es utopía. La Justicia es el centro de la ciencia jurídica. La Justicia se realiza en la comunidad a través del Ordenamiento jurídico, que, a su vez, se realiza en la comunidad creando el orden jurídico. He aquí por qué el jurista no puede contemplar la norma pura, aislada, aséptica.

(84) *Vida humana, sociedad y Derecho*, México, 1945, págs. 24 y ss. Vid., también, L'HUILIER, *Défense du positivisme juridique*, «Rev. D. Pub.», 1954, págs. 941-956, y JÉZE, *Les principes généraux du Droit administratif*, 2.ª ed., París, 1914, págs. III-V.

(85) En este sentido, LEÓN Y OLARRIETA, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 2.ª ed., Valencia, 1877, pág. 11, que añade: «la cual, considerada en su aspecto constituido, es preciso estudiarla como se contiene en los códigos, y para efectuarlo pueden emplearse dos medios, que son el de verificarlo en ellos mismos, o servirse de las obras y tratados sistemáticos que sobre ella han escrito los autores más eminentes».

Es indudable que, entre las fuentes de conocimiento del jurista, debe figurar la doctrina de los autores; pero no hasta el punto de que ella pueda permitir prescindir de la norma en sí misma considerada, ni de su proyección en la vida social. El jurista no debe limitar sus fuentes de conocimiento a los libros, como tampoco debe limitarse a la realidad, prescindiendo de aquéllos (como quiere CARNELUTTI). RAMÓN Y CAJAL encareció la necesidad de aprender las cosas simultáneamente con los libros, «porque realidades y libros se condicionan mutuamente» (en *Charlas de Café*), recuerda PINA.

(86) LOIS, *Estudios sobre los fundamentos de una nueva Ciencia jurídica*, cit., página 33. «El derecho natural —dirá WINDSCHEID— es un ensueño desvanecido». Cfr. SCHMITT, *Die Lage euroquischen Rechtswissenschaft*, Tübinga, 1950, pág. 14.

El jurista no puede limitar el objeto de su actividad a un conjunto de normas positivas que sistematizará con arreglo a principios lógicos. Porque la unidad del Ordenamiento está basada en principios inmutables. Debe, por tanto, buscar los principios, y, con este apoyo firme, contemplar la norma en su proyección social. Porque el ordenamiento no es ni un código ni una recopilación; es un orden real que funciona y vive jurídicamente (87). El jurista no puede prescindir de la Justicia ni de la realidad social conformada por la norma.

La Justicia es el centro de la Ciencia jurídica. El jurista es, ante todo, un servidor de la Justicia. Ciertamente que la Justicia se realiza en la comunidad a través del Derecho positivo. Pues el Derecho positivo no es otra cosa que la adaptación del Derecho natural a las contingencias de un medio social dado (88). Y para el manejo de ese Derecho positivo no pueden ser olvidados los principios rectores del Ordenamiento, que le informan y dan unidad. FRANÇOIS GENY terminó una célebre conferencia con estas palabras: «Es preciso no olvidar que, cualquiera que sea el camino por el que procuremos alcanzarla, nuestro fin supremo resulta siempre, exclusivamente, la Justicia —ideal misterioso y sublime, a veces desalentador en su inmensidad, pero siempre atrayente por su belleza incorruptible, que él solo merece nuestro esfuerzo y da un sentido a nuestras encarnizadas investigaciones—. Y es porque, teniendo una fe profunda en el orden providencial del mundo, estoy convencido de que el Autor de toda Justicia no ha podido hacerla inaccesible, por lo que os he propuesto procurar realizarla por medios medidos, tan exactamente como es posible, en la posibilidad de nuestras facultades de conocer y obrar» (89).

Tampoco puede prescindir de la realidad social conformada por el ordenamiento. En ella adquiere el Derecho todo su valor. Porque, como afirmó IHERING, «la realización es la vida y la verdad del Derecho, es el Derecho mismo. Lo que no pasa a la realidad, lo que está simplemente en la ley, en el papel, es sólo un Derecho aparente, palabras vacías, y por

(87) FUEYO, *Legitimidad, validez y eficacia*, RAP, núm. 6, pág. 37. «El método sistemático se dirige, desde luego, a sistematizar el Derecho en pocos principios supremos, que son sus formas perennes.» ALLORIO, *Ciencia jurídica europea*, RFDmex, número 9 (1953), pág. 166.

(88) RENARD, *Introducción filosófica al estudio del Derecho*, cit., III, pág. 36. «El reino del positivismo jurídico ha terminado.» ALLORIO, *Ciencia jurídica europea*, cit., pág. 171.

(89) *Les procédés d'élaboration du Droit civil*, cit., pág. 196.

el contrario, lo que se realiza es Derecho, aunque no se encuentre en la Ley y el pueblo y la ciencia no se hayan dado cuenta de ello (90).

El Derecho, por tanto, supone una conformación de la realidad social con arreglo a la Justicia. De aquí la íntima conexión entre estas dos ideas (orden social y justicia). Pero, como afirma HAURIOU, no pueden confundirse, no son una misma cosa. Un orden social determinado, o alguna de sus instituciones, son juzgadas injustas; y a la inversa, ciertos movimientos sociales inspirados en la justicia no pueden subsistir porque no se adaptan a las exigencias fundamentales del orden social (91).

Las anteriores consideraciones generales implican consecuencias importantes, en el orden metodológico, que nos permiten calibrar en todo su valor lo que la aceptación del método jurídico en el estudio del Derecho administrativo supone. Porque si desde un punto de vista general afirmamos la necesidad de que la ciencia del Derecho positivo contemple la norma en su proyección social, al referirnos al Derecho administrativo, hemos de postular la necesidad de contemplar la norma en su realización, esto es, como reglamentación de la Administración pública. De aquí que no nos sea indiferente la Administración pública como realidad. Porque sólo conociendo las necesidades de la Administración podremos apreciar debidamente el valor de las normas.

Con este punto de partida, es fácil delimitar los problemas en que se concreta la delimitación de la realidad jurídica y especialmente la realidad jurídico-administrativa. No son otros que los siguientes:

- a) Por lo pronto, la determinación de los principios generales que conforman el Ordenamiento jurídico.
- b) Determinados los principios generales, la delimitación de las normas jurídicas, o lo que es lo mismo, de los poderes sociales a los que se reconoce facultad de crear normas jurídicas.

(90) Cit. por CASTRO, *Derecho civil de España*, cit., I, pág. 487.

He aquí por qué no puede prescindirse tampoco de la formación del Derecho a través de la historia. Acerca del problema, cfr. las excelentes páginas escritas por CALASSO en *Introduzione al Diritto comune*, Milán, 1950, págs. 3-30, y bibliografía que allí se cita.

(91) *L'ordre social, la justice et le droit*, «Revue trimestrielle du Droit civil», XXVI (1927), pág. 796.

Sobre las posturas extremas acerca de la relación entre Derecho y Sociedad, vid. LECLERQ, *Sociologie et juridisme*, «Bulletin de l'Institut de Recherches Economiques et Sociales», Lovaina, 1951, págs. 619-636.

- c) Y, por último, la interpretación de las normas que integran el Ordenamiento.

Principios, creación e interpretación del Ordenamiento jurídico. He aquí las cuestiones del método jurídico en orden a la delimitación de la realidad jurídica.

3.—Sistema de la realidad jurídico-administrativa.

Delimitada la realidad sobre la que opera el jurista, surge la gran cuestión de la Metodología jurídica: la construcción del sistema. Por supuesto, si el único conocimiento posible del Derecho fuese la pura exégesis de las normas, la tarea del jurista se agotaría en la interpretación. Pero estamos muy lejos de aquella dirección metodológica que alcanzó su máximo apogeo en las corrientes codificadoras y que apenas si tuvo algún defensor consciente entre los cultivadores de esta rama del Derecho (92). Si es po-

(92) Sin embargo, cuando la doctrina española enumera las distintas posiciones sobre el concepto de Derecho administrativo (Cfr., por ejemplo, ROYO-VILLANOVA, *Elementos de Derecho administrativo*, 24.ª ed., Valladolid, 1955, I, pág. 9), suele citar el nombre de BATBIE entre los que consideran el Derecho administrativo como exposición y comentario de las leyes administrativas.

Es cierto que las primeras obras de Derecho administrativo francés están dominadas —y así se ha reconocido más de una vez— por la exégesis. Pero el objeto de la exégesis no es —como ocurre en las obras de Derecho privado— un conjunto de leyes formales. Quizás por el hecho —ya destacado por CORMENIN— de que la legislación administrativa no era apenas más que un cúmulo incoherente de artículos (Cfr. SOLDAT, *Une tentative plus que centenaire*, cit., pág. 295). El objeto de la exégesis en las primeras obras de Derecho administrativo será, en buena parte, una fuente que no tiene cabida en los principios clásicos de la escuela de la exégesis: la jurisprudencia. Así ocurre en la obra de CORMENIN, *Questions de Droit administratif*, así como en otras de la época.

Pero pronto se va a abandonar esta dirección en el propio país cuna de la Escuela de la exégesis. La causa del poco predicamento de esta escuela entre los administrativistas se ha visto en la falta de un Código (BERTHELEMY, *Méthode applicable à l'étude du Droit administratif*, cit., pág. 69). Lo cierto es que, aparte de otros antecedentes, fueron BATBIE y DARESTE, al menos en opinión de HAURIUO (Cfr. prólogo a RIGAUD, *La théorie des droits réels administratifs*, cit., pág. VI) los que iniciaron la construcción de un sistema de Derecho administrativo, inspirado en el tradicional civil de las *Instituta* de JUSTINIANO. BATBIE, en su *Introduction générale du Droit public et administratif* (que empezó a publicar en 1861); DARESTE, en *La justice administrative en France* (1862). Cfr. VIDAL, *Batbie et les débuts de l'organisation scientifique du Droit administratif*. «Rev. D. Pub.», 1950, pág. 805.

sible un conocimiento científico del Derecho y la Ciencia es sistema, la función del jurista no se agotará en la interpretación de las normas que integran el Ordenamiento: no basta desentrañar el sentido de cada artículo —ha dicho LEGAZ—, es preciso construir un todo sistemático con estos sentidos o significaciones, independientemente de que el conjunto así formado coincida o no con la distribución o plan del Código (93). La función del sistema es la unidad; «por ella alcanzamos el concepto del todo, objeto de la ciencia, y comprendemos en él las partes que la integran. Es fundamentalmente la suya función de ordenación, pero no indiferente a la totalidad del problema metódico» (94).

Pues bien, el problema está en cómo se llega al sistema. Resulta obvio que será el resultado de un esfuerzo o actividad intelectual. Precisamente del esfuerzo o actividad intelectual que se ha denominado construcción jurídica. La construcción jurídica tiene por cometido elaborar con la materia que la interpretación proporciona, las nociones o conceptos jurídicos (95). En una palabra, si lo que la ciencia, cualquier ciencia, trata es no ya penetrar en las cosas, sino sustituirlas por otras más precisas (96), mediante la construcción jurídica, lo que pretendemos es, precisamente, esta sustitución de los fenómenos jurídicos por algo más precioso: los conceptos. Y, mediante la ordenación de los conceptos, llegaremos al sistema.

Pero el sistema se construye para algo. No se construye por puro placer.

(93) *Introducción a la Ciencia del Derecho*, cit., pág. 48, y, dentro del Derecho administrativo, ROMANO, *Prime pagine di un Manuale*, cit., pág. 373.

(94) SÁNCHEZ AGESTA, *Teoría y realidad*, cit., págs. 16 y ss., y *Teoría del sistema* «Boletín de la Universidad de Granada», 1941. «La sistematización de la ciencia —dirá el Cardenal MERCIER— es el fin supremo de la lógica.» Cfr. *Lógica*, ed. española, Madrid, 1935, II, pág. 60.

(95) CASTÁN, *Teoría de la aplicación*, cit., pág. 343. ALESSI, *Sistema istituzionale del Diritto amministrativo italiano*, Milán, 1953, pág. 20.

DECLAREUIL (en *Quelques remarques sur la théorie de l'institution et le caractère institutionnel de la Monarchie capétienne*. «Mélanges Maurice Hauriou», París, 1929, págs. 161 y ss.) ha escrito páginas bellísimas sobre la construcción jurídica. «No sería razonable ni hábil desconocer los méritos o ventajas de las bellas construcciones jurídicas. Parecen ser productos de la imaginación creadora; pero ésta no crea nada *ex nihilo*... Una construcción jurídica es un movimiento desinteresado del espíritu, por el cual su autor escapa, por las vías de la dialéctica, a las agitaciones, a las sorpresas del ambiente, a la inquietud de la utilidad particular, a los influjos de la sensibilidad personal, que puede ser crónica o parcial. Simplifica, y esquematiza, para permitir juzgar mejor, ver más justo. Para llegar a este resultado, la imaginación no trabaja sola; asocia y hace colaborar a la lógica.»

(96) ZUBIRI, *Naturaleza, Historia, Dios*, cit., pág. 70.

Sino para dar a conocer la realidad a que responde. He aquí por qué al construir el sistema del Derecho administrativo se cumplen dos funciones de pareja importancia: el conocimiento y la enseñanza de la realidad jurídico-administrativa. Esta dualidad de funciones ha permitido hasta hablar de la existencia de dos métodos: método de investigación y método de enseñanza. Es probable que, cuando el Reglamento de oposiciones a cátedra impone el tratamiento en la memoria del problema del método (97) se refiera al método didáctico. Pero existe tan íntima trabazón entre uno y otro aspecto de la cuestión metódica, entre el conocimiento y la enseñanza de la realidad jurídica, que resulta poco menos que imposible abordar el método de enseñanza sin fijar la propia posición acerca del método de investigación.

Para enseñar, hay primero que conocer. Para enseñar el Derecho positivo, es necesario construir primero el sistema del Derecho positivo. Por eso, si un sistema ha de ser, en primer lugar, verdadero, en segundo lugar ha de ser comprendido. Como dijo ORTEGA al comenzar una de sus obras más difundidas, lo que más importa a un sistema científico es que sea verdadero; pero la exposición de un sistema científico impone a éste una nueva necesidad: además de ser verdadero es preciso que sea comprendido (98).

Lo anteriormente expuesto permite precisar con toda claridad cuáles son las dos cuestiones que el Método jurídico debe plantearse en torno al sistema: su construcción y su enseñanza. No basta conocer la realidad jurídico-administrativa y estructurar un sistema. Es necesario la enseñanza de aquella realidad reducida a la unidad del sistema. Construcción y enseñanza del sistema.

(97) Artículo 20 del Reglamento de oposiciones a cátedras universitarias, aprobado por Decreto de 25 de junio de 1931.

Y LEGÓN, en *Aproximaciones teórico-prácticas a la Metodología del Estado*, comienza afirmando que existen dos actitudes metodológicas perfectamente definidas y diferenciadas en su arranque: método de investigación y método de transmisión o docente. (Cfr. «Cuadernos periódicos», Buenos Aires, núm. 5 (1954).

(98) *El tema de nuestro tiempo*, 5.ª ed., 1915, pág. 11.

II.—DELIMITACIÓN DE LA REALIDAD JURÍDICO-ADMINISTRATIVA.

A. *Los principios jurídicos.*

1.—*Nociones generales.*

a) *Concepto.*

Cuando la doctrina coloca la determinación de los principios jurídicos como tarea básica y presupuesto de toda Ciencia jurídica, no siempre emplea el término en un mismo sentido. Cuando LARNAUDE, por ejemplo, habla de que la primera operación del método jurídico consiste en la búsqueda de los principios (99), está queriendo expresar algo distinto a lo que quiere expresar DE CASTRO con parecidas palabras (100). La razón no es otra que uno y otro emplean el término «principio jurídico» en sentido distinto. El primero se mueve en el plano de la lógica; el segundo, en el plano del Derecho. El primero habla de principios de la Ciencia del Derecho; el segundo, de principios del Derecho. Y es que Derecho y Ciencia el Derecho no sólo son dos conceptos distintos, sino que implican conceptos distintos —v. gr., fuente del Derecho y fuente de la Ciencia del Derecho— (101). Tal es el caso de los principios. Los principios científicos son los principios lógicos de la ciencia: ayudan a conocer la realidad jurídica; tienen valor instrumental y entidad lógica; constituyen el fundamento de la ciencia. Los principios jurídicos, por el contrario, tienen en sí valor normativo; constituyen la propia realidad jurídica. Respecto de la Ciencia del Derecho, constituyen su objeto. Existen con independencia de su formulación; se emplean aunque la ciencia los desconozca. La misión de la ciencia respecto de los mismos no es otra que la de su aprehensión. Y la ciencia será más o menos perfecta, según logre o no su determinación. Porque si el objeto de la Ciencia del Derecho positivo lo constituye el Or-

(99) *Le Droit public. Sa conception. Sa méthode*, cit., pág. 23, donde utiliza el concepto de principio de ÉMOND GOURD, en *Le vocabulaire philosophique*.

(100) *Derecho civil de España*, cit., I, pág. 490.

(101) Las fuentes del Derecho son los poderes sociales a los que se reconoce facultad normativa creadora, de donde emanan las normas jurídicas. Las fuentes de la Ciencia del Derecho son aquellas que nos permiten conocer las normas jurídicas, las llamadas fuentes de conocimiento.

denamiento jurídico, este conocimiento no será completo en tanto no se llegue a la determinación de los principios que le informan.

Los principios jurídicos constituyen la base del Ordenamiento jurídico, «la parte permanente y eterna del Derecho y también la cambiante y mudable que determina la evolución jurídica»; son las ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídica de la Nación (102). Esto permite distinguir los principios jurídicos de otros conceptos con los que han sido confundidos frecuentemente :

a') Por lo pronto, de los conceptos. La confusión ha llevado a situaciones absurdas, dado el distinto valor de los conceptos y de los principios. Porque los conceptos tienen valor puramente instrumental. Los principios constituyen la propia realidad jurídica. Sin embargo, como afirma Sgismundo ROYO VILLANOVA, se ha confundido los conceptos con los principios de justicia, «que son los únicos que deben condicionar las reglas de Derecho; se ha confundido la explicación lógica de la regla y su explicación racional y jurídica; en lugar de extraer las reglas de la vida real, se ha buscado la inspiración en conceptos que la abstracción había separado y vaciado de todo contenido positivo y real» (103). Hay que proclamar que ninguna fórmula abstracta «puede prevalecer sobre un principio de Justicia» (104).

b') Tampoco deben confundirse con las reglas del Derecho. La diferencia radica, no ya en el grado de generalización, como se ha afirmado recientemente (105); la diferencia es mucho más honda. Porque la regla de Derecho no es más que una «breve proposición dictada con palabras generales», que no tiene en sí valor jurídico propio ni menos eficacia de fuente jurídica; las reglas de derecho son expresiones técnicas o recursos pedagógicos que, a veces, sirven de vehículo a un auténtico principio de Derecho, como ha puesto de relieve el T. S. a través de copiosa jurisprudencia (106); mientras que el principio tiene entidad jurídica y da valor normativo a la regla que le contiene.

(102) DE CASTRO, *Derecho civil de España*, cit., I, pág. 464.

(103) *El método en el Derecho administrativo*, cit., pág. 309. Vid. también GUEJ. *Realtà e logica nel Diritto*, «Rev. D. Pub.», 1954, pág. 346.

(104) RENARD, *Introducción filosófica al estudio del Derecho*, cit., III, pág. 41

(105) LATOURNERIE, *Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat*, LJCE, pág. 261.

(106) DE CASTRO, *Derecho civil de España*, cit., I, pág. 479.

b) *Naturaleza jurídica.*

Lo que se acaba de exponer permite precisar la naturaleza de los principios jurídicos. Los principios jurídicos tienen pleno valor de fuente jurídica; forman parte del Ordenamiento jurídico. Con frases harto expresivas lo ha proclamado RIVERO: «Los principios generales tienen pleno valor del Derecho positivo, considerándoles éste como parte integrante esencial del orden jurídico y sancionando su violación con la misma energía que la de la regla escrita» (107). Por consiguiente, su valor es indiscutible, hayan logrado o no el reconocimiento jurisprudencial. Los principios jurídicos se aplican; juegan en la vida jurídica, independientemente de que un Tribunal los haya reconocido como tales. Por eso es inaceptable toda definición de principio jurídico que considere esencial el reconocimiento jurisprudencial (108). Es inexacto concebir los principios generales del Derecho como reglas jurisprudenciales, creadas por el juez (109).

Admitido el carácter de fuente jurídica, es ineludible precisar el puesto que a la misma corresponde en la jerarquía de fuentes. Podría parecer que, con arreglo al art. 6.º, Cc., los principios jurídicos ocupan el puesto más inferior en la jerarquía de fuentes. Pero ello es inexacto. Porque, como ha puesto de relieve DE CASTRO, es incorrecto interpretar aquel precepto conforme a teorías extrañas a nuestra tradición, ya que la propia base primera de la Ley de 1888 impone como único camino de interpretación seguir «el capital pensamiento» «del Derecho histórico patrio», y, con arreglo a éste, no es posible separar a las normas legales de los principios religiosos y morales y de su finalidad política. Los principios jurídicos informan a todas las normas formuladas; «las convierten de *flatus vocis* o de pintados signos en mandatos y reglas de conducta y hacen un conjunto orgánico de las frases descosidas de un inconexo articulado. Determinen el modo cómo lo jurídico actúa sobre la realidad social y cómo ésta, a su

(107) *Los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo francés*, «R. A. P.», núm. 6, pág. 295.

(108) Cfr., sobre esta posición, JEANNEAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, París, 1954, pág. 5. La posición está latente en buena parte en la doctrina francesa. Cfr. LETOURNEUR, *Les principes généraux du Droit dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, ED, 1951, pág. 19, y *Les progrès récents de la jurisprudence du Conseil d'Etat*, EC, pág. 117.

(109) Cfr. EISENMANN, al recensionar la obra de JEANNEAU, cit. en nota anterior, «Rev. D. Pub.», 1955, págs. 798-808.

ez, influye sobre las normas jurídicas» (110). Ahora bien, si los principios jurídicos, como después veremos, constituyen el fundamento mismo del Ordenamiento y son orientadores de la labor interpretativa, son también fuente directamente aplicable en caso de insuficiencia de normas legales y consuetudinarias. Y es a este último aspecto al que se refiere el art. 6.º al dar al juez el criterio a seguir. Pero bien entendido que ello o quiere decir que deba prescindir de los principios jurídicos en los casos en que haya norma legal o consuetudinaria aplicable al caso, pues también entonces los principios jurídicos están presentes dando sentido a la norma aplicable (111).

c) Evolución.

Durante bastante tiempo, el Derecho administrativo ha hecho caso omiso de los principios jurídicos. Es cierto que, como señala RIVERO, LAFERRIERE, en su *Traité de la juridiction administrative*, afirmaba que las resoluciones jurisprudenciales tienen por base, cuando faltan los textos, principios tradicionales escritos o no escritos, que son en cierto modo inherentes a nuestro Derecho público» (112), y que parte de la doctrina se refería incidentalmente a ellos, al enumerar las fuentes del Derecho (113). Pero en la construcción del Derecho administrativo se prescindía de los mismos.

Sin embargo, de pronto, los principios generales del Derecho van a adquirir un papel relevante en el Derecho administrativo y hacia los mismos va a dirigir sus miradas la doctrina. Como en tantos otros aspectos del Derecho administrativo, van a ser los franceses los que, con el espíritu calista que les caracteriza, van a llamar la atención del fenómeno, utilizando como base de sus afirmaciones la propia jurisprudencia del Conseil d'Etat. «El desconocimiento por la doctrina de esta noción esencial ha sido posible durante años —dirá RIVERO—, porque el Consejo de Estado

(110) DE CASTRO, *Derecho civil de España*, cit., I, págs. 463-464.

(111) Sobre el problema insistiremos después, al tratar de las funciones de los principios jurídicos.

(112) RIVERO, *Los principios generales del Derecho*, cit., pág. 293.

(113) Cfr., en la doctrina española, GASCÓN, *Tratado de Derecho administrativo*, 2.ª ed., Madrid, 1952, I, pág. 100; GARCÍA OVIEDO, *Derecho administrativo*, 5.ª ed. por M. USEROS, Madrid, 1955, I, pág. 65; A. GENDÍN, *Manual de Derecho administrativo*, Zaragoza, 1941, pág. 159.

en sus decisiones no la formulaba expresamente: ninguna referencia ni al concepto de principios generales, ni a tal principio particular venía a fundar la solución adoptada.» Mas he aquí que, bruscamente, se va a dar un giro radical. ¿Cuáles son las causas de esta nueva orientación? Si seguimos a RIVERO, no son otras que las siguientes: ante todo, las circunstancias políticas, los turbulentos años que precedieron a la entrada en vigor de la Constitución de 27 de octubre de 1946, la sucesión de regímenes inspirados en ideologías dispersas, provocaron una inestabilidad en el Derecho escrito; ahora bien, no hay seguridad jurídica para los particulares fuera de la continuidad del Derecho, y el Consejo de Estado lo buscó fuera de la Ley, para mantenerla pese a los cambios políticos y sus repercusiones legislativas: «afirmando enérgicamente la estabilidad de los principios, pudo limitar y corregir los efectos de la inestabilidad de las leyes». «Y era esta solución tanto más necesaria cuanto que ciertas de estas leyes, dictadas por circunstancias económicas excepcionales, por el peso del ocupante o por la pasión política, implicaban graves atentados al respeto de la persona y de la libertad humana, considerada como el fundamento tradicional del Derecho público francés.» «Apoyándose sobre los principios, el Consejo de Estado pudo minimizar el alcance de estas leyes, interpretarlas de la manera más restrictiva y salvaguardar al máximo las libertades.» «El recurso de los principios generales, nacido de las circunstancias, ha sobrevivido a la desaparición de éstas, y es que las lagunas de la Ley escrita siguen siendo considerables y también que nuestro tiempo plantea nuevos problemas y ve nacer, en el orden económico sobre todo, instituciones inéditas que la apelación a los principios generales permite integrar en el orden jurídico tradicional» (114).

Casi simultáneamente, se opera en España un giro parecido, aun cuando por razones diversas. Y en nuestra jurisprudencia del T. S. se observa una evolución de especial importancia, desde la afirmación de que los principios generales del Derecho son aplicables como legislación supletoria o de que solamente pueden ser fundamento de una sentencia cuando estén aceptados como preceptos aplicables en una Ley o en un Reglamento (115), hasta el reconocimiento de algún principio general del Derecho (116). Ello

(114) RIVERO, *Los principios generales del Derecho*. cit., págs. 292-294.

(115) Por ejemplo, Ss. 10 julio 1912 y 4 noviembre 1911.

(116) GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho procesal administrativo*. Madrid, 1955, I, pág. 52.

ha permitido a la doctrina proclamar el valor de los principios jurídicos en el campo del Derecho administrativo, que han adquirido un papel preponderante en la formación de esta rama del Derecho (117).

2.—Clases de principios jurídicos.

Aun cuando es imposible una enumeración exhaustiva, es posible distinguir unos tipos fundamentales de principios jurídicos. Al cultivador de una disciplina jurídica concreta, como es el Derecho administrativo, se le plantea el problema de su determinación e importancia de los mismos respecto del especial sector del Ordenamiento jurídico cuyo estudio se le confía. Esto supuesto, es posible distinguir los tres tipos fundamentales de principios que suelen admitirse por la doctrina: los principios de Derecho natural, los tradicionales y los políticos (118).

a) *Los principios de Derecho natural.*

Frente a la afirmación de que son éstos los principios a los que más frecuentemente ha de acudir en el campo del Derecho privado, se ha afirmado que no podría aplicarse tal conclusión, sin error, en el Derecho público (119). Pero si tenemos en cuenta que el Derecho administrativo supone la realización de la justicia en las relaciones a que da lugar la actividad administrativa, que lo que el mismo pretende es que la Administración se ajuste a las exigencias inmutables de la justicia. ¿Cómo es posible discutir el valor de los principios de Derecho natural en el Derecho administrativo? Porque el Derecho natural está presente allí donde existe Derecho positivo. Da trascendencia a meras palabras, signos externos, que no tienen realidad sin la idea de comunidad, Justicia, Derecho, hombre. No es

(117) Cfr. BALLBÉ, en comentarios de jurisprudencia, en RGLJ, 1942, pág. 429, y CLAVERO, *La doctrina de los principios generales del Derecho y las lagunas del Ordenamiento administrativo*, «R. A. P.», núm. 7, págs. 51-104.

(118) DE CASTRO, *Derecho civil de España*, cit., I, pág. 465.

Hay que señalar, no obstante, que, a veces, no es posible una nítida distinción, pues ciertos principios de Derecho natural o tradicionales devienen principios políticos, al ser adoptados por una concepción política determinada y consagrados entre sus postulados y, en su caso, en normas de rango constitucional.

(119) LATOURNERIE, *Essai sur les méthodes*, cit., pág. 202.

que el Derecho positivo tenga su apoyo en el Derecho natural, un simple juicio hipotético, sino una base de entidad jurídica dada por el Derecho natural, legitimador del Derecho positivo. «Queda así afirmado —dice DE CASTRO— el Derecho positivo en el fundamento de los fundamentos, y anclado sólidamente en las verdades imperecederas; la ley humana debe cumplir —en el modo imperfecto que le es posible— su misión de colaborar en el maravilloso orden y armonía de la creación» (120).

b) *Los principios tradicionales.*

Toda comunidad nacional implica la existencia de una tradición, de unos «usos, costumbres, estilos, convicciones, aspiraciones, que llegan a formar su especial idea de la vida» (121). El Ordenamiento jurídico es la reglamentación de una comunidad determinada. No sirve para cualquier comunidad. «Las instituciones jurídicas —se ha dicho— no se trasplantan más fácilmente que los árboles o las flores; no pueden servir, cualquiera que sea el clima y la tierra. Se reconoce el famoso aforismo de MONTESQUIEU de que las leyes lo son en relación con los principios que informan el espíritu nacional, las costumbres y las maneras de cada Nación» (122). Es cierto que, «por debajo de las divergencias, así como por debajo de las concordancias particulares, en las instituciones de varios pueblos y tiempos hay una coincidencia fundamental: la unidad esencial del espíritu humano a través de las variedades históricas» (123), y esto explica que el jurista no deba prescindir de la Historia (124) ni del De-

(120) *Derecho civil de España*, cit., I, págs. 466-468.

Sobre las limitaciones que el Derecho natural impone al Derecho positivo, vid. BARBERO, *Rivalutazione del Diritto naturale*, en «Jus», diciembre 1952, págs. 491-507.

(121) DE CASTRO, *Derecho civil*, cit., I, pág. 468.

(122) WALINE, prólogo a *Le contrôle judiciaire de l'Administration anglaise*, de TEXIER, París, 1954, págs. 7 y ss.

(123) RECASENS, *Nuevas perspectivas del Derecho comparado*, RFDMex, núm. 10, pág. 253.

(124) Importancia de la Historia últimamente destacada, entre nosotros, por GARCIA DE ENTERRÍA, en *Dos estudios sobre la usucapión en el Derecho administrativo*, Madrid, 1955, págs. 7 y ss., y VILLAR, *Concesiones administrativas*, NEJ, IV, pág. 698, al hacer suyas las siguientes palabras de ORTEGA: «El único método de pensamiento que proporciona algunas probabilidades de acierto es la razón histórica.» Sobre la consciencia histórica en el estudio del Derecho, vid. CALASSO, *Introduzione al Diritto comune*, Milán, 1951, págs. 3-30, en especial, pág. 29.

echo comparado, sobre todo cuando se trata del Derecho de aquellos pueblos integrados en una misma comunidad supranacional, como la comunidad hispánica (125). Pero, también, que cada Ordenamiento tiene sus principios inspiradores. El Derecho español también tiene sus propios principios, «los rectores de nuestro vivir jurídico y manifestación del espíritu nacional». «Son una constante de la legislación histórica y del pensamiento de la doctrina clásica y se afirman en la voluntad del pueblo español de defender su personalidad» (126).

A primera vista, podría parecer que estos principios tradicionales tendrían únicamente vigencia en aquellos sectores del Ordenamiento que reclamantan la vida más íntima del pueblo —pensemos en el Derecho civil, o en aquellos otros, como el Derecho administrativo—, que regulan la actividad de unos órganos públicos. Pero si pensamos que entre los principios tradicionales españoles está la concepción católica de la vida, la valoración del honor, el respeto al decoro, la fidelidad a la palabra dada y la primacía a la dignidad humana (127), hay que llegar a la conclusión de que también estos principios tradicionales tienen plena vigencia en el Ordenamiento administrativo. Y como el Estado español actual se inspira en la tradición (v. gr., art. 1.º de la Ley de Sucesión a la Jefatura del Estado de 26 de julio de 1947), buena parte de los principios tradicionales han devenido principios políticos y consagrados como tales en las leyes fundamentales.

Pues bien, la vigencia de estos principios tradicionales en la realidad jurídico-administrativa queda de manifiesto con sólo acudir a algunos ejemplos. Pensemos en la concepción católica de la vida y respeto a la familia, que se recoge, en los principios políticos del Estado, entre otros preceptos, en los artículos 4, 6 y 22 del Fuero de los Españoles. Tales principios impondrán una interpretación restrictiva de aquellos preceptos de nuestra legislación colonizadora que prevén la sanción del incumplimien-

(125) Cfr. mi *Derecho procesal administrativo*, Madrid, 1955, I, págs. 177 y ss. Para darnos cabal cuenta de la influencia de nuestro Derecho administrativo en Hispanoamérica, quizás nada más expresivo que resaltar el hecho que cita BOSCH en la recensión a mi *Derecho procesal administrativo* («La Ley», 6 abril 1956, pág. 2): «Conoció un fiscal de la provincia de Buenos Aires que tenía como libro de cabecera la obra de SANTAMARÍA y no había enredo contencioso-administrativo en el orden local, del que no lo sacarán las lecciones del ilustre maestro que inspiró la Ley española de 1888. Fuente directa del Código de Varela.»

(126) DE CASTRO, *Derecho civil*, cit., I, pág.

(127) DE CASTRO, Ob. y loc. cit. en nota anterior.

to de deberes primordiales de familia (art. 11, Ley de 15 de julio de 1952 y Orden de 27 de mayo de 1953), a fin de respetar una esfera íntima de vida familiar en que la Administración pública no puede intervenir. Principio tradicional también (asimismo recogido, entre los políticos, en el art. 30 del Fuero de los Españoles) ha de ser considerado el de respeto a la propiedad, subordinado este derecho al bien común, como ha reconocido alguna sentencia de nuestro T. S. Por ejemplo, en una sentencia de la Sala 5.ª de 27 de abril de 1953, se afirma: «...tradicción secular que tuvo su origen precisamente en nuestra Patria —ya que el Derecho romano dejó sin ordenar ni desenvolver este instituto de la expropiación forzosa—, con las Leyes 2.ª, título I, de la Segunda Partida, y la 31, título XVIII, de la Partida 3.ª, tan previsoras y justas que se anticiparon en más de cinco siglos a la Constitución de 1791 —con la Declaración de derechos que le precedió— y al Código civil de 1804, promulgados en Francia y tenidos en la opinión más corriente, como primeros textos positivos reguladores de la institución mencionada, cuando en realidad fué en ambas leyes de Partida donde por primera vez quedaron expuestos los dos términos que abarca y comprende, como antes se ha dicho, el principio fundamental de este proceso: el de que no pueda el Poder público *tomar a ninguno lo suyo sin su placer*, a no ser que ello *fuese a procomunal del Reyno o de la tierra* y el de venir obligado en Derecho a darle *ante buen cambio que vala tanto o mas* o comprándose *segund que valiere*, preceptos de tal naturaleza que ya en ellos se distingue la expropiación de la compraventa y se determina el fundamento previa indemnización, que no es otro que evitar que recaiga sobre uno solo el sacrificio que por el bien de todos se impone» (128).

e) *Los principios políticos.*

Si se ha puesto en tela de juicio la vigencia en el Derecho administrativo de los principios de Derecho natural y tradicionales, la de los principios políticos está fuera de duda. Si tales principios se reflejan en todas las normas del Ordenamiento, incluso en las puramente civiles, ¿cómo pueden a tener vigencia respecto de aquel sector del Ordenamiento cuyo objeto

(128) GONZÁLEZ PÉREZ, *La utilidad pública y el interés social en la nueva Ley de expropiación forzosa*, RCDI, 1955, págs. 264 y ss.

¿es la regulación de una actividad en los Entes públicos encaminada a la realización de sus fines? La doctrina francesa se ha referido, a veces, a los principios incluidos en el preámbulo de la Constitución (129). Es indiscutible que, en textos de rango constitucional, se suelen proclamar solemnemente principios políticos generales. Pero no sólo han de considerarse principios políticos los así consagrados en normas de superior jerarquía. Fuera de los textos constitucionales nos encontramos también principios políticos.

En Derecho español, como en el Derecho de otros países, los ejemplos de principios políticos podrían multiplicarse. Baste recordar el principio de igualdad ante la Ley (recogido en el art. 3.º del Fuero de los Españoles), entre cuyas consecuencias está la interpretación restrictiva de las normas de privilegio (Sent. 1 diciembre 1950), el de respeto al honor personal y familiar, que se recoge en el art. 4.º del Fuero, etc. Vamos a limitarnos únicamente a alguno de los ejemplos más característicos. Tal es el de respeto a la dignidad, integridad y libertad de la persona humana, que se proclama como tal principio rector en el artículo 1.º del Fuero. Pues bien, la vigencia de este principio a lo largo de todo el Ordenamiento administrativo se revela a través de un sinnúmero de importantes consecuencias jurídicas. Citaremos algunas de las más importantes: por lo pronto, la interpretación restrictiva de todos aquellos preceptos que supongan una restricción de aquella esfera individual o de las garantías a ella inherentes. Por eso se afirma que deben interpretarse restrictivamente las normas que impongan una limitación al acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa (Sentencia de 1 de julio de 1954), y mantenerse la posibilidad de impugnación ante los órganos de aquella jurisdicción de cuantos actos administrativos no estén excluidos expresamente de ella por norma legal (130). Asimismo, por suponer una merma de las garantías individuales, deben interpretarse restrictivamente las normas reguladoras de las situaciones de urgencia, como proclama una sentencia de 5 de junio de 1950 (131). Y, por cons-

(129) Y a las reglas emanadas de la Declaración de Derechos del hombre de 1879, se refieren, por ejemplo, RIVERO, ob. cit., pág. 294; LETOURNEUR, *Les progrès*, cit., pág. 117, etc.

(130) En este sentido, existe jurisprudencia reiterada de nuestras Salas de lo contencioso-administrativo. Sobre el juego de dicho principio para interpretar la ley sobre declaración de fincas manifiestamente mejorables, me remito a mi trabajo *La declaración de fincas mejorables*, «R. A. P.», núm. 13, pág. 229.

(131) Cfr. CLAVERO, *Ensayo de una teoría de la urgencia en el Derecho administrativo*, «R. A. P.», núm. 10, págs. 34 y ss.

tituir la más sólida y eficaz garantía de los derechos de los particulares, debe exigirse la más estricta observancia de las normas de procedimiento (Sentencias de 29 de enero y 9 de febrero de 1954) (132). También, como consecuencia de aquel principio, se proclama que los derechos de los particulares no pueden tener más limitaciones que las de orden legal (Sentencia 15 febrero 1954) (133).

Al lado del principio que impone el respeto a la libertad debe situarse el que proclama el respeto a la propiedad. Como antes dijimos, se trata de un principio tradicional que ha sido consagrado en los textos constitucionales, concretamente en el art. 30 del Fuero de los Españoles. Ahora bine, al lado de aquel principio figura otro no menos importante: que la riqueza no podrá permanecer inactiva (art. 30). Pues bien, el juego de ambos principios se revela de modo manifiesto en el ejercicio de la potestad expropiatoria. El primero postula la exigencia de que en los supuestos de expropiación se indemnice al expropiado con el valor real de la cosa, y en tal sentido deben interpretarse los preceptos sobre justiprecio. Pero el segundo implica una importante innovación: en aquellos casos en que el propietario no cumple con los deberes que impone la función social de la propiedad, es posible la expropiación mediante una indemnización inferior. Es más, en el punto 21 de Falange Española se permitía la expropiación sin indemnización de las tierras cuya propiedad hubiese sido adquirida o disfrutada ilegítimamente.

3.—*Funciones de los principios generales.*

De lo dicho al exponer el concepto y significado de los principios generales, se desprende la triple dirección en que se manifiesta la función de los mismos. Los principios generales del Derecho cumplen una triple función, que puede resumirse sintéticamente así: fundamento, interpretación e integración del Ordenamiento jurídico (134).

(132) La jurisprudencia en este sentido es reiteradísima. Cfr. SERRANO, *El trámite de audiencia*, «R. A. P.», núm. 4, págs. 129 y ss.

(133) Al lado de estos principios se señalan otros, como el de servicio fiel a la Patria, lealtad al Jefe del Estado y obediencia a las Leyes, consagrado en el propio artículo 1.º del Fuero y sancionado en la S. de 19 de noviembre de 1954.

(134) DE CASTRO, *Derecho civil*, cit., I, pág. 473.

a) *Los principios jurídicos, fundamento del Ordenamiento.*

Los principios jurídicos constituyen, en primer lugar, la base misma del Ordenamiento jurídico. No son consecuencia de las disposiciones legales, sino que, al informar las normas del Ordenamiento, las convierten de conjunto inorgánico en unidad vital. De aquí que, como afirma DE CASTRO, la contradicción entre los textos legales y los principios de Derecho natural —añade— origina la condenación del Ordenamiento por antijurídico; el apartamiento de los principios tradicionales producirá su repudiación por tiránico o antijurídico nacional; la contradicción con los principios políticos significará la ineficacia y la derogación tácita de los textos legales irreconciliables. Esta contradicción sólo es posible en momentos de crisis del Estado, termina con el reajustamiento del Ordenamiento jurídico, al desaparecer o superarse las causas que la produjera» (135).

b) *Los principios jurídicos, informadores de la labor interpretativa.*

Si constituyen la base misma del Ordenamiento, nada más lógico que acudir a los principios jurídicos en la labor de interpretación de cada una de las normas que integran el Ordenamiento. Ellos indicarán en cada momento la fórmula interpretativa que se debe elegir (136). A esta función de los principios se ha referido la doctrina administrativa, al proclamar que en aquellos casos en que algunas disposiciones implicaban atentados al respeto de la persona o de la libertad humana, el Consejo de Estado francés pudo minimizar el alcance de aquellas disposiciones, al interpretarlas de la manera más restrictiva posible y salvaguardar al máximo las libertades esenciales (137). Y páginas anteriores hemos puesto de manifiesto cómo juegan algunos principios tradicionales y políticos del Derecho español en esta labor de interpretaciones de las normas jurídico-administrativas (138).

c) *Los principios jurídicos, fuente en caso de insuficiencia de la Ley y de la costumbre.*

Pero los principios jurídicos cumplen una función más: no sólo son fundamento y guía de interpretación; son fuente directa en caso de insufi-

(135) *Derecho civil*, cit., I, págs. 473-474.

(136) DE CASTRO, *Derecho civil*, cit., I, pág. 474.

(137) RIVERO, *Los principios generales*, cit., págs. 293 y ss.

(138) Cfr. *ut supra*, ap. 2, b) y c).

ciencia de la Ley y de la costumbre. El art. 6.º del Co. dice expresamente : el problema que se ha planteado es el de la aplicación de este precepto al ámbito jurídico-administrativo, y, por tanto, si también aquí es posible acudir a los principios jurídicos como fuente directa. Algún autor, inspirándose en una corriente jurisprudencial muy acusada, según la cual no puede la equidad constituir el fundamento de los fallos de la jurisprudencia administrativa, ha negado expresamente que los principios jurídicos puedan ser fuente directa de Derecho administrativo (139). Pero lo cierto es que aquel precepto general —art. 6.º, Co.—, no contradicho por ninguno especial administrativo, es aplicable a esta rama del Derecho, como ha reconocido la más reciente doctrina (140), a la vista de algún fallo de nuestro T. S.

B. *Las fuentes jurídicas.*

1.—*Nociones generales.*

a) Para construir un sistema del Derecho administrativo es necesario saber, en primer lugar, dónde se encuentra el Derecho administrativo. A esta pregunta responde la teoría de las fuentes del Derecho. Al enfrentarnos con ella, es necesario delimitar con sumo cuidado dos sentidos radicalmente distintos de la expresión, según se refiera al Derecho o a la ciencia del Derecho.

a') Las fuentes del Derecho —también llamadas directas, formales, inmediatas— responden a la cuestión de dónde procede el Derecho. De acuerdo con su etimología, nos indican de dónde surge, brota, mana el Derecho; son «el manantial de preceptos administrativos» (141). Mediante ellas, se transforma el Derecho natural en Derecho positivo; convierten la justicia y el plan político en Ordenamiento; crean las normas jurídicas positivas; reglamentan la comunidad. Esta función, por tanto, estará atri-

(139) Ss. 7 octubre 1901, 14 abril y 21 junio 1905, 7 diciembre 1914, 22 diciembre 1948. Cfr. LÓPEZ RODÓ, notas al *Tratado elemental de Derecho administrativo*, de GAETANO, Santiago de Compostela, 1946, págs. 96 y ss.

(140) Cfr. BALLBÉ, *Derecho administrativo*, NEJ, I, págs. 80 y ss., y CLAVERO, *La doctrina de los principios generales del Derecho y las lagunas del ordenamiento administrativo*, «R. A. P.», núm. 7, págs. 93-104.

(141) ROYO-VILLANOVA, *Elementos*, cit., I, pág. 45.

buída a determinados poderes sociales. Son fuentes del Derecho, por tanto, los poderes sociales a los que se reconoce facultad normativa creadora y, en sentido traslativo, las normas jurídicas acuñadas por determinado poder social. Por eso se habla de fuente del Derecho, tanto al referirse a los poderes sociales creadores de la norma, como a la norma misma.

b') Las fuentes de la ciencia del Derecho —también llamadas indirectas, materiales, mediatas—, por el contrario, no responden a la pregunta de dónde procede el Derecho, sino a otra bien distinta: dónde encontramos el Derecho, dónde buscar las normas jurídicas. Son los instrumentos que ha de manejar el jurista para llegar al conocimiento de las normas jurídicas. De aquí su amplitud. Todo aquello que nos permite conocer las normas, tanto en su existencia como en su sentido, son fuentes de conocimiento: desde las colecciones legislativas hasta la elaboración científica anterior, todo lo que sea apto para conocer el Derecho, es fuente de la ciencia del Derecho. Por eso se denominan también fuentes de conocimiento.

b) En este momento únicamente nos interesan las fuentes jurídicas, esto es, las fuerzas sociales a las que se reconoce facultad normativa creadora, cuyo valor práctico queda patente, «en el momento en que, dentro de un ordenamiento jurídico, aparecen reglas de distintas formas y de diverso origen, con pretensiones de validez jurídica», y surge la cuestión de determinar cuáles de entre ellas tienen fuerza de obligar; para contestarla, es necesario distinguir los diferentes tipos de normas; pero no basta acudir a su apariencia interna ni a la manera en que se exteriorizan; «sólo las caracteriza de modo fundamental y les da su peculiar significado la fuerza social que las haya originado» (142).

c) Por tanto, dos son las funciones fundamentales que la doctrina ha de realizar: hacer su enumeración y señalar su orden jerárquico (143).

2.—Enumeración de las fuentes del Derecho administrativo.

La determinación de las fuentes jurídicas dependerá de la concepción política de que se parte y de los principios inspiradores de la organización

(142) DE CASTRO, *Derecho civil*, cit., I, pág.

(143) Sobre el papel preponderante de las fuentes en el problema del método jurídico, vid. E. GENY, *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo* (trad. española), Madrid, 1902, y *Procédés d'élaboration du Droit civil*, cit., págs. 175 y ss.

del Estado. Su solución no es válida para todos los Ordenamientos. Pues bien, en Derecho español, el precepto clave para enumerar las fuentes del Derecho es el artículo 6.º del Cc. En él se delimitan las fuerzas sociales a las que se reconoce facultad normativa creadora. Una vez precisado el valor de los principios jurídicos generales, las fuentes del Derecho español pueden reducirse a dos: la ley y la costumbre. Esto es, entendiéndose por ley el sentido amplio en que se emplea el término en los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 7 y 16 del Cc., las normas jurídicas emanadas de los órganos del Estado —sean o no legislativos— y las emanadas del uso constante y reiterado del pueblo, para una región o comarca determinada (144). Ante este cuadro general de las fuentes del Derecho español, se plantea el problema de su aplicación al Derecho administrativo, lo que se traduce en las dos cuestiones siguientes: 1.ª, si todas las fuentes enumeradas en el artículo 6.º han de ser admitidas, y 2.ª, si han de ser admitidas como fuentes del Derecho administrativo algunas de las no enumeradas en él. Lo primero se concreta en si la costumbre es o no fuente del Derecho; lo segundo, en si ha de admitirse la jurisprudencia entre las fuentes de esta rama del Derecho.

a) *La costumbre.*

Aun cuando los argumentos esgrimidos por la corriente negativa no pueden ser alegremente despreciados (145), en nuestra opinión, la solución afirmativa se impone, porque el artículo 6.º del Cc. está enclavado en el Título preliminar, que se refiere a las Leyes en general —no sólo a las leyes civiles—, según ha destacado un sector muy importante de los admi-

(144) Pues, como señala DE CASTRO, al invocar la costumbre *del lugar*, el Código ha querido exigir que se trate de costumbre «hic et nunc». Por eso, no es que en Derecho administrativo la costumbre del lugar tenga más importancia que la general, y de ahí la referencia que a aquélla hacen algunas leyes administrativas. No se trata de esto, como a veces, erróneamente, se ha afirmado. Sino que, en Derecho administrativo, como en los demás sectores del Ordenamiento jurídico, únicamente es fuente del Derecho la costumbre del lugar. Sin que pueda decirse que la costumbre general pueda ser invocada como local en todos y cada uno de los lugares del territorio nacional, como creen algunos autores (v. gr., GUASP, *Comentarios a la Lec.*, Madrid, 1943, I, pág. 45).

(145) Cfr. un resumen de los mismos, en GARCÍA OVIEDO, *Derecho administrativo*, cit., I, págs. 50-57. Entre la bibliografía reciente sobre el valor de la costumbre, vid. TESAURO, *La consuetudine*, pub. en «Scritti in onore de V. E. ORLANDO» y en «Rass. D. Pub.», 1955, págs. 189-206.

ministrativistas españoles (146), y no puede ser argumento en contra de su admisión el que la costumbre no pueda fundar un «recurso contencioso-administrativo» (caso de que ello fuese cierto), pues ello sería tan sólo una limitación procesal, como existen otras. Y buena prueba de ello es que, en muchos casos, nuestras leyes administrativas hacen expresa referencia a la costumbre como fuente del Derecho (147).

Sin embargo, hay que reconocer que su importancia es limitada, pues las normas consuetudinarias, como emanadas del uso constante y repetido del pueblo, tienen su campo de aplicación más acusado en aquellos otros sectores del Ordenamiento más íntimamente ligados a su vida íntima, como el Derecho civil. En este sentido, son aplicables los argumentos esgrimidos por aquellos que niegan a la costumbre el valor de fuente del Derecho administrativo (148).

b) *La jurisprudencia.*

No es necesario destacar el papel relevante de la jurisprudencia en determinados sistemas jurídicos y en ciertas direcciones metodológicas, al reaccionar contra el fetichismo de la ley escrita. No es el momento de hacer una exposición de las mismas, sino de algo más concreto: determinar

(146) FERNÁNDEZ DE VELASCO, *Resumen de Derecho administrativo y Ciencia de la Administración*, 2.^a ed., Barcelona, 1930, I, pág. 58; GARCÍA OVIEDO, *Derecho administrativo*, cit., I, pág. 56; GASCÓN, *Tratado*, cit., I, pág. 100; ROYO, *Elementos*, I, pág. 57.

(147) Por ejemplo, el artículo 237 de la Ley de aguas habla de las «costumbres locales». También de las costumbres «del lugar y de la comarca» hablan la Ley de 24 de julio de 1918 y el Reglamento de 5 de septiembre de igual año, sobre defensa de los bosques. La L. R. L. se refiere en ocasiones a la costumbre del lugar, como en el artículo 192, apartado 2. Y el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Corporaciones locales, aprobado por Decreto de 17 de mayo de 1952, en su artículo 111, se refiere a los «usos» y «costumbres» «locales o comarcales».

Respecto de las costumbres en materia de aguas, resalta la abundancia existente en materia de regadíos, FERNÁNDEZ DE VELASCO, en *Resumen*, cit., I, pág. 58. En este sentido, vid. ALTAMIRA, *Derecho consuetudinario y economía popular de la provincia de Alicante*, Memoria, Madrid, 1905, así como la completa bibliografía citada por JORDANA DE POZAS en *Ensayo de una bibliografía española de aguas y riegos*, separada del libro del III Congreso Nacional de Riegos, Valencia, 1923.

(148) Principalmente el carácter eminentemente legal de la reglamentación de la Administración pública y el hecho de que el objeto de aquella reglamentación sea la actividad de órganos públicos, de donde se infiere que más que de costumbres pueda hablarse de «prácticas administrativas». Porque el «pueblo no administra, sino que es administrado» (ROYO, *Elementos*, cit., I, pág. 57).

si puede admitirse que la jurisprudencia sea fuente del Derecho administrativo español.

El problema se ha planteado, ante el ejemplo del Derecho francés, al contemplar la prodigiosa obra jurisprudencial del Conseil d'Etat y comprobar que buena parte de las instituciones administrativas fundamentales han sido producto de una laboriosa creación de la jurisprudencia, utilizando como base textos legales por demás imperfectos. Pero, ¿quiere esto decir que el Conseil d'Etat, como juez, haya sido un verdadero órgano creador del Derecho? La respuesta dada recientemente a esta cuestión no puede ser más clara: «Sobre este punto —se ha dicho—. ninguna duda es posible: en Francia, el juez administrativo se limita a asegurar el respeto de la ley; únicamente en caso de silencio de la ley, la jurisprudencia se reconoce la facultad de dictar reglas de Derecho» (149). Pues bien, el problema está en hasta qué punto en estos casos de insuficiencia de la Ley, el juez administrativo es un auténtico poder social con facultad normativa creadora.

Para poder dar una solución adecuada al problema, es necesario recordar el valor de los principios generales del Derecho. Es cierto —como afirman buena parte de las direcciones metodológicas— que el Derecho no se agota en la norma escrita. Existe Derecho fuera de la Ley. Tal es el caso de la costumbre y de los principios generales de Derecho. Pero de aquí a reconocer que los jueces tienen facultad normativa creadora, hay un abismo. Lo que el juez hace, al enfrentarse con una laguna de la Ley no es una labor creadora del Derecho positivo, sino algo mucho más modesto: lo que el juez hace es buscar los principios generales del Derecho aplicables al caso. Son los principios generales del Derecho los que adquieren en estos casos pleno valor de fuente directa, como parte integrante del Ordenamiento jurídico. Pero su autoridad como tales no deriva de la autoridad del juez. El juez se afirma siempre servidor de los principios, «no como su autor». «Constata la existencia de éstos, pero no pretende crearlos; ciertamente, el carácter abstracto y general inherente a la naturaleza de aquéllos, le confiere en su aplicación un amplio poder de interpretación, pero no por ello se estima menos ligado por el solo hecho de su existencia» (150). Y aquí reside la explicación exacta del valor de la jurisprudencia.

(149) RIVERO, *Le juge administratif français, un juge qui gouverne?* Dall, 1951, pág. 21; LATOURNERIE, *Essai sur les méthodes juridictionnelles*, cit., págs. 252 y ss.; ODENT, *Contentieux administratif*, Les Cours de Droit, París, 1954, pág. 13.

(150) RIVERO, *Los principios generales*, cit., pág. 296.

dencia. La jurisprudencia no es el cauce por el cual se positiviza el Derecho; no es que cree Derecho positivo al reconocer un principio general. El principio general está ahí como fuente directa. El juez se limita a constatar su existencia, a aplicarle a un caso concreto. Si el fundamento de la obligatoriedad del principio estuviese en la voluntad del juez, como el fundamento de la obligatoriedad de la ley está en el Estado, podría admitirse que la jurisprudencia es, en estos casos, auténtica fuente del Derecho. Pero como el fundamento de la obligatoriedad del principio no está en la voluntad del juez, es imposible considerar la jurisprudencia entre las fuentes jurídicas.

Ahora bien, la negación a la jurisprudencia del carácter de fuente, en modo alguno implica un desconocimiento de su profundo valor entre las fuentes de conocimiento. Porque la jurisprudencia, aparte de dar seguridad y estabilidad al Ordenamiento (151), constituye en muchos casos el medio idóneo para llegar al conocimiento de los principios jurídicos. Pues el hecho de que los principios jurídicos tengan vigencia con independencia de su formulación por la jurisprudencia, no supone un desconocimiento del papel del juez en su reconocimiento; un estudio de la jurisprudencia nos permitirá comprobar la existencia de numerosos principios generales. La jurisprudencia constituye en este sentido una fuente de conocimiento de valor inapreciable.

3.—Jerarquía de las fuentes del Derecho administrativo.

La delimitación de la realidad jurídica no se agota con la enumeración de las fuentes del Derecho. Es necesario precisar su orden jerárquico (152). A la vista de nuestro Ordenamiento jurídico, y una vez fijado el puesto que los principios generales del Derecho ocupan (153), es posible señalar el siguiente orden jerárquico:

(151) DE CASTRO, *Derecho civil*, cit., pág.

(152) GASCÓN, *Jerarquía de las fuentes del Derecho administrativo*, Ej. núm. 2 (1941), y GASCÓN HERNÁNDEZ, *Problemas actuales del Decreto-ley*, «R. A. P.», núm. 15, págs. 91 y ss.

Según el artículo 17, F. E., «los españoles tienen derecho a la seguridad jurídica. Todos los órganos del Estado actuarán conforme a un orden jerárquico de normas preestablecidas, que no podrán arbitrariamente ser interpretadas ni alteradas».

Sobre el carácter eminentemente político y constitucional de la jerarquización, vid. DE CASTRO, *Derecho civil*, cit., I, pág.

(153) Cfr. *ut supra*. Los principios generales «no pueden estar sometidos a un

a) *Normas que tienen por fuente el poder estatal.*

Son las leyes en el sentido amplio empleado por el C. c. en algunos artículos (v. gr., arts. 1, 2, 4, 5, 6, 7, 11, 16). Dentro de ellas, el orden jerárquico es el siguiente:

a') *Leyes fundamentales* (art. 10, Ley de Sucesión a la Jefatura del Estado de 26 de julio de 1947).

b') *Leyes ordinarias*. Son las emanadas de los órganos a los que se reconoce facultad legislativa (art. 3, D. 29 de septiembre de 1936; art. 17, Ley 30 enero 1948; art. 7, Ley 8 agosto 1939; Ley 17 de julio de 1942). Tienen el mismo valor jerárquico las normas emanadas del Gobierno con fuerza de ley, a saber:

a'') *Los Decretos-leyes* (art. 13, Ley 17 julio 1942, y Ley 9 marzo 1946).

b'') *Los Decretos legislativos o leyes delegadas*. Es decir, las normas dictadas por el Gobierno por delegación de los órganos legislativos.

c') *Reglamentos*. Las normas estatales que no tienen fuerza de ley. La determinación de la jerarquía existente entre ellas dependerá de la superioridad en la jerarquía política o administrativa de los órganos de que emanen. Por ello ocupan el primer lugar los Decretos emanados del Jefe del Estado, y después las Ordenes ministeriales.

b) *Normas consuetudinarias.*

Su valor, subordinado a la ley, queda patente en el art. 5.º del C. c., que sólo admite la costumbre que no vaya en contra de la ley, y en el art. 6.º del mismo cuerpo legal, al imponer al juez que sólo acuda a ella cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, lo que ha sido interpretado en el sentido de excluir la costumbre *secundum legem*.

C. *La interpretación jurídica.*

I.—*Nociones generales.*

Con la interpretación culmina la tarea de delimitar la realidad jurídico-administrativa. Porque no basta enumerar las fuentes del Derecho admi-

orden escalonado de preceptos, porque son, y en especial para nuestro Derecho, los inspiradores de todo el Ordenamiento jurídico». DE CASTAÑO, *Derecho civil*, cit., I, página

ractivo; no basta que sepamos cuáles son las normas que integran el enamiento jurídico de la Administración pública. Para construir el ma es necesario algo más: es necesario descubrir el mandato conteo en cada norma, conocer su sentido y alcance; enfrentarnos con el junto de normas y conocer los mandatos a través de los cuales se reglata la comunidad. Por ello no puede prescindir de las conductas y de ealidad. Pero es la norma la que se interpreta, «siquiera se haya deerlo según el sentido que imprimen a aquélla las conductas y todo el plejo de la realidad» (154).

2.—Teorías sobre la interpretación.

Si, como decía HECK en su fundamental trabajo *Gesetzesauslegung und vressjurisprudenz*, publicado en el *Archiv für civ. Praxis* (vol. 112, 4), la interpretación constituye el nervio, la parte más esencial del movimiento de reforma de los métodos jurídicos que se inició en el último io del siglo XIX y ha seguido haciendo gemir las prensas y llenando liotecas (155), nada tiene de particular que en torno a la interpretación haya planteado toda la problemática del método jurídico y que existan as teorías sobre la interpretación como corrientes metódicas. Pero es ible reconducir todas ellas a dos grupos fundamentales, que podemos ominar, respectivamente, doctrinas legalistas y realistas. Examinar hasqué punto son admisibles en general y, concretamente, en el campo del echo administrativo es lo que nos proponemos a continuación.

Este examen pondrá de manifiesto una vez más la tesis central de estas as: que el método jurídico, al ser aplicado al Derecho administrativo, ofrece problemas distintos, ni exige soluciones distintas, a los que ofre-

154) *Teoría de la aplicación*, cit., pág. 219, siguiendo la posición tradicional, re la nueva posición de la teoría eológica acerca del objeto de la interpretación. Lois, *Estudios sobre los fundamentos de una nueva ciencia jurídica*, cit., págs. 199 . Entre las aportaciones más recientes, vid. NICOLINI, *Il principio de legalità nelle oracie italiane*, Padua, 1955, págs. 205-245; MARZANO, *L'interpretazione della legge particolare riguardo ai rapporti fra l'interpretazione autentica e giurisprudenziale*, mo, 1955.

155) DE DIEGO, *Discurso de apertura de los Tribunales de 1942*, Madrid, 1942, pá. 14. Sobre la especialidad de la interpretación de determinado tipo de normasucas, vid., por ejemplo, DELSTLE, *Principes de l'interpretation des lois*, 1852; BROER, *Etude sur les principes généraux de l'interpretation des lois*, Genève, 1862. y TABAS, *Le principe de l'interpretation literale des lois fiscales*, en *Recueil d'études les sources du droit*, cit., III, págs. 101-110.

ce y exige al ser aplicado a las demás ramas del Derecho. No es difícil encontrar la afirmación de que determinada posición metódica es más idónea para resolver el problema de la interpretación de las normas jurídico-administrativas. En nuestra opinión, tal afirmación es totalmente inexacta: porque tales normas no son sustancialmente distintas a las restantes, y si determinada posición metódica es idónea en el campo del Derecho administrativo, lo es porque lo es también en el Derecho en general, de la misma manera que si determinada posición metódica es razonable para el Derecho administrativo, lo es por serlo también en la Teoría general del derecho. Ello quedará demostrado, especialmente, al ocuparnos de la jurisprudencia de intereses.

a) *Doctrinas legalistas.*

Colocada la ley como centro de la actividad del jurista, es misión de éste, según las manifestaciones del legalismo, aplicar la letra de la ley, inquirir la voluntad del legislador o la voluntad objetiva de la Ley.

El descrédito de la primera de estas posiciones, que llegó a la prohibición de la interpretación y comentario del texto legal, se explica con sólo recordar los ejemplos de brutales atentados contra la justicia cometidos en su nombre, al colocar la gramática por encima de la equidad y de las necesidades de la vida (156).

La inadecuación de la segunda queda al descubierto con sólo pensar, no ya en la dificultad de encontrar la voluntad del legislador en los modernos órganos legislativos colegiados, sino en que «aisla la actividad legislativa de la vida de la comunidad nacional y cierra los ojos al hecho de que son las tradiciones, las creencias y las aspiraciones del pueblo las que animan y dan sentido a la ley» (157).

Queda, por último, la teoría de la voluntad objetiva de la Ley, propia de la dogmática jurídica, que había alcanzado su punto de máximo florecimiento por obra del iusprivatismo al aparecer el Derecho administrativo en el marco de las Ciencias jurídicas. Ello no quiere decir que el método dogmático sea el método propio del Derecho privado. El hecho de que

(156) DE CASTRO recoge, entre otros, el caso siguiente: Un acusado en Inglaterra de estar casado a la vez con tres mujeres, después de declarar el Jurado la realidad de los hechos, fué absuelto teniendo en cuenta que la ley hablaba de los que se casaba dos veces y no comprendía a los que se habían casado tres veces.

(157) DE CASTRO, *Derecho civil*. cit., I, pág.

por circunstancias diversas, surgiera en el seno de esta rama del Derecho no supone la licitud de aquella afirmación. Y buena prueba de ello lo constituyen las corrientes de revisión que, dentro del mismo, surgieron, y vinieron a demostrar las graves fallas del método dogmático. Porque esas magníficas construcciones lógico-jurídicas, producto del deseo de dar objetividad científica y exactitud matemática a la interpretación, que prescinden de todo principio moral, político y social y suponen la existencia de una voluntad independiente de la Ley sobre la que se pueda libremente construir y sistematizar (158), no pueden servir al Derecho administrativo, como tampoco pueden servir al Derecho privado.

Lo que sí es cierto es que el Derecho administrativo, precisamente en atención a la realidad social por él regulada, ha tenido siempre más presente el fin de las instituciones. El Derecho administrativo surge como un Derecho especial de la actividad del Estado encaminada a la satisfacción de las necesidades públicas: esta finalidad pública está presente en sus normas. El Derecho administrativo —se ha dicho— no se mueve tanto en conceptos como en fines, y quizás ello justifique por qué en él, a diferencia de otras ramas del pensamiento jurídico, no prevaleció nunca la jurisprudencia de conceptos» (159). De aquí la probable influencia que la realidad jurídico-administrativa y la obra jurisprudencial del Conseil d'Etat pudieran tener en ciertas corrientes de revisión de la dogmática tradicional (160). Pero esta influencia revela precisamente la inexactitud de la afirmación de que una y otra realidad jurídica —privada y administrativa— postulen métodos de interpretación distintos, pues una misma posición metodológica puede satisfacer las necesidades de ambas.

b) *Doctrinas realistas.*

a') *El Derecho libre.*

La insuficiencia del legalismo para resolver el problema de la interpretación de las normas jurídico-administrativas, podría justificar la adopción de ese conjunto de doctrinas que se mueven en el polo opuesto, y que se han reunido bajo la etiqueta general de «Escuela del Derecho libre».

(158) DE CASTRO, *Derecho civil*, cit., I, pág.

(159) VILLAR PALASÍ, *La doctrina del acto confirmatorio*, «R. A. P.», núm. 8, página 12.

(160) GARRIDO, *Las transformaciones del régimen administrativo*, cit., pág. 75.

Pero basta adentrarse lo más mínimo en el pensamiento de sus defensores para convencerse de que, si es inadmisibile en el marco general del Derecho, también lo es en el campo concreto del Derecho administrativo. Y es que, como suele ocurrir en casos parecidos, la reacción se excede de su fin (161), pues, como afirmaba BALMES, el pensamiento humano es como un borracho a caballo, que cuando se trata de enderezarlo no se queda en su justo medio, sino que cae enseguida para el lado contrario.

Prescindiendo de otras características secundarias, la idea central del Derecho libre es la creencia de un Derecho espontáneo, instintivo, que vive en la sociedad y en cada hombre, en que las exigencias de la vida no pueden ser satisfechas por los mandatos legales y requieren un elemento subjetivo y personal que sea intérprete de aquel Derecho espontáneo. «El pueblo —dirá KANTOROWICK— conoce el Derecho libre, mientras que desconoce el Derecho estatal, a no ser que el último coincida con el primero» (162). Fácilmente se comprenderá que tales ideas son incompatibles con la existencia del Estado de Derecho, que coloca como postulado esencial el principio de legalidad, esto es, el principio de la observancia del Derecho objetivo en todos los actos de los órganos estatales (163).

Muchas veces se ha hablado del carácter racional y reflexivo del Derecho administrativo. La reglamentación de la actividad administrativa no obedece nunca a esa espontaneidad de que hablan los defensores del Derecho libre. Sino a una metódica labor racionalizadora de los órganos estatales, sean o no legislativos. El destinatario de la norma administrativa no puede, como tampoco puede el juez administrativo, obrar con arreglo a sus sentimientos; tiene que actuar de conformidad o dentro de los límites de la ley administrativa. El sometimiento a la ley es principio capital, que nunca puede olvidar el funcionario administrativo. Podrá actuar con mayor o menor margen de discrecionalidad, pero no podrá atentar contra las normas legales. Y el juez administrativo, al conocer de las pretensiones ante el mismo deducidas, decidirá acerca de si la Administración obró o no conforme a aquel principio.

(161) LATOURNERIE, *Essai sur les méthodes*, cit., pág. 193.

(162) Cfr. *La lucha por la Ciencia del Derecho*, en *La Ciencia del Derecho*, Buenos Aires, 1949, págs. 325-371. En especial, 335.

Un resumen de esta dirección metodológica, entre nosotros, en HERNÁNDEZ GIL, *Metodología*, cit., págs. 252 y ss.; DE CASTRO, *Derecho civil*, cit., I, y últimamente, CRESPO, *La escuela del Derecho libre*, RCDI, 1955, págs. 184-197.

(163) Cfr. BISCARETTI DI RUFIA, *La solución italiana al problema de la jurisdicción constitucional*, REP, núm. 84, pág. 69.

En un régimen inspirado en aquellos principios, no puede tener cabida una doctrina que, al sustituir la firmeza del mandato jurídico por el arbitrio del juez (*index rex*), conduce a la inseguridad en lo jurídico y a una ausencia de garantías (164).

b) *La jurisprudencia de intereses.*

Es indiscutible que, entre las distintas posiciones metódicas en que se concretó la reacción al método dogmático positivista, es la que se conoce con el nombre de «jurisprudencia de intereses» la que ha alcanzado mayor predicamento, no sólo entre los cultivadores del Derecho privado, sino también en el campo del Derecho público. Hasta tal punto, que cuando se pretende señalar las dos corrientes metódicas en pugna, se señalan, simultáneamente, dos: la *Begriffjurisprudenz* y la *Interessenjurisprudenz* (165). Y cuando nos encontramos con la afirmación de que es esta posición metódica la que mejor se adecúa a las exigencias del Derecho administrativo, lo que en último término se comprueba es que el predicamento por ella alcanzado ha prevalecido también en el Derecho administrativo.

Entre nosotros, se muestra decidido partidario de la jurisprudencia de intereses GARRIDO, que, en apoyo de su postura, aduce la opinión de LAFOURNERIE, VITTA y BOBBIO, que, en su trabajo *La teoría della Scienza giuridica* (1950), dice: «En todas las formas de interpretación que no sean meramente filológicas, el elemento normativo o teleológico está siempre presente en grado mayor o menor, lo cual se ve con gran relieve en la llamada jurisprudencia de intereses.» Y termina GARRIDO con estas palabras: «Pues bien, comentando este párrafo de BOBBIO, dice ORLANDO: ¿La jurisprudencia de intereses? ¿Y no es ésta, por excelencia, la jurisprudencia más específicamente propia del Derecho administrativo en esa fase de ulterior desarrollo que nuestra ciencia ha tenido en los sesenta años de su historia, objeto del presente estudio?» (166).

(164) DE CASTRO, *Derecho civil*, cit., I.

(164) DE CASTRO, *Derecho civil*, cit., I, pág.

(165) BARBERO, *Empirismo e dogmatica*, cit., pág. 256.

(166) GARRIDO, *Las transformaciones*, cit., págs. 78 y ss. El estudio a que se refiere ORLANDO es *Intorno ad alcune fasi storiche e critiche del diritto amministrativo in Italia dopo il 1890*, «Riv. D. Pub.», 1952, núm. 2. Vid. también GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e teoria giuridica generale de l'interpretazione*, Milán, 1939. En Portugal se inspiran en el método de la jurisprudencia de internas —según CAETANO—, VAZ SERRA y RODRÍGUEZ QUEIRO. Cfr. *O problema do metodo*, cit. En Cuba, aunque no en su pureza —pues viene a mantener una posición finalista más amplia—,

Es indudable que la jurisprudencia de intereses, que, con raíces en IHERING, tuvo consagración en la llamada Escuela de Tubinga, prestó a la Ciencia del Derecho un inestimable servicio: su crítica del método de inversión propio del conceptualismo dogmático (167). De ahí la buena acogida que le fué dispensada y que los apasionados críticos del conceptualismo dogmático no dejen de ver con buenos ojos las conclusiones a que llegó aquella dirección metodológica, así como que, dentro del Derecho administrativo, se haya creído encontrar en ella la posición más idónea para la interpretación de sus normas. Porque en las relaciones jurídico-administrativas adquiere una significación extraordinaria el trasfondo real de intereses que entran en juego, ya que la actividad de la Administración está gobernada, por definición, por el principio del interés general, que encuentra su expresión más plástica, pero no única, en el servicio público (168). Por ello, si en cualquier otra rama del Derecho es dudosa la posibilidad de abstraer con éxito hermenéutico la composición de intereses que subyace en la forma jurídica, en el caso de las relaciones de Derecho administrativo no puede olvidarse el interés general que en las mismas late. No tomarlo en consideración constituiría una negación de la idea misma de la Administración, la cual no es concebible más que como portadora de aquel interés (169).

Para calibrar hasta qué punto es admisible la jurisprudencia de intereses como posición metódica, no hay que olvidar que cuando habla de los «intereses», o «fines del Derecho», no se refiere a los verdaderos fines objetivos de la norma, sino que da ese nombre a los intereses que mueven a actuar al hombre, al apetito hacia los bienes de la vida (170). Por tanto, cuando para defender esta posición en el campo del Derecho administrativo se emplea el término «interés» en otro sentido, lo que se está haciendo

MORE, *La interpretación jurídica de la Ley en Derecho administrativo*, en *Sobre lo contencioso-administrativo* (ciclo de conferencias de la Universidad). La Habana, 1956. págs. 61-69.

(167) DE CASTRO, *Derecho civil*, cit., I, pág. 505. Cfr. RUBINO, *La valutazione degli interessi nell'interpretazione della legge*, en «*Scritti giuridici in onore di F. CARNELUTTI*», cit., pág. 235-248. Pero también es responsable de muchas críticas injustas y arbitrarias contra la jurisprudencia de conceptos. ALLORIO, *Ciencia jurídica europea*, cit., páginas 175-177.

(168) GARRIDO, *Las transformaciones*, cit., pág. 81, y *Sobre el Derecho administrativo y sus ideas cardinales*, «*R. A. P.*», núm. 7, pág. 37.

(169) GARRIDO, *Las transformaciones*, cit., págs. 83 y 84.

(170) DE CASTRO, *Derecho civil*, cit., I, pág. 505.

Es, justamente, una crítica a la propia posición metódica que quiere defenderse. Es lo que hace, por ejemplo, GARRIDO cuando dice que las críticas a la jurisprudencia de intereses pueden servir para demostrar la no aplicación de la doctrina al Derecho privado —que parte de la igualdad de los sujetos—, pero no respecto del Derecho público, dominado por el principio de desigualdad, ya que los intereses de la Administración son prevalentes. «El tipo de intereses que representa la Administración pública no son unos *intereses de parte*. Los intereses de la Administración pública son, juntamente, el *interés público*, y éste, por definición, engloba los intereses de cada uno de los ciudadanos que forman parte del Estado, y, por tanto, el interés público, que aparentemente es el interés de cada una de las partes, integra el interés de la otra parte, con la que parece estar en oposición» (171).

La confusión es perfectamente explicable si pensamos en las profundas afinidades que presenta la jurisprudencia de intereses con las direcciones teleológicas. No olvidemos que los cimientos de aquélla se encuentran en la célebre afirmación de IHERING «el fin es el creador de todo el Derecho» (172). Pero la línea diferencial entre la jurisprudencia de intereses y otras posiciones teleológicas está, precisamente, en la peculiar interpretación de los fines del Derecho. De aquí que la defensa de su aplicación al Derecho administrativo, por el hecho de que el fin normal de las normas jurídico-administrativas sea el «interés público», no tenga otra explicación que el dejarse deslumbrar sus defensores por la frase «interés público», cuando la realidad es que, en estos casos, se emplea la palabra «interés» en sentido radicalmente distinto al usual en la Escuela de Tubinga.

3.—La interpretación de las normas jurídico-administrativas.

La crítica de las teorías que anteceden y, concretamente, de la jurisprudencia de intereses, nos ha colocado en la pista para llegar al verdadero sentido de la interpretación de las normas jurídico-administrativas, como de las demás clases de normas. Si la jurisprudencia de intereses no nos sirve, sí nos sirve, en cambio, como punto de partida, una dirección teleológica que postule un concepto más exacto del fin. La interpretación debe buscar en cada caso el fin de la norma y tener en cuenta el fin del Derecho. «Lo determina la naturaleza de la norma; lo que es para un

(171) GARRIDO, *Las transformaciones*, cit., pág. 84.

(172) DE CASTRO, *Derecho civil*, cit., I, pág.

fin, por el fin ha de deducirse. Estos fines, cuando no los manifiesta la misma ley, se encontrarán en los principios jurídicos, morales, nacionales y políticos del Derecho español, conforme a su valor objetivo e interna jerarquía» (173). Cuando ZANOBINI señala como una peculiaridad de la interpretación de las normas jurídico-administrativas la extensión de la investigación acerca del fin de la norma, puesto que en tales fines debe inspirarse la actividad discrecional de la Administración, ya esté expresado en la norma o sea su presupuesto (174), no está hablando de una peculiaridad de la interpretación en el Derecho administrativo, sino expresando una característica general de la interpretación jurídica. Pues tal investigación, la necesidad de precisar el fin objetivo de la norma, se da cualquiera que sea la norma objeto de la interpretación. La interpretación debe buscar siempre la finalidad de la norma. Y este carácter general se da en el Derecho administrativo. Como ha dicho, entre nosotros, VILLAR PALASÍ, «el Derecho administrativo se resuelve en un carácter instrumental para el Estado: se trata por ello de discernir hasta qué punto este instrumento sea suficiente y guarde congruencia con el fin perseguido. Por ello, la primera misión en este campo es el conocimiento de este fin. Si el *metodo teleológico* es, según STAMMLER puso de relieve, uno de los más fructíferos en el campo del Derecho común, esta fertilidad se acentúa en cuanto se conecta con el Derecho administrativo» (175).

Claro está que, normalmente, la finalidad de las normas jurídico-administrativas es el «interés público». Pero de esto a adoptar los principios de la jurisprudencia de intereses, hay un abismo. Porque nosotros partimos de la finalidad objetiva de la norma. Postulamos una posición finalista, que implica la necesidad de buscar en cada caso el fin de la norma, y, si ella no lo manifiesta, será preciso acudir a los principios generales. Decir que el criterio que debe presidir la interpretación de las normas juv-

(173) DE CASTRO, *Derecho civil*, cit., I, pág. 503. Sobre las directrices teológicas en general, vid. TREVES, *L'indirizzo teleologico nella filosofia e nella scienza del diritto*, «Riv. S. F. D.», 1933, pág. 297, y la amplia referencia contenida en CAIANI, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padua, 1954, págs. 60-70.

(174) *Corso di diritto amministrativo*, cit., I, págs. 111-112.

(175) *La dottrina del atto confirmatorio*, cit., págs. 11 y 12. ROMANO (*Prime pagine di un manuale*, cit., II, pág. 395), también adopta esta posición teleológica sobre interpretación de las normas jurídico-administrativas. Pues, como dice SANDOLI (*Manuale di Diritto amministrativo*, Nápoles, 1952, pág. 38), la interpretación de las normas de Derecho administrativo se plantea en términos no distintos de los de la interpretación general.

dico-administrativas es el interés público o el servicio público, es decir demasiado y no decir nada. Sería lo mismo que decir que para interpretar las demás normas jurídicas hay que acudir como criterio decisivo al bien común. Naturalmente, la finalidad de las normas jurídico-administrativas —como la de las demás normas jurídicas— es reglamentar la comunidad conforme a una idea de la vida. Realizar la justicia en la comunidad, con arreglo al plan político. Y por ello no puede prescindirse en la labor interpretativa de los principios morales y políticos, íntima e indisolublemente unidos a la norma, pues ellos son los que dan sentido al Ordenamiento. Pero cada norma, al llevar a cabo esta función, está presidida por una idea directriz determinada. Y esto es lo que hay que buscar en la interpretación: «la ratio legis» del precepto, su finalidad objetiva, que, en cada caso, será distinta.

Esta posición finalista se traducirá en las consecuencias siguientes (176):

a) En cuanto al objeto de la interpretación, que no puede limitarse a «la corteza de las palabras», en frase de GREGORIO LÓPEZ, que recoge de CASTRO. Atenerse sólo a éstas —dirá SOTO— sería prevaricación (177). Pues «la finalidad de la ley no se limita a regular un caso concreto, sino a crear el orden jurídico al servicio del bien común; nuestra doctrina clásica entenderá, por ello, que está justificado doblar la letra de la ley para pasar a su intención, o dejarla como adormecida en los casos que choque con la utilidad común o con los fines superiores» (178). Y así lo ha entendido, también, nuestro Tribunal Supremo, al interpretar las normas jurídico-administrativas, y afirmar que «la interpretación de las disposiciones legales ha de realizarse de conformidad con su naturaleza y fines que persiguen» (S. 31 enero 1953) y «que es fundamento y base indispensable para adquirir y precisar con garantías de acierto el espíritu que informa un cuerpo legal determinado deducir la intención y finalidad perseguida por el legislador, no de un precepto o artículo aisladamente considerado, sino del conjunto de los que integran aquél» (S. 10 febrero 1948). «Cuando la letra de una disposición legal se halla en abierta contradicción con su espíritu y con el establecido en otras de igual índole o de análogo carácter, es forzoso, al interpretarlas, prescindir de aquéllas y atenerse a lo que de éste se deduzca» (S. 11 febrero 1898), pues al aplicar las leyes debe

(176) DE CASTRO, *Derecho civil*, cit., I.

(177) DE CASTRO, *Derecho civil*, cit., I.

(178) DE CASTRO, *Derecho civil*, cit., I.

tenerse en cuenta, no sólo su texto literal, sino también el espíritu que las informa (S. 10 octubre 1908).

b) En cuanto al procedimiento interpretativo, que éste no es «ni una máquina silogista ni una báscula pesadora de intereses», sino que ha de estar presidido por el fin de la norma, fin que vendrá en ella expreso o deberá buscarse en los principios jurídicos generales.

Ello permitirá que «las leyes adquieran la movilidad y flexibilidad necesaria para adaptarse a las variables circunstancias de la realidad. Se admite la evolución de la interpretación, no porque cambie el Soberano y con él la ley, ni porque se altere con el tiempo el sentido de las palabras, sino porque lo imponen así la flexibilidad de la ley y la subordinación de la interpretación a los principios generales» (179). He aquí cómo esta posición metodológica permite la flexibilidad postulada por la doctrina para que el Derecho administrativo lograra la adaptación a las nuevas circunstancias y fenómenos (180).

c) Por último, en cuanto a la amplitud dejada al encargado de aplicar la norma, su carácter cooperador en la realización del Derecho. Ni goza de un poder arbitrario, ni su actividad se encuentra rígidamente limitada por el legislador. Guiado por los principios jurídicos generales, da sentido, desarrolla y completa la Ley (181).

III.—SISTEMA DE LA REALIDAD JURÍDICO-ADMINISTRATIVA.

A. *La construcción del sistema del Derecho administrativo.*

1.—*Los conceptos y los términos.*

Los materiales que hay que poner en operación para construir un sistema científico —se ha dicho— son los conceptos y los términos (182). Para construir un sistema jurídico, por tauto, lo primero que tendremos que hacer es precisar el valor de estos materiales .

a) *Los conceptos jurídicos.*

Si la jurisprudencia de conceptos incurrió en exageraciones que justificaron las corrientes de revisión, también estas corrientes metódicas incu-

(179) DE CASTRO, *Derecho civil*, cit., I.

(180) GARRIDO, *Las transformaciones*, cit., pág. 84.

(181) DE CASTRO, *Derecho civil*, cit., I.

(182) MERCIER, *Lógica*, cit., I. pág. 84.

rieron en exageraciones a todas luces reprobables. Es cierto que una «teoría edificada sobre puros conceptos es un juego dialéctico que no tiene aíces» (183). Pero, también, que es imposible imaginar una ciencia sin conceptos ni sistema, pues —como ha dicho RENARD—, el uso de los conceptos es útil, necesario al jurista o a cualquiera, porque es una satisfacción exigida por la inteligencia humana la de ordenar sus adquisiciones, le clasificarlas en compartimientos y de colocar un rótulo en cada compartimiento (184).

Ahora bien, si los conceptos son imprescindibles, no hay que desorbitar su valor. Es necesario precisar con sumo cuidado la función que los mismos desempeñan en la Ciencia jurídica. En este punto, cuando las corrientes de revisión de la *Begriffsjurisprudenz* estaban en pleno apogeo, FRANÇOIS GENY prestó un inapreciable servicio a la Ciencia del Derecho. No ha de extrañarnos, por tanto, que haya podido afirmarse que su nombre brilla potente, con luz todavía no extinguida y ni siquiera mermada (185). Porque GENY, lejos de negar valor a los conceptos, como las corrientes de revisión habían llegado a afirmar en actitud apasionada, poniendo las cosas en su sitio, lo que hace es afirmar su carácter instrumental. Negar que el concepto sea fin, negar la supeditación de la realidad al concepto. Pero no el concepto en sí (186). En Derecho público y, concretamente, en Derecho administrativo, vamos a encontrar años después, reproducidas con más o menos fidelidad, las ideas de GENY (187). Por ejemplo, entre nosotros, SEGISMUNDO ROYO-VILLANOVA dirá: «Hay que huir

(183) CHEVALIER, *Le Concept et l'Idée*, «Mélanges Maurice Hauriou», Paris, 1929, pág. 135.

(184) *Introducción filosófica al estudio del Derecho*, cit., III, págs. 169 y ss. «El conceptualismo —dirá en pág. 144— es una herramienta fecunda para las inteligencias vivas; es un instrumento de ruina para las inteligencias geométricas.» «La dogmática —dice, entre nosotros, BONET— cumple una función necesaria y altísima, no sólo desde el punto de vista didáctico, sino, sobre todo, científico, porque ninguna ciencia puede vivir sin ideas y sin principios generales.» Cfr. *El método*, cit., pág. 92. De aquí lo exacto de las exageradas críticas de la «jurisprudencia de intereses». Porque no «cabe esperar eficacia de razonamiento, incluso polémico, por parte de quien propugna la renuncia a la lógica, como sistema». ALLORIO, *Ciencia jurídica*, cit., pág. 177.

(185) H. GIL, *Metodología*, cit., pág. 296.

(186) Cfr. sobre aplicación y desarrollo de la idea al Derecho administrativo, LAFOURNERIE, *Essai sur les méthodes*, cit., págs. 193 y ss.

(187) Sobre los conceptos de la Ciencia del Derecho, vid., por ejemplo, CAPOGRASSI, *Il problema della Scienza del Diritto*, Roma, 1937, págs. 165 y ss.; ROUBIER, *Théorie générale du Droit*, 2.^a ed., Paris, 1951, págs. 15 y ss.

de un formalismo excesivo y vacío, de la esclavitud de los conceptos, de la matemática jurídica, de concebir a la Ciencia del Derecho como un conjunto de esquemas abstractos dotados de vida propia y apartados de la realidad» (188).

Pero sólo un desconocimiento de las modernas corrientes producidas en el seno de la lógica puede llevar a la errónea creencia de que aquel carácter instrumental de los conceptos en relación a la vida es algo privativo de los conceptos jurídicos. Pues ha sido la propia Lógica, la llamada Lógica de la razón vital, la que en términos generales ha señalado el valor instrumental de los conceptos con referencia a la vida (189). Cuando en la Ciencia del Derecho se habla de la necesidad de reconducir la Ciencia a la vida, no se hace más que exteriorizar un estado de opinión común al que se había producido en la Lógica (190).

Los conceptos deben derivar de la realidad y no ser trasplantados a ella. He aquí por qué el método inductivo adquiere todo su valor en la elaboración de los conceptos. Porque éstos deben ser elaborados en función de la realidad, mediante la observación directa de la realidad, eliminando cuanto sea posible los obstáculos que se interpongan para llegar a ella. «El valor de los conceptos jurídicos —dirá SPIEGEL— no estriba en que estén bien perfilados, sino en que estén en armonía con los fenómenos reales de los cuales han sido extraídos» (191). De ahí, la dificultad extraordinaria en su elaboración. Porque fácilmente se cae en un tosco empirismo o en disquisiciones teóricas carentes de realidad (192). El jurista debe tener siempre presente la realidad a que responde el concepto, sin olvidar que los conceptos son instrumentos de trabajo, como lo son para el agricultor el arado o la hoz (193); pero los conceptos —dirá DE CASTRO— tienen significado real en el mundo jurídico y en él viven actuando socialmente; «por ello sus vicisitudes, su flujo o reflujo histórico, en contacto con los distintos ideales de vida, le matizan en cada período y en cada

(188) *El método en el Derecho administrativo*, cit., pág. 309.

(189) Cfr. GRANELL, *Lógica*, cit., págs. 443-452.

(190) Cfr., por ejemplo, COSTAMAGNA, *Per la dogmatica del nuovo diritto*, en «Studi in onore di Mariano D'Amelio», Roma, 1953, I, pág. 394, y ALETS, *La concezione della giurisprudenza di B. Biondi e la filosofia giuridica clásica*, «Jus», V (1954), páginas 468-508.

(191) *Derecho administrativo*, cit., pág. 294.

(192) GUASP, *Comentarios a la Lec.*, Madrid, 1943, I, pág. VI.

(193) CARNELUTTI, *Instituciones del nuevo proceso italiano* (trad. GUASP), Barcelona, 1942, pág. 12.

más y no pueden ser olvidados si se quiere apreciar su auténtico significado. Hasta los conceptos de significado técnico primario ofrecen particularidades nacionales y se llenan de contenido político» (194).

Ahora bien, la función que los conceptos desempeñan en la Ciencia jurídica no se limita a servir de instrumento de una fácil exposición de la realidad. Es cierto que ésta es su principal misión. Pero los conceptos son algo más. «La fórmula general y el concepto —dice GUASP— sirven para algo más importante que la simple exposición de datos, puesto que comprenden la interpretación, no sólo de los datos ya conocidos, sino de los nálogos que el futuro traerá» (195). Cuando ante la realidad jurídico-administrativa, por ejemplo, afirmamos que estamos en presencia de un contrato administrativo, lo que estamos es predicando para aquel instituto la aplicación en bloque del régimen jurídico de la contratación administrativa, esto es: por un lado, el régimen específico de los contratos administrativos —que la administración goza, respecto de los mismos, de los privilegios exorbitantes del Derecho común que se conocen con el nombre de privilegio de la decisión ejecutiva y de la elección de oficio—; por otro, el régimen general de la contratación en cuanto es aplicable a la contratación administrativa —v. gr., régimen de capacidad, vicios de la voluntad, etc.

Ello no quiere decir que clasificar sea legitimar. «Justificar una solución jurídica y clasificarla, son dos operaciones netamente distintas, cuya confusión es el mayor peligro a que nos expone la rutina profesional y el más funesto de los sofismas que la opinión pública puede reprochar a los jurisconsultos» (196). He aquí cómo vuelve a aparecer el valor primario de los principios jurídicos generales, que nunca han de ser olvidados en la elaboración, clasificación y utilización de los conceptos, los cuales siempre han de estar subordinados a ellos (197).

b) *Los términos jurídicos.*

Los términos no son la expresión de los conceptos subjetivos como tales, sino la expresión de las cosas que representan los conceptos, tal y como

(194) *Derecho civil*, I, cit.

(195) *Comentarios*, cit., I, pág. VI.

(196) RENARD. *Introducción filosófica*, cit., pág. 170.

(197) DE CASTRO. *Derecho civil*, cit., I.

la inteligencia los concibe. «*Voces —dice SANTO TOMÁS— referentur ad res significandas mediante conceptione intellectus* (198).

En la Ciencia del Derecho, como en las demás, la terminología ocupa un papel de primer plano (199). Buena parte de los errores y dificultades que han surgido en torno a ciertas teorías jurídicas —pensemos la desorbitada discusión entre administrativistas y procesalistas acerca de la distinción entre procedimiento y proceso—, han sido debidas a una mala elección o a la imprecisión de los términos. Y algunas de las polémicas tradicionales sobre determinadas cuestiones capitales de la Ciencia del Derecho, no son más que eso: polémicas terminológicas. De aquí la imperiosa necesidad de emplear una terminología clara, precisa, correcta.

El jurista debe procurar que cada término se refiera únicamente a un solo objeto, evitando la equívocidad que supone designar con un mismo término objetos de naturaleza radicalmente distinta. Varias páginas podrían llenarse de ejemplos. Con uno será suficiente: el término presupuesto.

(198) MERCIER, *Lógica*, cit., I, pág. 108.

(199) Ya GENY destacaba el valor del lenguaje, como señala recientemente LATOURNERIE, *Essai sur les méthodes*, cit., págs. 220 y ss. Y sobre el problema existe una copiosa y abundante bibliografía, no sólo en la literatura continental, sino en la anglosajona, donde pueden citarse, entre otros, los siguientes: A. J. AYER, *Language, truth and Logic*, Londres, 1949; R. H. HARE, *The Language, of Morals*, Oxford, 1952; STEVENSON, *Ethics and Language*, New Haven, Yale University Press, 1950; WILLIAMS, *Language and the Law*, LQR, 1946, pág. 387.

En la doctrina española, vid., sobre la terminología, POSCH, *Comunidad internacional y sociedad internacional*, REP, núm. 12, pág. 341; ALCOVER, *La forma jurídica: el lenguaje y el estilo*, en «La Notaria», Barcelona, 1944, pág. 233, y, sobre todo, GUASP, *Vieja y nueva terminología en el Derecho procesal civil*, RDP, 1946, I, pág. 81, y PÉREZ SERRANO, *La LAU ante la Granáutica*, «Anuario de Derecho Civil», 1956, págs. 1067-1089, en especial, desde un punto de vista general, págs. 1067-1071. Sobre terminología administrativa, vid. LANGROD, *Contribution à l'étude de la terminologie administrative*, separata de la RISA, Bruxelles, 1953, y M. H. BERNSTEIN, *The scope of public Administration*, WPQ, 1952, pág. 154.

Como afirma BIELSA, «si hay disciplina en la cual conviene emplear la palabra adecuada o propia, ella es la del Derecho». Cfr. *Los conceptos jurídicos y su terminología*, AID, t. VII (1946), págs. 437 y ss. Pero una cosa es reconocer la importancia del lenguaje y otra muy distinta creer que el fin de la Ciencia jurídica no era otro «que transformar el lenguaje del legislador en lenguaje riguroso», como dice BOBBIO, *Teoria della scienza giuridica*, cit. Vid. también MACNI, *Per i rapporti fra logica giuridica e moderna sintassi logica*, «Revista Italiana per la Sc. Giur.», VI-VII, 1952-1953, pág. 62. Pero, como afirma CALOCERO, *Croce e la scienza giuridica*, «Riv. It. p. I. Sc. Giur.», VI-VII, 1952-1953, pág. 11, «la subsistencia de los diccionarios no ha salvado a la civilización nunca de las injusticias». Cits. por DE CASTRO, *Derecho civil*, cit., I, pág. 65, nota.

Con él designamos, por ejemplo, cosas tan distintas como los acaecimientos previos que condicionan la eficacia de un acto —presupuestos del acto administrativo, del acto procesal— y la ordenación de la actividad financiera —presupuesto financiero.

Quizás no sea difícil dar con las causas de esta imprecisión terminológica. A nuestro entender, no son otras que las siguientes:

1.ª) Por lo pronto, una: el olvido de la doble dimensión de los términos. Todo término tiene una dimensión vulgar —el objeto que con el mismo se expresa lo da el Diccionario—. Pero, al lado de esta dimensión vulgar, aparece la dimensión científica. Desde el momento que la Ciencia se apropia de un vocablo, adquiere éste un significado científico que, a veces, difiere grandemente del significado vulgar. Para bautizar los objetos por ella aprehendidos, la Ciencia puede hacer dos cosas: o echar mano a los vocablos que le ofrece el lenguaje vulgar, o crear un término nuevo. En el primer caso, el término es el mismo, pero se emplea con un rigor y con una precisión de que carece en su empleo vulgar. En el segundo — que únicamente debe utilizarse cuando para el hallazgo científico no existe palabra adecuada—, se ha creado un término nuevo que, en su día, quedará incorporado al Diccionario.

Ciertamente, la Ciencia no debe ser esclava del vocabulario. Pero tampoco debe procurar, por prurito de originalidad, el empleo de términos nuevos. Debe, siempre que sea posible, adaptarse al significado vulgar del término. Emplear los términos en sentido vulgar, buscando el concepto del objeto por aquél designado. Pero como no siempre es así, e incluso cuando así ocurre se escoge, de los diversos significados del término, uno solo, es necesario precisar el significado científico y distinguir cuidadosamente cuándo lo hacemos así y cuándo empleamos el mismo término en sentido vulgar (200).

2.ª) Pero existe otra causa de la imprecisión terminológica, quizás tan decisiva como la anterior. Una vez que la Ciencia se apropia de un vocablo adquiere el sentido técnico de que antes hablamos. Pero, dada la desenfrenada carrera del hombre moderno a crear nuevas ciencias a que nos hemos referido, las ciencias se multiplican, la Ciencia del Derecho se descompone en Ciencias del Derecho, que en la mayoría de los casos operan de espaldas a las demás, ignorando sus más elementales con-

(200) Cfr. COUJURG, *Notas para un vocabulario de Derecho procesal*. RFD Mex, núm. 10, pág. 115 p ss.

quistas. El resultado es obvio: que mientras una disciplina jurídica emplea un término —en sentido técnico, por supuesto— en un sentido, otra disciplina jurídica emplea el mismo término con un sentido radicalmente distinto, o renuncia a emplear un mismo término para designar unas mismas cosas. Cada disciplina, por un absurdo prurito de originalidad, autonomía y especialización, defiende como consustancial a su naturaleza el significado que la misma da a los términos que comúnmente usa, oponiéndose a cualquier otro, aun cuando el empleo de éste no supusiera otra cosa que llamar a las cosas por su nombre. En el propio Derecho administrativo tenemos ejemplos por demás representativos. Todos hemos visto cómo sus cultivadores —al menos, en su mayor parte— se han resistido durante bastantes años a llamar proceso administrativo al «contencioso-administrativo», mientras insistían en emplear aquel término para designar al «procedimiento administrativo» (201).

3.ª) Y, por último, existe otra circunstancia que tampoco debe ser despreciada: la contradicción entre el vocabulario del Derecho positivo y el de la ciencia del Derecho. Es cierto que, en muchos casos, existe una correlación manifiesta entre una y otra: las leyes y las doctrinas emplean los términos con un sentido uniforme. Pero existen otros en que surgen la discrepancia. Y ello, como elemental consecuencia del carácter de la ciencia. Esta, en su elaboración constante, llega a descubrir, por ejemplo, que el Derecho positivo designa con determinado término algo que en el estado científico en que la ley se dictó se creía exacto, pero que la investigación posterior reveló inexacto o equivoco. Y, en su afán de precisión, reduce el empleo del término a sus justos límites, dando lugar a una discrepancia entre el lenguaje científico y el del Derecho positivo (202). «Un mínimo de ambición científica —dice COUTURE— autorizada a ensanchar el campo del vocabulario con voces impuestas por la ciencia de nuestro tiempo y que no sólo no son ajenas al sistema del Derecho positivo, sino que muchas veces surgen de la unión de vocablos en él insertos y connotan fenómenos por él establecidos» (203).

201) Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho procesal administrativo*, Madrid, 1955, I.

(202) COUTURE, *Notas para un vocabulario de Derecho procesal*, c. F., págs. 115 y ss., donde se resumen otras causas de discrepancia entre el vocabulario científico y el del Derecho positivo.

(203) COUTURE, ob. cit., pág. 128.

2.—*La sistematización científica.*

a) *La ordenación de los conceptos.*

Con aquellos materiales —conceptos y términos—, ¿cómo construir el sistema del Derecho administrativo? (204). La respuesta nos la da la Lógica cuando afirma que un sistema científico se construye mediante la definición y la división. La definición dice lo que es una cosa, la identifica con sus elementos más simples: uno de éstos es el género, el otro, la diferencia específica. La división indica a qué formas especiales se extiende el elemento genérico de la cosa definida. En esta tarea llegaremos, más pronto o más tarde, a nociones que no se pueden analizar y que proporcionan los materiales de las definiciones en las que reposa la ciencia entera, «como un edificio sobre sus cimientos, de conformidad con el decir de ARISTÓTELES: Los principios de las ciencias son definiciones indemostrables. La definición nos aclara aquello que es la cosa» (205).

La realidad jurídica, en general, y la realidad jurídico-administrativa en especial, no constituyen una excepción (206). Su examen nos permitirá obtener unos conceptos cuya comparación dará como resultado grupos homogéneos entre los cuales existirán más o menos diferencias específicas. La división nos permitirá comprobar hasta dónde se extiende el elemento genérico. El examen de la realidad jurídico-administrativa, por ejemplo, nos permitirá descubrir que existen declaraciones de voluntad de la Administración pública que crean derechos administrativos a favor de los particulares (a las que llamamos concesiones); otras que limitan la actividad de los particulares (imponiendo prohibiciones para realizar ciertos actos o llevar a cabo ciertas reformas en las cosas de su propiedad); otras, que remueven un obstáculo para el ejercicio de ciertos derechos (otorgando permisos, licencias, autorizaciones). Pues bien, mediante la definición,

(204) Como dice CASTÁN, «el sistema eleva la construcción por encima de las instituciones (a modo de construcción de construcciones) hasta abarcar la totalidad del orden jurídico contemplado como unidad». Cfr. *Teoría de la aplicación*, cit., pág. 316.

(205) MERCIER, *Lógica*, cit., págs. 62-63.

(206) «La definición científica —dice Lois— estriba en traducir un concepto a los términos de la relación típica de la Ciencia de que se trate. Y dado que en toda ciencia existen ideas simples primarias, que son como unidades fundamentales, definir es poner en conexión un concepto con el módulo de la relación en que está integrado, con el fin de descomponerlo en sus ingredientes primarios.» Cfr. *Estudios sobre los fundamentos*, cit., pág. 108.

obtenemos los elementos más simples: uno, el género; otro, la diferencia específica. El género nos lleva al concepto de acto administrativo. Si seguimos la labor de comparación, llegaremos a la conclusión de que el acto administrativo es la manifestación o concreción de una función administrativa, que, a su vez, supone el ejercicio de potestades a la administración. Y por procedimiento análogo llegaríamos a obtener una serie de conceptos centrales del Derecho administrativo, cuya división y comparación nos conducirán al sistema de Derecho administrativo.

b) *El sistema.*

La complejidad del Derecho administrativo ha permitido poner en tela de juicio la posibilidad de un sistema de Derecho administrativo, la posibilidad de reducir a la unidad la variada gama de fenómenos que nos ofrece la realidad jurídico-administrativa. «El Derecho privado y el Derecho procesal, en cuanto ramas del Derecho —ha dicho M. S. GIANNINI—, tienen una homogeneidad que el Derecho administrativo como normación no posee. El Derecho privado está dominado por algunos institutos fundamentales, como el negocio jurídico, la empresa, la propiedad, la relación de trabajo; en el Derecho procesal..., la acción, el juez, la ejecución... En la normación administrativa, en vano se buscarían estos institutos claves» (207). Al hacer esta afirmación se olvida que el objeto del Derecho administrativo como normación no es otro que la función administrativa, y esta idea central puede, perfectamente, servir de base en la ordenación de los complejos problemas que aquella normativa plantea.

Por lo pronto, nos enfrentamos con una serie de conceptos que son comunes a la función administrativa, con independencia de sus concretas manifestaciones, mientras otros son específicos de cada una de sus especies; de aquí la distinción entre una parte general y una parte especial (208). La parte general abarcará la función administrativa en su unidad, abstracción hecha de cada una de sus especies. La parte especial, cada una de las particulares manifestaciones de la función administrativa.

La ordenación de los conceptos en la parte general tiene que descansar en el concepto mismo de la función administrativa. Si la función adminis-

(207) Cfr. *La incongruenza della normazione amministrativa e la Scienza dell'amministrazione*, cit., pág. 309.

(208) Las ideas que a continuación se exponen se desarrollan con la debida extensión en la introducción de nuestro programa de Derecho administrativo.

rativa —como las demás funciones estatales— es actividad de satisfacción de las necesidades públicas, en la misma cabe distinguir unos sujetos que la levantan a cabo, el objeto sobre el que recae, el desarrollo de la actividad en sí misma considerada y los efectos que produce. Ya COLMEIRO había dicho que «tres cosas deben considerarse en el estudio del Derecho administrativo»: el sujeto, el objeto y el resultado» (209). Pero al hablar de resultado se refería, más que a las consecuencias de la función administrativa, en la realidad, «al producto de la acción de administrar, o sea al acto administrativo», con lo que resumía en uno dos aspectos de extraordinaria importancia, que deben distinguirse al estudiar la función administrativa —actividad y efectos—. Y al lado de los problemas señalados, hay que añadir otro, consecuencia del sometimiento de la Administración pública al Derecho: La reacción frente a la actividad administrativa que haya infringido el ordenamiento a que está sometida, que, al menos cuando esta reacción se produce ante órganos independientes de la administración, esto es, jurisdiccionales, nos pone en relación con el Derecho procesal (210).

La ordenación de los conceptos en la parte especial tiene que descansar en las diferentes modalidades de la función administrativa. Claro está que esta ordenación no puede descansar en un criterio material de clasificación basado en la realidad social sobre la que recae la función administrativa, sino en las notas immanentes a la función administrativa. Ciertamente que el criterio material todavía tiene defensores, entre los que se encuentra ZANOBINI, «porque permite una visión general de toda la acción administrativa y de sus singulares manifestaciones, que no puede parangonarse a la que se obtendría aplicando el criterio estrictamente jurídico» (211). Pero

(209) *Elementos del Derecho político y administrativo de España*, Madrid, 1887, pág. 110.

(210) Acerca de las conexiones entre Derecho procesal y Derecho administrativo, y fin de delimitar el emplazamiento del Derecho procesal administrativo en el cuadro de las disciplinas jurídicas, me remito a mi trabajo *Derecho procesal y Derecho administrativo*, «Revista de Derecho procesal», 2.ª época, núm. II (1956).

(211) *Criteri di classificazione delle varie manifestazioni dell'azione amministrativa*, «Rev. trimestrale D. Pub.», 1954, págs. 529 y ss.

Entre los autores que siguen un criterio material de sistematización, podemos citar, a título de ejemplo, entre los autores de lengua alemana, ADAMOVICH, *Grundriss des österreichischen Verwaltungsrechts*, 4.ª ed., Viena, 1948, parte tercera, y PETERS, *Lehrbuch der Verwaltung*, Berlín, 1949. Entre los autores de lengua francesa, ROLLAND, *Précis de Droit administratif*, 10.ª ed., París, 1953; entre los italianos, ZANOBINI, *Corso di Diritto amministrativo*, Milán, 1952, tomo V. En España constituye la dirección domi-

resulta indudable que el mismo ha sido desplazado por otras construcciones, defendidas en España con argumentos irrefutables por los profesores JORDANA DE POZAS y BALLBÉ (212). Pues «que una actividad recaiga sobre la vida física o la vida del espíritu, por ejemplo, no implica un régimen específico; tanto sobre una y otra entidad puede recaer actividad de policía, por ejemplo, o la de fomento». Y tanto si es uno u otro el orden de vida a que se contraiga, el régimen jurídico será sustancialmente idéntico, si es la misma función, y diferirá, en cambio, al ser distinta la especie de función administrativa, «aparte de que una elemental consideración didáctica impone la necesidad de liberar al alumno de la fatigosa, antipedagógica y anticientífica exposición del Derecho positivo según las materias o fines (sanidad, religión, beneficencia, economía, comunicaciones, defensa nacional, pues explicadas las instituciones y formas que revista la administración..., el alumno estará en condiciones de comprender e interpretar rectamente los preceptos positivos, sin agotarse en el vano intento de aprender memorísticamente los cuarenta mil artículos en que prudentemente pueden calcularse los contenidos de las leyes y reglamentos administrativos españoles».

B. *La enseñanza del Derecho administrativo.*

1.—*La enseñanza del Derecho.*

Construido el sistema, adquiere singular importancia su enseñanza. Porque si el sistema se construye para dar a conocer la realidad a que responde, todo sistema tendrá su necesario complemento en la enseñanza. De este modo, la enseñanza viene a constituir la culminación del sistema de la realidad jurídico-administrativa (213).

nante y se mueven en esta línea los Tratados clásicos de ROYO-VILLANOVA, GASCÓN Y MARÍN, GARCÍA OVIEDO, así como la mayoría de los programas de cátedra (v. gr., el de LÓPEZ RONÓ, publicado en Barcelona en 1945).

(212) En *Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo*, RFP, núm. 48, pág. 54, y en *Programa de Derecho administrativo y Guía para su estudio*, Madrid, 1956, el primero, y en *Sistemática del Derecho administrativo*, Barcelona, 1947, el segundo.

Las ideas que después se recogen en el texto son de estos dos autores españoles. Quizás pueda ser catalogado en esta dirección ALVAREZ GENDÍN, cuyo *Manual de Derecho administrativo español*, Barcelona, 1954, parece abandonar los cánones clásicos de sistematización.

(213) Pues, como ha dicho DE CASTRO, la función de la técnica sistemática no es

Y en seguida surge una cuestión capital, que ha preocupado a eminentes juristas. ¿Cuál debe ser el fin de la enseñanza del Derecho? En realidad, el problema es una simple secuela de otro más general: la misión de la Universidad (214). Y, a la vez, del carácter mismo de la Ciencia del Derecho. De aquí a una correcta solución sólo puede llegarse desde esta doble perspectiva: misión de la Universidad y carácter de la Ciencia del Derecho.

Mucho se ha escrito sobre la misión de la Universidad y muchas y muy diversas opiniones en torno a la misma mantenidas. Desde los que creen que la misión de la Universidad debe reducirse a la investigación científica y a la educación de los científicos (sistema predominante alemán), hasta los que creen que la Universidad debe formar a los profesionales (sistema propio de los países latinos). En España el problema viene resuelto por el operativo del artículo 1.º de la Ley de Ordenación universitaria, al encomendar a la Universidad la misión de «dar la enseñanza en el grado superior y de educar y formar a la juventud para la vida humana, el cultivo de la ciencia y el ejercicio de la profesión al servicio de los fines espirituales y del engrandecimiento de España». Por tanto, aparte de la formación de la juventud para la vida humana, dos son los fines de la enseñanza universitaria: científico y profesional.

A la misma conclusión se llega considerando la esencia misma de la Ciencia del Derecho. No es que la Ciencia del Derecho, como frecuentemente se ha dicho, pertenezca a un determinado tipo de Ciencias —las ciencias prácticas—, que, a diferencia de las ciencias teóricas, tienen por objeto conocimientos prácticos, no teóricos (215). Sino que en el Derecho,

otra cosa que «conocer y dar a conocer la realidad jurídica». Cfr. *Derecho civil*, cit., I.

Sobre el problema general de la enseñanza del Derecho, además de la bibliografía que después se cita, POSNER, *La enseñanza del Derecho en las Universidades*. Madrid, 1889.

(214) «El problema de la enseñanza del Derecho civil —como el de cualquier otra disciplina universitaria y, sobre todo, jurídica— es una simple secuela de otro más general sobre la misión de la Universidad: ¿debe ser formativa o profesional?» BONET, *El método en el estudio y enseñanza del Derecho civil*, «Universidad», año XVI, núm. 5, Zaragoza, 1939, pág. 367.

Sobre la función educativa, vid. MARTÍN MARTÍNEZ, *La función educativa en la Ley de ordenación de la Universidad y la vida*. Buenos Aires, 1910.

(215) Cfr. BURCKHARDT, *Methode und System des Rechts*. Zurich, 1936, y, en este trabajo, apartado I. C, 1. DE DIEGO, en prólogo a los *Principios generales del Derecho*,

como en toda Ciencia, se da la Ciencia y la aplicación de la Ciencia, ligadas entre sí como el fruto y el árbol que lo sustenta (216). «La teoría se reduce a ilustrar el entendimiento con el conocimiento de la verdad»; la práctica es «el acto o ejercicio correspondiente al designio de la teoría pues, en realidad, no es otro su oficio que poner por obra aquello que el entendimiento concibe como medio del examen especulativo» (217).

Si la Ciencia del Derecho presupone, normalmente, una técnica en la construcción del sistema, la construcción del sistema se hace en función de una técnica (218). La ciencia jurídica —dirá SEYDEL— es una ciencia erigida sobre la vida práctica, y sus resultados deben servir, mediata o inmediatamente, a la realización práctica del Derecho (219). De aquí la íntima conexión entre la teoría y la práctica. «La separación entre la teoría y la práctica —se ha dicho— es sólo posible, en materia de Derecho cuando se confunde ésta con las manifestaciones de los usos de la curia hijos de la rutina. Práctica, en realidad, es la actividad encaminada a la aplicación del Derecho, en sus varias manifestaciones» (220).

Resulta absurdo el divorcio entre una y otra. Como ha dicho recientemente NÚÑEZ LAGOS, es frecuente escuchar, en boca de los meros profesionales, la alabanza de la práctica y vituperio de toda construcción teórica, desahuciar el pandestismo y atenerse al Alcubilla. «Es el terrible pecado de orgullo de los técnicos profesionales: no reconocen su filiación legítima, pero de secundones, porque la primogenitura, el mayorazgo, evidentemente, es de la ciencia pura» (221).

de DEL VECCHIO, Barcelona, 1933, pág. VIII, afirma que la ciencia jurídica es teórica y práctica a la vez.

(216) PASTEUR, ob. cit., en nota 74. Como señala BALMES, la enseñanza de la ciencia tiene dos objetos: 1.º, instruir a los alumnos en los elementos de la ciencia 2.º, desenvolver su talento para que, al salir de la escuela, puedan hacer los adelantos proporcionados a su capacidad. Cfr. *El criterio*, capítulo XVII, I.

(217) GIBEST, *Teoría del Arte de Notaria*, 2.ª ed., Barcelona, 1844, págs. 7 y ss.

(218) Cfr. apartado I, C, 1.

(219) *Wissenschaft und Praxis*, en «Deutsches Recht» (Leipzig), abril 1944, páginas 288 y ss. De aquí que se haya afirmado que el divorcio entre la cátedra y el ejercicio de la profesión, al menos en un plano dado, resulta perjudicial para la primera. Cfr. BIELSA, *Los estudios universitarios y el sentido jurídico*, ADP, VIII (1948), pág. 143.

(220) PINA, *Teoría y práctica en la enseñanza del Derecho*, RFDMÉx, núms. 17-18 pág. 263, y añade (pág. 264): «Quien sabe la teoría, sabe la práctica..., aunque los pueros prácticos opinen lo contrario. La práctica, pues, no es más, si la referimos al Derecho, que la actividad encaminada a su aplicación en cualquiera de las formas «conocidas y posibles.»

(221) NÚÑEZ LAGOS, *Los estudios de Derecho*, «Revista de Educación», núm. 11

Ello comporta una importante consecuencia: si un sistema científico concretamente, el sistema del Derecho— se construye en función de la técnica, la enseñanza del sistema debe comprender también su aplicación. Si la misión de la Universidad es la enseñanza del sistema, a la Universidad corresponderá en ambos aspectos. Como ha dicho SEYDEL, la formación puramente práctica debe corresponder a instituciones universitarias (222).

No ha faltado, sin embargo, quien afirma que el arte de la aplicación del Derecho no puede ni debe darlo la Universidad (223). De lo que acaba de decir se desprende lo erróneo de esta posición. Si la cátedra universitaria cumple realmente su cometido, son absolutamente innecesarias las Escuelas de práctica forense y otras instituciones análogas. Pues el único que puede adquirirse fuera de la cátedra universitaria no es la técnica, sino la rutina. Bastarán unos cuantos contactos con los órganos jurisdiccionales o —cada día más frecuentemente— con los administrativos, para adquirir lo poco que le pueda faltar en la formación profesional que puede y debe dar la Universidad. Porque, como ha dicho NÚÑEZ LAOS, «la práctica inicial es fácilmente asequible, sin secretos de ciencia culta; que continúa después idéntica a sí misma, con escasas variantes, que cuando surge el problema nuevo, hay que resolverlo a fuerza de rutina» (224).

ígs. 253 y 254. Y hace afirmaciones que no podemos por menos de transcribir: «Saber derecho para ellos (los prácticos) es retener, de memoria, preceptos de la Ley y diseñar el llamado, y ni siquiera vislumbrado por ellos, «Derecho doctrinal». Así se ganan las oposiciones —triste verdad—, pero se esterilizan los cerebros. ¿Qué han producido en la literatura jurídica española la mayoría de los grandes opositores, un día mismo de sus promociones, virtuosos de la memoria y los «apuntes»? Aun de los que pasaron al papel impreso, ¿qué valor científico tienen las publicaciones? Y no rá, precisamente, por falta de preceptos aprendidos, sino por falta de conceptos».

(222) *Wissenschaft, und Praxis*, cit., pág. 289. Como afirma LAVISSE, «no perjudicará la educación profesional a la científica, ni ésta a aquélla». Cit. por VILLAR GRANGEL, *Orientaciones del Derecho administrativo español*, cit., pág. 268, donde dedica un capítulo a la «enseñanza del Derecho administrativo».

(223) BECEÑA, *Magistratura y Justicia*, pág. 302. Y PINA, en trabajo publicado hace ya bastantes años, afirmaba que la Universidad no debe entregarse a la tarea de formar abogados —ni notarios, ni registradores de la propiedad, ni jueces—, por ser ajena a su función propia. Cfr. *La formación profesional del abogado*, publicado en *RGLJ* (febrero 1930) y recogido en *Derecho procesal* (temas), 2.^a ed., México, 1951, pág. 53.

Sobre el problema en general, vid. MARTÍN MARTÍNEZ, *Concepto y misión de la Universidad*, Madrid, 1940, págs. 47 a 52.

(224) *Los estudios de Derecho*, cit., pág. 254. Sobre el problema de la formación

Ahora bien, con el reconocimiento de que la formación profesional es misión de la Universidad no ha quedado totalmente resuelto el problema. Al menos cuando de la enseñanza del Derecho se trata. Pues si bien es cierto que las Facultades del Derecho forman —o deben formar— al jurista, lo que no es cierto es que no exista más jurista que el abogado. Precisamente por entender que el plan de estudios de nuestras Facultades se dirige unívocamente a la formación de abogados, GARCÍA DE ENTERRÍA escribió hace unos años una demoledora crítica, que dió lugar a una acalorada polémica (225). Más que sobre el problema concreto en sí planteado, sobre el más amplio de la concepción del Derecho. «Sólo un veinte por ciento de los jóvenes licenciados —constataba GARCÍA DE ENTERRÍA— van a pasar a la abogacía o a las profesiones análogas; en tanto que la inmensa mayoría van a nutrir las plantillas estatales y a gestionar, en consecuencia, no los intereses libres, sino los intereses socializados o comunizados» (226). El aserto resulta cierto. Ahora bien, el problema es el siguiente: ¿Difiere realmente la formación de uno y otro? ¿Es que la formación del jurista libre ha de ser distinta de la formación del jurista de Estado? He aquí la cuestión, ligada a otra no menos importante: si ese ochenta por ciento que va a nutrir las plantillas del Estado está integrado por verdaderos juristas. Porque resulta indudable que, de los numerosos servidores del Estado, existe una gran parte que no tiene por qué ser juristas. Son administradores, sin que ello exija una formación jurídica; les bastará unos conocimientos jurídicos elementales. El hecho ha sido resaltado en páginas anteriores (227).

Esto supuesto, resulta indudable que si hasta la fecha el administrador ha salido de las Facultades del Derecho, ha sido por falta de otras instituciones especiales. Pensemos en las Escuelas de Administración (228) y

del abogado y de la enseñanza del Derecho, se ha ocupado BIELSA en numerosos trabajos. Cfr. *La defensa jurídica y moral de la cátedra universitaria*, Buenos Aires, 1955 pág. 45.

(225) GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los estudios de Derecho*, «Revista de Educación», número 5, págs. 143-148; VALLET DE GOYTISOLO, *Juristas libres, juristas del Estado y los estudiosos del Derecho*, «Revista de Educación», núm. 7, págs. 149-154; GUASP, *Mas reflexiones sobre los estudios de Derecho*, «Revista de Educación», núm. 3, págs. 286-294 NÚÑEZ LACOS, artículo citado. Un resumen de la polémica, en GARRIDO, *Una polémica sobre la enseñanza del Derecho*, «R. A. P.», núm. 10, págs. 283-290.

(226) *El estudio*, cit., pág. 146.

(227) Cfr. apartado I, B, 2.

(228) Cuya misión se ha desorbitado en algunos países, incurriéndose, justamente en el error opuesto al de nuestras Facultades de Derecho. Si éstas asumieron la función

en las Facultades de Ciencias Políticas, Administrativas y Económicas. Estas instituciones cubren, en otros países, la misión que las Facultades de Derecho españolas han venido —y vienen— desempeñando, de formar a los futuros administradores. De aquí el acierto de la creación de la Facultad de Ciencias Políticas y Económicas, «porque precisamente descarga a la enseñanza del Derecho del estudio de problemas que hasta ahora, *faute e mieux*, recogía, y le permite concentrarse en sus temas fundamentales» (229). La Facultad de Derecho debe seguir siendo la encargada de formar juristas. Pero —entiéndase bien— de todos los juristas. No sólo de los juristas libres, sino también de los juristas del Estado; esto es, de aquel ochenta por ciento que va a nutrir las plantillas del Estado, únicamente deberán salir de la Facultad de Derecho los auténticos juristas, no los meros administradores. Deben salir de las Facultades de Derecho aquellos profesionales que consagran su vida a ser custodios de la Justicia, colaborando con el legislador en la tarea de preparar la redacción de las leyes y en la de defender a la justicia y a la Ley de los ataques continuos que abierta o fraudulentamente sufre (230).

Así planteadas las cosas, es más fácil una correcta solución. Pues si es indudable que todos los juristas deben salir de las Facultades de Derecho (231), la especialización se impone, y exige, al lado de la formación

* formar a aquellos servidores del Estado que no eran propiamente juristas, sino administradores, la Escuela Nacional de Administración francesa forma o intenta formar a servidores del Estado que son algo más que administradores: juristas o, mejor dicho, juristas de los que asumen la más excelsa misión, la de juzgar en materia administrativa. Precisamente por ello se ha censurado el sistema de selección del personal que ha de integrar los Tribunales administrativos, al permitir el acceso a los mismos personas que ostentan el título de la Escuela Nacional de Administración, aun cuando no sean Licenciados en Derecho. Cfr., en la línea crítica, RIVERO, *La réforme du contentieux administratif*, «Rev. D. Pub.», 1953, págs. 935 y ss., y nuestros trabajos *Consideraciones sobre el contencioso francés*, «R. A. P.», núm. 15, págs. 44 y ss., y *Derecho procesal administrativo*. Madrid, 1955, I, págs. 310 y ss.

(229) GUASP, *Más reflexiones*, cit., pág. 293. A conclusión análoga se ha llegado en el Congreso de profesores de Derecho administrativo y de disciplinas no jurídicas de las empresas, celebrado en Italia los días 26 a 29 de septiembre de 1955. Un resumen del mismo, en el trabajo de ENTRENA, *Modernas tendencias de los estudios sobre Ciencia de la Administración en Italia: El Congreso de Varenna*, «R. A. P.», núm. 18, páginas 365 y ss.

(230) DE CASTRO, *Derecho civil*, cit., I.

(231) Sin olvidar que «lo fundamental de la docencia jurídica no está en los datos que se tratan de transmitir a los alumnos, sino en la actitud que se les quiere hacer que asuman ante la vida». GUASP, *Más reflexiones*, cit., pág. 292.

común, una formación especializada en función de la profesión concreta a que piense dedicarse el jurista. Y es la propia Facultad la que debe tener en cuenta esta especialización, dividiéndose en ramas especiales, después de una parte común (232).

Pues bien, si esto es así, en líneas generales, ¿qué papel le corresponde al Derecho administrativo? Es indudable que su enseñanza debe tener la doble finalidad —teórica y práctica— antes señalada. Teoría y práctica para la formación, tanto del jurista del Estado como del jurista libre. Sería absurdo creer que el Derecho administrativo únicamente interesa a los servidores del Estado y no al jurista libre. Porque interesa tanto al jurista que desde su puesto de la Administración pública defiende el interés público, como al jurista libre que, en este campo, defiende los intereses de los particulares que se enfrentan con la Administración pública. Uno y otro deben conocer los dos principios que están latentes en el Derecho administrativo: el de la prerrogativa y el de la garantía. Pues si bien es cierto que el interés público está presente en las normas que condicionan la actividad administrativa, exigiendo un régimen de prerrogativa, exorbitante del Derecho común, también lo es que al lado de la prerrogativa está la garantía del administrado. Ambos principios deben ser conocidos por el jurista del Estado y por el jurista libre. Uno y otro son servidores, en último término, de la Justicia, cuya esencia radica en una armonía entre aquellos principios, armonía que debe buscar el legislador al dictar las normas reguladoras de la formación administrativa y los juristas todos al manejar aquellas normas. Así como los juristas del Estado, al servir al interés público, nunca deben postular una solución que pugne con el principio de garantía, aun cuando parezca ser exigida por el interés público, el jurista libre no puede postular una solución que pugne con el interés público, al defender los intereses de su cliente.

(232) En análogo sentido, VALLEJ, cit., págs. 152 y 153, al propugnar la existencia de dos fases en la carrera de Derecho.

Pues lo que resulta incuestionable es la importancia secundaria que, en los planes de estudio universitarios, se asigna a las disciplinas de Derecho público, en beneficio de las de Derecho privado. En este sentido, ya se pronunció al problema de Italia, ROMANO, al publicar en 1939 (en los *Annali della Università d'Italia*, en Roma) un trabajo breve, pero sugestivo, con el título *L'insegnamento del Diritto pubblico nelle Facoltà di Giurisprudenza*, recogido en los *Scritti minori*, Milán, 1950, II, págs. 347-349. En el Congreso de Varenna (Cfr. ENTRENA, ob. cit., págs. 372 y ss.) se llegó a conclusiones análogas, dividiendo los estudios de Derecho en dos fases: un trienio común, y un bienio de especialidad. Una de las especialidades sería jurídico-administrativa.

Claro está que, por una deformación fácilmente explicable, mientras que el primero olvidará muchas veces el principio de garantía en su afán de defender a ultranza los intereses de la Administración pública, el segundo caerá en el error opuesto. De ahí que la actividad de uno y otro se armonicen en esta aspiración de que la Justicia reine en las relaciones entre los hombres, que debe ser la suprema de todo jurista.

Por ello, la enseñanza teórica y práctica del Derecho administrativo debe ser para uno y otro. Es absurdo creer que el Derecho administrativo interesa únicamente al servidor del Estado. Porque cuanto más invade el Estado la esfera privada, lo que está ocurriendo es, no sólo que necesita más juristas a su servicio, sino que el Derecho privado está cediendo el paso al Derecho administrativo. Pero, ¿quiere esto decir que desaparecerá la figura del abogado? En absoluto. El abogado seguirá existiendo. En vez de defender a un particular frente a otro particular, defenderá a un particular frente a un ente poco menos que omnipotente. De ahí que su misión sea más atrayente en este campo que en el de las relaciones jurídico-privadas. En vez de tener que acudir ante la figura señorial del Juez, tendrá que acudir ante el funcionario administrativo, y sólo en último extremo ante el juez administrativo. Pero no creemos que la invasión del Estado en la esfera privada, si se sabe no olvidar el principio de garantía, lleve a la desaparición del abogado y a su sustitución por el gestor administrativo. Porque en tal momento, si ello llega a ocurrir (lo que Dios no quiera), lo que habría ocurrido sería, sencilla y llanamente —llamemos a las cosas por su nombre—, la desaparición de nuestra civilización.

Hay que postular, sí, una mayor importancia del Derecho administrativo. Pero ello es una exigencia, no ya del número cada vez mayor de juristas del Estado, sino de mayor frecuencia con el que el jurista debe acudir a sus normas.

2.—*Los instrumentos de la enseñanza.*

Definida así la finalidad de la enseñanza del Derecho administrativo, surge la siguiente cuestión: ¿qué instrumentos o medios deben emplearse para conseguir aquella finalidad? Tres son los medios cada día más utilizados para conseguir la enseñanza del Derecho: la lección de cátedra, el seminario y la clase práctica. Si los primeros son más idóneos para la enseñanza teórica, el último lo es para la enseñanza práctica. Si en los pri-

meros se expone el sistema y se enseña a la construcción del mismo (actividad de investigación), en el último se enseña la aplicación del sistema.

Creemos que estos instrumentos son suficientes, bien empleados, para lograr una enseñanza completa del sistema del Derecho administrativo. Ahora bien, como quiera que, al menos en nuestras Facultades, se observan ciertas desviaciones del correcto empleo de los mismos, no estará demás hacer mención de cada uno de ellos.

a) *La lección de cátedra.*

Mucho se ha escrito acerca de la utilidad de la lección de cátedra. CALAMANDREI, en uno de sus libros vertidos al castellano más difundidos, escribió de la lección oral: no interesa ni puede interesar a los estudiantes; cuando es una elevada exposición de principios teóricos hecha en una forma rigurosamente científica, tan sólo unos pocos están en condiciones de entenderla, al paso que la masa estudiantil asiste a ella extraña y aburrida, como el que oye recitar un discurso en lengua extranjera; cuando es un modesto resumen elemental, para uso de la mayoría, que carece de pulmones para las alturas, los jóvenes mejores salen de allí descontentos y desilusionados. La explicación oral, en la que el profesor habla para todos y para nadie, en una forma para algunos elevada y para otros demasiado modesta, impide al docente dirigirse a cada discípulo en el lenguaje más apropiado a su madurez intelectual; le impide fijar su atención en cada individuo para darse cuenta de sus aptitudes y de sus deficiencias. Pero aunque la explicación desde la cátedra no tuviera el defecto irremediable de descontentar a una y otra parte de la masa estudiantil, merecería ser desterrada de la escuela por la absoluta pasividad intelectual a que condena a los estudiantes, obligados a aceptar, sin posibilidad de crítica ni de refutación, los resultados del pensamiento ajeno» (233).

Realmente —basta recordar nuestros años de estudiantes para convencernos de ello—, en la mayoría de los casos, las críticas dirigidas a la lección de cátedra son justificadas. Pero una cosa es que sea inadmisibles la forma de dar lección de cátedra, y otra muy distinta creer en su inutilidad. Porque, quierase o no, la lección de cátedra siempre será el primero y principal de los medios de que dispone el maestro para transmitir sus conocimientos a los alumnos, para darles a conocer el sistema científico

[233] *Demasiados abogados* (trad. de XIRAU), Madrid, 1926, págs. 159 y ss. Vid. también BONET, *El método en el estudio y la enseñanza*, cit., pág. 369.

por él elaborado. La lección de cátedra ha sido, es y será el primero de los medios para dar a conocer un sistema científico. Ciertamente si se ha recogido el sistema en un libro, el libro puede ser también un instrumento para dar a conocer el sistema. Es más, hasta afirmamos la conveniencia y casi necesidad del libro, o, más exactamente, de un Manual —al estilo de los *Précis* franceses—, que sirvan al alumno para conocer las líneas generales del sistema. Pero el estudio del libro jamás podrá sustituir al contacto entre el maestro y los alumnos que supone la lección oral. No es que la lección oral sea complemento del Manual —caso de que éste exista—; es el Manual el que es —o debe ser— complemento de aquélla.

Precisamente por su importancia, conviene corregir las deficiencias que se vienen señalando a la lección de cátedra. Una de las razones —quizás la más decisiva— que ha contribuido a desprestigiar la lección oral no es otra, a nuestro entender, que pretender hacer de la misma el único medio de la docencia universitaria. Claro está, si se quiere que la lección de cátedra cubra todas las exigencias que la enseñanza de un sistema jurídico impone, los resultados serán desastrosos. Pero si tenemos presente que, al lado de la lección de cátedra, el Profesor cuenta con otros medios de enseñanza y delimitamos su finalidad concreta, quedarán despejadas, al menos en buena parte, las dudas planteadas acerca de su utilidad.

Porque la función esencial que la lección de cátedra desempeña en la docencia jurídica no es otra que dar a conocer al alumno el sistema de la rama del Derecho que se trata. Un conocimiento total, completo, del sistema construido por el Profesor. Un conocimiento para todos (234). Dedicar la cátedra a explicar monográficamente algunas de las instituciones, es convertir la cátedra en seminario. Porque la lección de cátedra debe dar al alumno una visión completa del sistema (235).

Esto no quiere decir que la lección de cátedra sea vulgar. Por el con-

(234) Cuando hablamos de «todos», lo hacemos con la limitación que después se señala en el texto. Pues respecto de aquellos alumnos que no alcanzan el nivel medio del universitario, el único instrumento de enseñanza será un *Précis* redactado en la forma más elemental.

(235) En aquellos casos en que exista un libro del titular de la cátedra en que se recoja el sistema, en la lección oral debe procurarse huir de la repetición de lo que está escrito en el libro. Nuestra experiencia de estudiantes nos hace pensar, como uno de los sistemas más perniciosos, aquel que incurría en tal defecto. La conciencia de que al asistir a la lección de cátedra se estaba perdiendo el tiempo, hacía inútil la lección oral.

Cuando exista un texto en el que se recoja el sistema, la lección de cátedra deberá

trario, debe tener el nivel exigido por el universitario. Pero, entiéndase bien, por el universitario. No por el gran número de alumnos que, por una inflación de los estudios universitarios y un defectuoso sistema de ingreso en la Universidad, ocupan las aulas sin reunir el mínimo de vocación y formación que ello exige. La lección de cátedra no es para éstos, sino para el universitario (236).

Cuando la lección de cátedra se da por un auténtico maestro para verdaderos discípulos, no hay riesgo del fracaso. Aquél procurará «la clara explicación de los términos, la exposición llana de los principios en que se funda la ciencia, la metódica coordinación de los teoremas» (237). Los discípulos prestarán su atención (238) y —¿por qué no?— su intervención. No existe razón alguna que impida a los alumnos el diálogo, la discusión de los principios expuestos por el maestro.

procurar una visión panorámica del sistema, que tenga su debido complemento en el libro, insistiendo en los puntos centrales que estime conveniente destacar al Profesor. Pero ello sin incurrir en el curso monográfico. Siempre dentro del sistema, que se expondrá sumariamente. Ya comprendo —dice MARTÍN MARTÍNEZ— que al profesor enamorado de su asignatura y fervoroso de la investigación le tiene que resultar mucho más agradable exponer el fruto de sus últimas lecturas y trabajos sobre un punto concreto, que no el insistir sobre los mismos principios y nociones fundamentales de siempre..., pero el alumno tiene derecho a salir de la Universidad con una visión exacta del conjunto de la profesión a que ha de dedicarse. Cfr. *Concepto y misión*, cit., pág. 50.

(236) No vamos a insistir ahora en las causas que han conducido a la triste situación de nuestra Universidad, invadida por alumnos carentes de vocación. Sobre el problema, vid. GARRIDO, *Intervencionismo estatal y educación nacional*, en «Revista de Educación», núm. 26, págs. 165 y ss., y nuestra reseña a dicho trabajo, en «R. A. P.», núm. 15, pág. 306.

(237) BALMES, *El criterio*, capítulo XVII, I. El primer deber del maestro —dirá el Cardenal MERCIER— será poner los hechos a la vista de los alumnos, hacérselos palpables. Cfr. *Lógica*, cit., II, pág. 170. Vid. BIELSA, *La misión del Profesor de Derecho público*, ADP, VI (1946).

(238) «En la lección oral la colaboración del alumno se manifiesta en la atención. El alumno que no entra en la cátedra en esta disposición de espíritu —que no tiene, realmente, el apetito de aprender— no es, en verdad, un alumno, no es un aprendiz de jurista. Frente a un caso como éste, no cabe hablar de que el método o medio de enseñanza es malo, sino de que el supuesto alumno no tiene más que la apariencia de tal. Sin el deseo de estudiar y la voluntad más o menos tenaz y decidida del alumno, por subalternos que sean sus motivos, ¿cómo aprender siquiera una lección?, escribió a este propósito don FRANCISCO GINER DE LOS RÍOS (*Pedagogía universitaria*, pág. 32)». PINA, *Teoría y práctica*, cit., pág. 268. EUGENIO D'ORS (en *Primera lección de Filosofía*) decía que, cuando el profesor habla, ya adivina, en el alumno que le escucha, las preguntas que le haría; una duda hipotética, alguna sugestión, y lo contesta todo en su explicación; es algo así como un coloquio espiritual. Cfr. BIELSA, *La defensa jurídica y moral*, cit., pág. 52.

b) *El seminario.*

El seminario es el natural complemento de la lección de cátedra para la enseñanza teórica. Si la lección de cátedra no puede, por sí sola, satisfacer la natural exigencia de aquellos alumnos que desean consagrarse a la investigación científica, ha de existir una institución que cumpla aquella misión. Esta institución es el seminario (239). De él se ha dicho que «es la reunión del profesor y algunos alumnos distinguidos, con el objeto de hacer investigaciones propias sobre puntos concretos de la ciencia a que se dedican. Allí el profesor encamina prácticamente a sus alumnos a la investigación que cada uno de ellos hace personalmente, de modo que estudian el método a descubrir la verdad persiguiendo el estudio de un punto dado, es decir, buscando la verdad científica a su respecto» (240).

Normalmente, en nuestras Facultades de Derecho no se dedica la suficiente atención a los trabajos de seminario. En muchas cátedras ni siquiera existen. Y en aquellas en que existen, su organización suele ser por demás desastrosa. Porque para que el seminario dé los resultados que del mismo pueden esperarse, es necesario que, bajo la dirección del titular de la cátedra, trabajen todos los que en el mismo intervienen. No se trata de un curso monográfico, de una serie de conferencias del catedrático; se trata de un auténtico trabajo en equipo, en el que todos aportan su esfuerzo. Y, al realizar este trabajo, el director enseñará a sus miembros el método más correcto de llevarle a cabo.

Para estimular la labor, lo ideal será que el tema —cuando es común— interese a todos. De aquí la conveniencia que el mismo sea elegido, previa deliberación en la que puedan tomar parte todos sus miembros (241). El tema común permitirá, por otro lado, un auténtico trabajo en equipo,

(239) Hasta tal punto es una exigencia el seminario, que cuando lo organicé en la segunda cátedra de Derecho administrativo de la Facultad de Derecho de Madrid, fué, precisamente, a instancia de los propios alumnos.

(240) OLIVER, *La enseñanza superior en Alemania*, 2.^a ed., Buenos Aires, 1918, págs. 83 y ss. DELLEPIANE, en *Cuestiones de enseñanza superior*, Buenos Aires, 1906, págs. 72 y ss., habla de que tres elementos son necesarios: la colaboración entre profesor y alumno; la biblioteca como instrumento, y el trabajo especial, que completa, en la formación del alumno, el trabajo del profesor.

(241) Así lo propugna JORDANA DE POZAS, en *Programa de Derecho administrativo y guía para su estudio*, Madrid, 1956, pág. 30. «El alumno —dice BONEP— debe participar activamente: composición de tema o monografía durante el curso.» Cfr. *El método en el estudio y la enseñanza*, cit., pág. 370.

habituándose así el alumno a un tipo de trabajo al que, por naturaleza, tan poco habituados estamos los españoles.

Elegido el tema, los trabajos se desarrollan en dos direcciones: el acopio de los materiales y la construcción jurídica sobre los materiales. Respecto del primero, cada uno de los miembros recogerá el material asignado, no en función de su punto concreto, sino a la vista del tema general, en función de cierto sector de fuentes de conocimiento —bibliografía, jurisprudencia— (242). Respecto del segundo, el sistema preferible es el de ponencia sobre cada uno de los problemas concretos que plantea el tema —seleccionados a la vista del material— (243), para cuya redacción se entregará al ponente el material correspondiente que todos han contribuido a recoger. Y la ponencia servirá de base a la discusión, a fin de llegar a unas conclusiones.

e) *Las clases prácticas.*

Quizás —y sin quizás—, la clase práctica es la que más deformación ha sufrido en nuestras Facultades de Derecho. La clase práctica, que debe ser el instrumento idóneo —como su mismo nombre indica— para la enseñanza práctica, se ha convertido en una supervivencia de la enseñanza media en los centros universitarios. Porque en nuestras Facultades se ha reducido la clase práctica a una clase semanal dedicada a «tomar la lección» al alumno. Y ello se ha consagrado en nuestros programas. Por ejemplo, en el del Profesor JORDANA DE POZAS, se dice «estas clases tienen la finalidad principal de repetición y calificación de las lecciones anteriormente explicadas» (244).

Este sistema será muy lógico en los Colegios de Bachillerato. Pero no en la Universidad. Un universitario que acuda a la Universidad por verdadera vocación, no debe tener necesidad de ese aliciente de la pregunta en clase para aprender el sistema científico. Claro está que para un porcentaje muy elevado de nuestros alumnos de las Facultades ello es necesari-

(242) La importancia de enseñar al alumno el acopio de materiales es extraordinaria. Al mismo se refiere WALINE, en *Guide des conférences et exercices pratiques pour la Licence en Droit*, VIII, *Droit administratif*, Paris, 1914, págs. 9 y ss.

(243) Naturalmente, los problemas concretos no pueden plantearse *a priori*. Será el material recogido y la discusión en torno a las ponencias, lo que permitirá delimitar todos los problemas que, ineludiblemente, han de abordarse en el desarrollo del tema elegido.

(244) *Programa*, cit., pág. 29.

rio. Pero estos alumnos ni interesan ni importan. Su lugar no es la Universidad, ni la consideración de los mismos puede desnaturalizar una institución, las clases prácticas, establecidas con otros fines. Porque la misión de las clases prácticas no es otra que la enseñanza práctica, dar a conocer a cada alumno la técnica de la aplicación del Derecho. Y así se entiende, fuera de la Facultad de Derecho, en otras Facultades universitarias. En las cátedras de Química, por ejemplo, no están los laboratorios para que los alumnos repitan las enseñanzas recibidas en las lecciones de cátedra y el profesor califique sus ejercicios. Como las clínicas no están en las Facultades de Medicina para cumplir una misma finalidad. En el laboratorio y en la clínica, el alumno aprenderá a aplicar los conocimientos adquiridos, no a repetirlos.

Pues bien, ¿por qué en nuestras Facultades de Derecho va a ser distinto? Porque la misma misión que la clase práctica desempeña en nuestras Facultades, es la que la clínica y el laboratorio desempeñan en las otras. Lo pone de manifiesto el art. 63 de la Ley de Ordenación universitaria, al decir que «cuando la naturaleza de las cátedras o el número de alumnos de las mismas así lo exige, el Rector de la Universidad podrá nombrar ayudantes para *clases prácticas y clínicas o laboratorios*».

Si de una Facultad de Ciencias, por ejemplo, saliera un Químico que no supiera obtener ácido sulfhídrico, diríamos, sencilla y llanamente, que la Facultad no ha cumplido su misión. Pues bien, la misma conclusión habría que llegar si de una Facultad de Derecho saliera un jurista que, ante uno de los plantados por la vida, no supiera aplicar la norma exacta.

He aquí por qué no podemos desconocer la misión de la clase práctica. Pues sólo calibrando la clase práctica en todo su valor, puede una Facultad de Derecho cumplir, auténticamente, la misión que a la Universidad asigna su Ley de Ordenación. Y de este modo, quedará demostrado lo superfluo de otras instituciones —v. gr., Escuelas de práctica jurídica—, cuyo único sentido actual es el de llenar aquella laguna en la formación que dan las Facultades de Derecho.

Y para que la clase práctica cumpla, realmente, su misión, el medio más idóneo no es otro que los casos prácticos (245). El profesor debe hacer

(245) La importancia de los casos prácticos ha sido resaltada reiteradamente por la doctrina española, existiendo bastantes publicaciones en disciplinas diversas, como Derecho procesal civil (por RECESA, en 1925); Derecho romano (por CASTILLEJO, en

una buena selección de casos prácticos, que obliguen al alumno al manejo de los textos fundamentales de cada rama del Derecho, poniéndole en contacto directo con la norma y superando la «tendencia innata de todo estudiante a sustituir el conocimiento directo de la Ley por el de la literatura o el comentario» (246). Las colecciones legislativas y jurisprudenciales desempeñarán en la clase práctica de Derecho el mismo papel que las probetas, pipetas y tubos de ensayo desempeña en una Facultad de Ciencias.

Así entendida la clase práctica, permitirá al alumno, por otro lado, un repaso de sus conocimientos científicos y con mayor interés que cuando hace el repaso para recitar las lecciones, al comprobar que aquellos conocimientos sirven para algo, que están en función de la técnica y, en último término, de la vida. Al mismo tiempo, al examinar las soluciones dadas y comentarlas, el profesor podrá apreciar la valía y aptitudes de cada uno de los alumnos. No se valorará su capacidad memorística al recitar temas aprendidos en la cátedra o en la biblioteca, sino su auténtica condición de jurista.

He aquí cómo la clase práctica, sin olvidar su auténtica misión, puede permitir alcanzar aquellas otras finalidades que se persiguen por las mismas tal y como vienen siendo entendidas entre nosotros.

* * *

Sólo con el correcto empleo de estos instrumentos docentes podremos alcanzar la alta misión que se nos asigna dentro de la comunidad: la formación de los juristas. Pues nada hay más desastroso que el ejemplo de tantos y tantos maestros que no saben serlo. El hecho no es de hoy. Hace más de un siglo que BALMES dijo: «Las cátedras son miradas, a lo más, como un hincapié para subir más arriba: con las arduas tareas que ellas imponen se unen mil y mil de un orden diferente, y se desempeña corriendo y a manera de distracción lo que debería absorber al hombre en-

1930), Derecho penal (por JIMÉNEZ ASÚA, en 1929), Derecho civil (por CLEMENTE DE DIEGO Y MIÑANA, en 1927), de Derecho canónico (por MONTERO), etc.

Creemos que la publicación de casos prácticos es contraproducente. La existencia de unos mismos casos prácticos para las distintas generaciones de estudiantes, supone el riesgo de que las soluciones se transmitan de unas a otras, al mismo tiempo que la falta de actualidad de los mismos. Es preferible que cada curso y a la vista del programa teórico, se dicten casos prácticos nuevos, extraídos, a ser posible, de la práctica jurisprudencial.

(246) GARRIGUES, *Instituciones de Derecho mercantil*, Madrid, 1943. pág. X.

ero» (247). Ninguna otra función como la docente exige hombres de vocación, hombres que, al ocupar su cátedra, sepan que «la luz que entra por su balcón cada mañana viene a iluminar la tarea justa que le está asignada en la armonía del mundo».

(247) *El criterio*, capítulo XVII, 1. Tampoco es exclusivamente nacional. BIELSA habla de los «docentes que no han dejado en su paso por la Universidad más señales que sus firmas en las plantillas mensuales». Cfr. *La defensa jurídica y moral de la cátedra universitaria*, cit., pág. 52.

