

LA ADMINISTRACIÓN Y EL MÉTODO JURÍDICO

POR

FERNANDO GARRIDO FALLA

Catedrático de Derecho Administrativo.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.—II. LA PRODUCCIÓN O ELABORACIÓN DEL DERECHO: A) *Los sistemas de producción normativa.* B) *La producción normativa del Derecho en el Estado de Derecho continental europeo.* C) *La reacción antiformalista.* D) *Posición crítica.*—III. LA DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO OBJETIVO DE LA NORMA: A) *El Derecho natural.* B) *Las exigencias de la realidad.* C) *La ciencia jurídica.*—IV. EL MÉTODO DE INTERPRETACIÓN DEL DERECHO ESTABLECIDO.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

Hay un Derecho que concierne a la Administración pública. Esto plantea un doble problema: 1.º, qué debe entenderse por Administración pública a los efectos de delimitar el ámbito de aplicación del Derecho administrativo; 2.º, qué debe entenderse por Derecho administrativo.

A los solos efectos de disponer de una base de partida, vamos a dar respuesta a ambas cuestiones. Pero advirtiendo, desde ahora, que no es éste el objeto de nuestra investigación. Lo que nos proponemos es determinar la repercusión que el estudio de la Administración pública pueda tener en el concepto mismo del Derecho y en su método de investigación; o, dicho de otra forma, vamos a intentar ofrecer una problemática del Derecho considerada por un administrativista, desde la perspectiva que proporciona el estudio del Derecho administrativo.

Así, pues, y antes de seguir adelante:

1.º Por Administración pública entendemos: *a)*, en sentido subjetivo, el conjunto de organismos estatales encuadrados en el llamado Poder ejecutivo del Estado, y *b)*, en sentido objetivo, la actividad desarro-

llada por dicho Poder ejecutivo, excluída la actividad política o de gobierno (1).

2.º Por Derecho administrativo entendemos aquella parte del Derecho público que determina la organización y comportamiento de la Administración pública, disciplinando sus relaciones jurídicas con los administrados (2).

II. LA PRODUCCIÓN O ELABORACIÓN DEL DERECHO.

Debemos advertir, desde ahora, que el puesto de observación que hemos elegido nos depara una despejada visibilidad respecto al problema de la producción normativa; es decir, respecto del problema que se contiene en las siguientes preguntas: ¿Quién establece la norma jurídica? ¿Cómo se produce el Derecho?

A) Los sistemas de producción normativa.

Como ha señalado J. RIVERO, «entre los elementos que dan a los sistemas jurídicos su originalidad, se precisa situar en primera línea la teoría de las fuentes del Derecho adoptada por cada uno de ellos. Según triunfe en la elaboración del Derecho positivo, lo consuetudinario, la acción del Juez o la regla escrita emanada de la autoridad pública, se llega a estructuras jurídicas tan diferentes como el Derecho del *ancien régime* francés, el *common Law* británico o el régimen del Código civil napoleónico» (3). Hay, pues, tres formas principales de producción de la norma jurídica: la costumbre, la acción del Juez y la acción reflexiva del legislador.

Por lo que se refiere a la costumbre, se trata de un sistema de producción normativa rigurosamente inactual. «La subsistencia—afirma FUEYO—, al lado de la Ley de la costumbre como fuente del Derecho en los tratados científicos, es un puro resorte teórico sin trascendencia sociológica alguna» (4). En el plano de los Ordenamientos positivos, su papel

(1) Cfr. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho administrativo*, I, 1958, págs. 28 y sigs.

(2) *Tratado...*, cit., pág. 109.

(3) *Los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo francés contemporáneo*, en el núm. 6 de esta REVISTA, 1951, pág. 289.

(4) JESÚS F. FUEYO, *El sentido del Derecho en el Estado moderno*, en «Anuario de Filosofía del Derecho», t. I, 1953, pág. 386.

suele ser el de una modesta «fuente subsidiaria del Derecho», aplicable tan sólo en defecto de Derecho escrito (5).

La producción jurisprudencial del Derecho—por mucho que contraste con el sistema positivo en el que nosotros vivimos—sí debe considerarse, en cambio, como un sistema vigente: junto al valor del Derecho estatutario, en el mundo anglosajón *judge made Law*. En Inglaterra la doctrina del precedente es una consecuencia de los propios principios del *rule of Law*, y significa, como ha observado ROSCOE POUND (6), que los casos jurídicos deben ser resueltos con la ayuda de principios sacados por inducción de la experiencia jurídica del pasado y no por deducción de normas establecidas arbitrariamente por una voluntad soberana. En otros términos, la razón, y no la voluntad arbitraria, debe ser la justificación profunda de toda decisión jurídica. Esto es tanto como vincular al Juez a lo que, en circunstancias análogas, han dicho anteriormente otros jueces (*stare decisis*): la certeza que el Derecho exige se consigue en este sistema con la continuidad en el respeto del precedente.

Por una serie de circunstancias que no hemos de analizar ahora en su detalle la doctrina del precedente se ha modificado casi sustancialmente en Norteamérica hasta el punto de que GOODHART dice que el jurista inglés encuentra hoy tanta dificultad para comprender la doctrina americana del precedente como el americano para comprender el valor del precedente en los sistemas codificados (7). Desde la segunda mitad del siglo XIX el apartamiento de la doctrina del precedente se ha producido como consecuencia de una versión americana de la jurisprudencia analítica, que ha llegado a conocerse con el nombre de *case method* (8). La concepción normativista del Derecho que a su través se ha

(5) La afirmación de CUIACIO: «Quid lex? Consuetudo scripta. Quid consuetudo? Lex non scripta», sólo vale en los tiempos iniciales del Derecho. Como ha observado FRAGA, el proceso de uso social a costumbre y de costumbre a Derecho escrito, es uno de los más interesantes de la sociología jurídica y de la teoría de las fuentes (*La constitución como Ordenamiento de las instituciones políticas y jurídicas. Una interpretación de las fuentes constitucionales en el Estado contemporáneo*, en «Anuario de Filosofía del Derecho», t. III, 1955, pág. 50).

(6) *The spirit of the common Law*, 1921, pág. 181.

(7) Una exposición bastante completa de esta materia puede encontrarse en A. GIULIANI, *Los presupuestos de la filosofía del Derecho norteamericano*, en «Anuario de Filosofía del Derecho», t. IV, 1956, págs. 221 y sigs.

(8) La doctrina del *case method* fué expuesta por LANGDELL en 1871 en el prefacio de su libro *A selection of cases on the Law of contracts*. El Derecho, considerado como una ciencia, se compone de ciertos principios y doctrinas, según dicho autor, cada uno de los cuales ha llegado lentamente a su fase actual y representa un desarrollo que, en algunos casos, se extiende a un período de siglos. Pero los casos útiles y necesarios para este fin son una proporción excepcionalmente pequeña en relación con los que han sido

abierto paso, aleja al Derecho americano de muchos de los tradicionales principios de la *common Law*, colocándose en una posición intermedia entre este último y los sistemas europeos codificados. Empero, la diferencia última entre el Derecho americano y el continental europeo sigue estando—como ha subrayado J. C. ADAMS, en su *Diritto amministrativo americano*—en la particular posición que el Juez adopta en el proceso de elaboración del Derecho: para él, los precedentes, las Leyes, e incluso la propia Constitución, no son más que pasos ya ordenados de un vasto mosaico incompleto que representa el Derecho eterno, y a los cuales él mismo añadirá, mediante su sentencia, su modesto tributo.

Con todo, la más importante forma de producción del Derecho en nuestros días es la legislativa. Como ha observado LEGAZ Y LACAMBRA, lo que en esta forma nace, a diferencia de lo que ocurre con la costumbre o con las decisiones judiciales, es una *proposición normativa*: en ella aparece y se presenta el Derecho hecho regla (9). Este sistema de producción jurídica es, por lo demás, uno de los rasgos típicos del Estado de Derecho continental europeo.

B. *La producción normativa del Derecho en el Estado de Derecho continental europeo.*

Es indudable que si de una parte el Estado de Derecho alumbrado por el constitucionalismo europeo del siglo XIX presenta como una de sus notas características la de organizarse bajo el imperio de la Ley escrita, de otra este sistema jurídico se ofrece hoy animado por las preocupaciones típicas del Estado de Derecho constitucional. Resulta así que el *sentido* del Derecho moderno se hace efectivo mediante su creación sistemática por vía legislativa. «Ningún período histórico anterior al del Estado moderno—dice FUEYO—es comparable en intensidad legislativa al alumbrado por éste» (10).

Es evidente, empero, que nos hallamos en un momento crítico en el que cabalmente las premisas políticas que respaldan el sistema se hallan

resueltos; por eso la obra de LANGDELL consistió en estudiar el desarrollo lógico y sistemático de los principios de la *common Law* a través de las decisiones de los Tribunales. Resulta de esta forma, como advierte GIULIANI (op. cit., pág. 254), que el *case method* implica una concepción normativa del Derecho, en cuanto que cada decisión era considerada como una norma, independientemente de la bondad de su contenido. Esto explica la hostilidad con que el nuevo método fué criticado desde Inglaterra: aparentemente era la exaltación del precedente, pero, en realidad, se convertía en su principal adversario.

(9) LEGAZ, *La obligatoriedad jurídica*, en «Anuario de Filosofía del Derecho», t. I, 1953 pág. 386.

(10) *El sentido del Derecho...*, en loc. cit., pág. 386.

en revisión. Es necesario, por ello, que nos detengamos en el análisis de sus notas características para intentar comprender hasta qué punto puedan haber sido afectadas por la crisis en marcha e incluso para preguntarnos sobre la actualidad de su justificación.

a) En primer lugar, el sistema jurídico que se examina ha sido caracterizado por su *formalismo*. El Estado de Derecho se caracteriza por un neutralismo ideológico que es el resultado último de un largo proceso en su lucha contra la «arbitrariedad». Como dice LEGAZ Y LACAMBRA, el Derecho puede ser negado, bien en sus exigencias de fondo, o bien *en su forma*, siendo este último el momento típico de la arbitrariedad; es decir, la negación del Derecho en cuanto a su forma (11). Se deduce de aquí que la arbitrariedad en principio no puede identificarse con la injusticia, pues tratándose de conceptos distintos cabe una arbitrariedad injusta y, asimismo, una arbitrariedad justa. Por su parte—y a esto nos referiremos más adelante—, también el Derecho (positivo) puede ser injusto; ahora bien, lo que no puede decirse es que el Derecho sea arbitrario, pues, siendo la arbitrariedad la negación del Derecho en cuanto a su forma, ello sería tanto como decir que el Derecho *es y no es* al mismo tiempo (12).

Pues bien, en el terreno de la lucha contra la arbitrariedad el Estado de Derecho supone cabalmente un supremo esfuerzo de formalización de las instancias técnicas precisas para acabar rigurosamente con ella.

b) En íntima conexión con lo anterior, y como una de sus consecuencias obligadas, se encuentra el carácter *positivista* del Estado de Derecho: el formalismo ha venido a equiparar la esencia del Derecho con el simple respeto a las normas del Ordenamiento positivo, consagrando una creciente preferencia de la juridicidad legal sobre la justicia. A la pregunta de qué es lo que vale como Derecho, ningún jurista moderno ha podido responder, *dentro de la lógica del Ordenamiento jurídico*, mediante un juicio de valor ético. En carácter jurídico de un mandato no es conferido por ningún análisis de su contenido, sino por una formalización previa de la categoría real de lo jurídico (13).

(11) LEGAZ Y LACAMBRA, *Introducción a la ciencia del Derecho*, Barcelona, 1943, páginas 466 y sigs.

(12) Se deduce de aquí, por tanto, que el progreso formal indudable que significa la instauración del Estado de Derecho no prejuzga, empero, otro necesario progreso en el terreno de la justicia. Una visión general de la evolución del Estado-policia al Estado de Derecho, se contiene en nuestro *Tratado de Derecho administrativo*, I, 1953, páginas 48 y sigs.

(13) FUYO ALVAREZ, en loc. cit., pág. 382.

La fórmula del positivismo puede ofrecerse así en su versión más simplificada: sólo vale como Derecho aquello que expresamente se contiene en un precepto legal dictado por el órgano competente. Su ámbito de aplicación se extiende a todos los campos del Derecho, tanto público como privado. «No tiene sentido—dice LEGAZ—decir que se está obligado jurídicamente a pagar la deuda de juego si la Ley no concede acción para reclamarla. Ni puede el Juez distinguir como delito una acción antisocial que no se halle expresamente dibujada en un tipo legal. Si en esos casos es posible hablar todavía de un deber de *justicia* se trata, no obstante, de un deber moral y no jurídico en sentido estricto..., pues, naturalmente, no puede ser jurídico lo que el Derecho ha eliminado *expressis verbis* de su ámbito formal, aunque intrínsecamente conserve un sentido de justicia» (14).

Una de las exigencias fundamentales postuladas por el positivismo jurídico es la del lugar subordinado que en la teoría de la jerarquía de las fuentes ocupan los llamados principios generales del Derecho. Frente a la afirmación de FEDERICO DE CASTRO, de que el papel de los principios generales del Derecho desbordan la consideración de meras fuentes subsidiarias del Derecho que parece desprenderse del artículo 6.º de nuestro Código Civil, para cobrar a través de ellos vigencia la aplicabilidad del Derecho natural, incluso como fuente primaria anterior a la Ley escrita (15), nosotros hemos afirmado en otra ocasión la imposibilidad de mantener esta interpretación a la vista de los supuestos de nuestro sistema vigente. Por mucha habilidad dialéctica que se pretenda desplegar en la interpretación del artículo 6.º del Código Civil, la claridad meridiana de su redacción nos obliga a entender que los principios generales del Derecho (entendidos, como quiere DE CASTRO, como manifestación de la Ley natural) sólo pueden ser invocados por el Juez a falta de Ley y costumbre, y no—como quiere la doctrina antes citada—para constatar la bondad y justicia de la Ley escrita (16).

c) Finalmente, el sistema que se está describiendo queda rigurosamente perfilado si se añade que el legalismo positivista postula asimismo la subordinación del Juez con respecto al legislador. Puesto que el Juez *no crea* el Derecho, sino que se limita a aplicar el anteriormente ela-

(14) LEGAZ, *La obligatoriedad jurídica*, en loc. cit., págs. 86 y 87.

(15) *Derecho civil de España*, I, 1949, pág. 341.

(16) En el mismo sentido vid. CASTÁN, *Aplicación y elaboración del Derecho*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», noviembre 1935, págs. 524 y 525. Sobre el tema vid. también CLAVERO ARÉVALO, *Los principios generales del Derecho y las lagunas del Ordenamiento administrativo*, en el núm. 7 de esta REVISTA, 1952, pág. 53.

borado por el legislador, su misión pierde importancia y se hace subordinada. La versión extrema de esta concepción se encuentra en las palabras de STUART MILL, en su *Sistema de lógica*: «Bajo el imperio de un Código escrito, el Juez no tiene que resolver cuál sea intrínsecamente la mejor solución en el caso particular que debe decidir, sino tan sólo el artículo de la Ley que le es aplicable, lo que el legislador ha dispuesto en el caso análogo y la intención que debe suponersele, por consiguiente, en el caso particular.» Por su parte, BLONDEAU afirmaba en 1841, exaltando la autoridad de la Ley escrita, que si un Juez se encontrase ante una Ley ambigua o contradictoria, sin que sea posible poner en claro el pensamiento del legislador, dicho Juez tendría entonces motivos tan poderosos para abstenerse como para intervenir, y deberá considerar como no existentes estas Leyes y rechazar la demanda (17).

C) *La reacción antiformalista.*

Las diferentes notas que hemos señalado como características del sistema jurídico del Estado de Derecho han sido sometidas, no obstante, a revisión en los últimos tiempos.

a) Ante todo, la quiebra del positivismo, por consecuencia de la pérdida de la fe en el valor de la Ley escrita, se ha manifestado con especial intensidad a partir de la terminación de la última guerra. Constituyó, evidentemente, un gran golpe de efecto contra la doctrina liberal del Estado de Derecho la experiencia de que las últimas consecuencias del positivismo jurídico fuesen extraídas precisamente en la Alemania nacional-socialista para hacer obligatorio cualquier tipo de mandato—sin que importase la justicia de su contenido—emanado del poder constituido: *Befehl ist Befehl*. Esta situación explica, afirma FECHNER, la impotencia en que se encontró la ciencia positiva del Derecho y la práctica jurídica alemana para defenderse de los crímenes de la legislación y la Administración nazi (18). Todo el esfuerzo para la represión de los llamados «crímenes de guerra» hubo de intentar su justificación obviamente acudiendo a principios que, no solamente no estaban expresamente consagrados por el Derecho positivo, sino que incluso aparecían como contradictorios con los comúnmente admitidos en el Estado de

(17) Estos casos extremos son aducidos por F. GENY (en *Método de interpretación de las fuentes en Derecho privado positivo*, 2.^a edic. esp., 1925, pág. 23) para demostrar las exageraciones a que llega el método exegético.

(18) *La fonction actuelle de la philosophie du Droit en Allemagne*, en «Méthode Sociologique et Droit» (Rapports présentée au Colloque de Strasbourg, 26 a 28 de noviembre de 1956), París, 1958, pág. 31.

Derecho; por ejemplo, la crítica a la actuación de los Tribunales de Nüremberg se ha hecho utilizando el principio *nullum crimen, nulla poena, sine previa lege* (19).

Por otra parte, el respeto por la Ley escrita ha sido minado incluso desde el ángulo mismo de los Estados que aparentemente se mantenían fieles a las tradiciones del Estado de Derecho. RIPERT ha puesto de relieve cómo la abundancia de legislación a que ha forzado el intervencionismo administrativo de los últimos tiempos es una de las causas que más notoriamente han contribuido al *déclin du Droit*.

Todo esto ha facilitado un retorno a la idea del Derecho natural que es, sin duda alguna, una de las notas más sobresalientes de la literatura jurídica de los últimos tiempos. Sin perjuicio de que más tarde volvamos sobre este tema, bástenos señalar ahora que con el renacimiento del Derecho natural—que se plasma en títulos tan expresivos como el del conocido trabajo publicado por RADBRUCH en 1946, *La injusticia legal y el Derecho suprallegal* (20)—se sientan las premisas teóricas para un ataque a fondo del positivismo jurídico.

b) No debe dejar de subrayarse que antes de que se generalizasen los ataques contra el positivismo jurídico en el campo del Derecho civil codificado, con la consiguiente pérdida de prestigio del método exegético, la actitud antiformalista se había iniciado particularmente en el campo del Derecho administrativo o, al menos, en el Derecho administrativo francés. Ha sido puesto de relieve, en efecto, hasta qué punto la postura antiexegética de la que fué representante a finales del siglo XIX FRANÇOIS GENY, estuvo influida directamente por el análisis de la jurisprudencia contencioso-administrativa del *Conseil d'Etat* (21). Esto no debe extrañarnos. El Derecho administrativo francés es, en una gran medida, obra de la jurisprudencia del Consejo de Estado. Por contraste con el Derecho civil, donde la existencia del Código de Napoleón relevaba a los juristas de muchas preocupaciones, en el campo del Derecho administrativo faltaba, no solamente un Código, sino incluso las grandes Leyes generales. El sistema tuvo que ser erigido sobre la base de las decisiones concretas jurisdiccionales. Dentro del sistema típico continen-

(19) La quiebra de este principio parece ser aprobada por ALVARO D'ORS en *Principios para una teoría realista del Derecho*, en «Anuario de Filosofía del Derecho», t. I, 1953, pág. 304.

(20) Vid. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 1950, apéndice núm. 4, págs. 347 y sigs.

(21) BERNARD GENY ha puesto de relieve la influencia que ejerció el Derecho administrativo en la obra de su padre (en *De la methode et de la technique du Droit privé positif a celles du Droit administratif*, en «Le Conseil d'Etat. Libre Jubilaire», París, 1952, páginas 277 a 293).

tal europeo no deja de representar esto una aproximación al sistema anglosajón.

Igualmente en Italia, y desde el año 1892 al menos, ORLANDO ha venido manifestando su desprecio por el método exegético, al entender que el jurista no debe ver en la Ley sino la reproducción de un principio jurídico del cual ya debe tener noticia y conciencia, y, en tanto en cuanto tal principio es en ella declarado, entra la Ley a formar parte del sistema general del Derecho. Obsérvese, empero, que estas afirmaciones deben ser tomadas sólo en su justa medida: intentos de corregir las más extremistas formulaciones del entonces predominante método exegético.

c) En realidad, como ya se dijo antes, tanto en el campo del Derecho administrativo, como en el del Derecho en general, es después de la última gran guerra cuando la crisis del formalismo se ha producido con toda su crudeza. El tema que ahora se plantea es el de si realmente ha de tenderse a la sustitución del Estado de Derecho por un Estado de Justicia (22). Específicamente ha tenido que ser abordado por la literatura jurídica alemana a la vista del artículo 20, párrafo 3.º de la Ley Fundamental de Bonn que afirma la «vinculación a la Ley y al Derecho» (*Bindung am Gesetz und Recht*) del Poder ejecutivo y judicial. La fórmula «Ley y Derecho» parece aceptar la existencia de un Derecho suprallegal que, en definitiva, vendría a colocar a los Tribunales en una situación autónoma respecto de la Ley escrita. No obstante la conocida postura de FORSTHOFF, que intenta ser una superación del formalismo vigente en la concepción tradicional del Estado de Derecho, al comentar este precepto constitucional no ha dejado de poner de manifiesto la inseguridad jurídica a que conduce una tal interpretación. Con todo, pone de manifiesto cómo la superioridad que de esta manera viene a alcanzar la jurisprudencia sobre la legislación, termina por convertir la República Federal Alemana en un «Estado de Justicia» (23).

(22) Sobre la crisis del Estado de Derecho, en su versión demoliberal, hay una copiosísima literatura. Bástenos la remisión al libro de FRAGA IRIBARNE, *La crisis del Estado*, Madrid, 1955, especialmente págs. 65 y sigs. Cfr. igualmente CASTÁN TOBEÑAS, *La crisis del Derecho*, Madrid, 1960. J. M. PASCUAL QUINTANA, *En torno al concepto del Derecho civil*, Salamanca, 1959, págs. 75 y sigs.

(23) FORSTHOFF, *Die Bindung am Gesetz und Recht* (art. 20, Abs. 3 G. G.), en «Die Oeffentliche Verwaltung», enero 1959, págs. 41 a 44. Dificilmente—añade FORSTHOFF—puede admitirse que la fórmula «Ley y Derecho», pensada para situaciones extremas, puede cumplir su cometido en los casos ordinarios. El hecho de combinar un elemento formal (Ley) y otro aformal (Derecho), sin establecer entre ellos un criterio de prelación, ha de conducir a grandes dificultades prácticas. No debe extrañar por ello que en la bibliografía sobre el tema se encuentren representadas las opiniones más

Por su parte, el Tribunal Supremo Federal Alemán de Karlsruhe ha sentado en los últimos años una jurisprudencia que, abandonando el estricto respeto por la Ley escrita (o al menos por «la letra de la Ley»), ha basado sus decisiones en «razones éticas» o en la «naturaleza misma de la cosa» (24). Como en el caso anterior, también aquí las opiniones se han dividido: frente a quienes acusan al Tribunal de haberse tomado injustificadamente la atribución de interpretar la Ley moral objetiva (SAX), otros elogian la valentía que supone dar entrada a tal fundamentación jurídica (HEINITZ) (25).

D) *Posición crítica.*

a) A la vista de cuanto se ha dicho anteriormente, parece que la única postura lícita en un jurista que quiera estar a la altura de los tiempos, debiera consistir en dar por buena la evolución cuyas líneas fundamentales han sido señaladas e intentar construir el sistema jurídico adecuado a las nuevas formas políticas que se vislumbran. Empero, esta

contradictorias; así, mientras SCHRADER entiende que Ley y Derecho son una misma cosa en el contexto del artículo 20 examinado, en cambio KLEIN opina que la «Ley» significa una positividad sin referencia a ningún contenido de valor y «Derecho» un contenido de valor sin positividad.

Por lo demás, la doctrina sobre el Estado de Derecho social, en cuya elaboración han intervenido la mayoría de los autores alemanes contemporáneos (vid. especialmente FORSTHOFF, *La República federal alemana como Estado de Derecho y Estado social*, en «Riv. trim. di Dir. Pubbl.», julio-septiembre, 1956, págs. 547 y sigs.), tiene su asidero positivo en éste y otros preceptos de la Ley Fundamental de Bonn. Los laboristas, como NIPPERDEY, han mostrado una especial sensibilidad en cuanto a la percepción de este concepto, que viene a establecer una tendencia política entre el dirigismo y el liberalismo. Como recuerda PÉREZ BOTIJA, sería erróneo pensar que significa un abandono de los derechos básicos de la personalidad. Frente a los que pudieran creer—observa el autor español—que el concepto de Estado de Derecho social supone una antítesis inconciliable con la clásica noción de Estado de Derecho típico del liberalismo, las modernas concepciones germánicas desvanecen toda posibilidad de error. Estado de Derecho social no supone carta blanca para el intervencionismo y mucho menos olvido de los derechos de la personalidad» (*El Estado de Derecho y el Derecho del trabajo*, Madrid, 1958, pág. 23).

(24) Es notable, en tal sentido, la doctrina que se contiene en sentencias como la de 17 de febrero de 1954, relativa a un caso de mediación y encubrimiento de relaciones extramatrimoniales; la de 18 de marzo de 1952, sobre un caso de error en el conocimiento de una prohibición legal; la de 23 de diciembre de 1952, en la que se afirma expresamente que «el agente no está autorizado a tomar tales valoraciones de lo justo y de lo injusto de una cultura extraña a la suya (por ejemplo, las de la Rusia comunista), sino aquéllas que reconoce la comunidad jurídica en que él vive», etc. Vid. los comentarios a esta jurisprudencia de A. O. PUGLIESE, *Consideraciones sobre el problema del Derecho*, en «Anuario de Filosofía del Derecho», t. V, 1957, págs. 201 a 203.

(25) Sobre el tema puede consultarse el estudio de WEISCHEDL, *Recht und Ethik*, Karlsruhe, 1956.

aparente «conciencia histórica» tiene mucho de conformismo y puede que sea incluso más constructivo, antes que acudir alegremente a la almoneda de conceptos jurídicos y políticos que se sacan a liquidación, replantearse de veras qué puede haber todavía en el Estado de Derecho tradicional que merezca la pena de ser defendido. Sin duda que los tiempos cambian y que significaría falta de sentido histórico seguir operando en el plano técnico jurídico como si nada hubiese ocurrido; pero echarlo todo por la borda demuestra todavía más falta de sentido histórico: pues lo que la Historia nos ofrece es cabalmente un panorama de oscilaciones ideológicas pendulares en las que los valores y principios que en un momento dado aparecen como superados y caducos, vuelven a surgir después, cuando la etapa siguiente comienza a agotar su virtualidad. Al fin y al cabo el tan subrayado fenómeno del actual resurgimiento del Derecho natural, no es sino un ejemplo patente en relación con lo que acaba de ser dicho. La crítica positivista que creyó haber terminado definitivamente con él no hubiese podido sospechar el renacimiento a que ahora asistimos.

En resumen, hay una *philosophia perennis* y se trata de saber, por paradójico que el empeño parezca, en qué medida el positivismo formalista del Estado de Derecho haya podido encarnar algunos de tales valores. Creer que los hombres de cada nueva época son los inventores de la verdad y de la justicia es un argumento demasiado gastado para que pueda ser creído.

b) Ante todo, vaya por delante nuestra duda respecto de la corrección en afirmar el carácter absolutamente formalista del Estado de Derecho tradicional. Esto no es sino una verdad a medias. Pues se olvida que todo el movimiento constitucionalista del siglo XIX implica, junto al establecimiento del mecanismo técnico de la separación de poderes, la consagración de toda una filosofía individualista—elaborada durante el siglo precedente, pero, en muchos aspectos, coincidente con preocupaciones anteriores—, directamente encaminada a la protección de la libertad de los particulares. Y ciertamente que hay pocos temas tan substancialmente filosóficos como este de la libertad (26). En definitiva, los que

(26) Refiriéndose al aspecto metafísico de la «Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano», votada por la Asamblea francesa el 26 de agosto de 1789, observa COLLIARD: «La Declaración desborda el cuadro puramente jurídico de los trabajos de la Asamblea. Es la expresión de una concepción del mundo y como el resumen de la Filosofía del siglo XVIII francés. Su aspecto metafísico es sorprendente. La Asamblea no pretende hacer una obra arbitraria ni establecer reglas determinadas por estrechos límites de espacio y tiempo. Ya consideraba que se está limitando a reconocer y a decla-

se reconocen y proclaman son *derechos naturales* de los ciudadanos; se está exponiendo una concepción del Derecho natural.

c) En segundo lugar, el argumento de que el positivismo puede jugar en determinadas ocasiones en contra de la justicia, es—y a tal conclusión se llega sin demasiado esfuerzo—un argumento reversible. Ciertamente que G. DEL VECCHIO se ha dolido con razón de que «las más graves ofensas a la justicia no suceden tanto en oposición a las Leyes, cuanto por obra de las Leyes mismas»; pero tampoco debe olvidarse el papel sanamente innovador y revolucionario que tantas veces ha desempeñado la Ley positiva. Desde la abolición de la esclavitud hasta cualquiera de las últimas reformas sociales o económicas que el ejemplo de cada día nos muestra, son obra de la Ley en abierta lucha con situaciones injustas, pero socialmente arraigadas y apoyadas por intereses creados.

HAURIOU enseñaba, con su natural perspicacia, que todo orden social establecido contiene siempre una cierta dosis de justicia que le está incorporada, aunque también prácticamente está siempre en conflicto con una nueva dosis de justicia que aún no le ha sido incorporada. Hay, por tanto, un problema de tensión entre ambas dosis de justicia. Las épocas de estabilidad son, sin duda, las que favorecen el nacimiento de un riguroso respeto a la Ley escrita; pero no necesariamente por un apriorismo positivista, sino porque en el fondo (aunque esto frecuentemente se olvide) la justicia incorporada satisface las necesidades y la mentalidad de los hombres de la época. Cuando esto no ocurre, la rebelión contra la legalidad y el orden establecido busca su apoyo cabalmente en la justicia. Es en este sentido como los hombres más respetuosos por el Derecho no han tenido, sin embargo, inconveniente en afrontar el problema de la legitimidad de las revoluciones dejando de lado esa suerte de *pudeur doctrinaire* que, como observó agudamente GENY, recubría normalmente este tema.

Pero la revolución no tendrá en otros tantos casos más justificación que el punto de vista personal de quien la defiende. Cualquier anticonformista se sentirá autorizado para mostrar su disconformidad con el Ordenamiento establecido adoptando como lema la frase (en cuya feliz fórmula se sintetiza el problema que estamos debatiendo) que recientemente han puesto en circulación para explicar su discrepancia con res-

rar reglas fundamentales válidas para todas las sociedades humanas». Incluso este sentido se refuerza con la invocación a la divinidad que se contiene en el propio preámbulo de la Declaración: «La Asamblea nacional reconoce y declara, en presencia y bajo los auspicios del Ser Supremo, los derechos del hombre y del ciudadano...» (*Libertés publiques*, ed. Dalloz, 1959, pág. 46).

pecto a la política gubernamental, los dirigentes del movimiento pro-Arrelia francesa: «Salimos de la legalidad para entrar en el Derecho» (27).

Ahora bien, lo que no puede olvidarse—y los ejemplos que nos ofrece la Historia son aleccionadores—es que la revolución, una vez triunfante, impondrá sus propias Leyes y exigirá el más riguroso respeto a las mismas. Si efectivamente las nuevas Leyes entran de hecho en la mentalidad y las costumbres de los obligados a cumplirlas, será un claro síntoma de la vuelta a la estabilidad (28).

Estas consideraciones, válidas para el problema general de la postura crítica ante un Ordenamiento jurídico, tomado en su conjunto, son también perfectamente aplicables para explicar la postura concreta en que el Juez—o el intérprete—deben encontrarse respecto del Derecho escrito. Una vez más se descubre entonces el valor substantivo que la seguridad tiene en el terreno del Derecho, viniendo, por ende, a recobrar su significado los expedientes técnico-formales del Estado de Derecho. FORSTHOFF no duda en admitir que estas estructuras ofrecen de suyo una protección más eficaz que la aplicación de los contenidos jurídicos suprapositivos (29).

Por lo demás, se olvida cuando se hace la crítica del *legalismo* que el Estado de Derecho tomó ya las precauciones necesarias para evitar, en lo posible, la arbitrariedad legal. No es lo mismo, en efecto, una

(27) En caso de conflicto entre el orden y la justicia, dice FRAGA, normalmente ha de prevalecer aquél (*La constitución como Ordenamiento de las instituciones políticas y jurídicas*, en loc. cit., pág. 52). Esto no es sino subrayar el carácter excepcional con que la revolución debe admitirse incluso a la luz de los principios del Derecho supraleal.

(28) G. DEL VECCHIO observa, en relación con el problema de la injusticia del Derecho positivo, «que la oposición a las Leyes vigentes—hecho gravísimo por sí mismo—puede ser y es sugerida muchas veces, no en obsequio a una justicia más alta, sino por motivos egoístas y antisociales. De donde la necesidad de una crítica rigurosa para determinar si en las circunstancias concretas concurren o no los extremos que puedan racionalmente justificar la transgresión, teniendo en cuenta también sus consecuencias presumibles» (*Mutabilidad y eternidad del Derecho*, en loc. cit., pág. 17).

Por lo demás, la propia Iglesia Católica, al plantearse el problema de la sumisión al Poder civil, declara, de suyo, la obligatoriedad de la Ley positiva. En su Encíclica *Sapientiae Christianae*, decía León XIII, siguiendo la línea invariable de los Pontífices, desde Gregorio XIV: «Sagrado es, por cierto, para los cristianos el nombre del Poder público, en el que, aun cuando sea indigno el que lo ejerce, reconoce cierta imagen y representación de la majestad divina; justa es y obligatoria la reverencia a las Leyes.»

(29) Como ejemplo, cita este autor (en *Die Bindung...*, en loc. cit.), que es dudoso que se hubiera llevado a cabo la destrucción sistemática de los enfermos mentales incurables que tuvo lugar en Alemania durante la época nazi, si se hubiese necesitado la publicación de una norma legal en los periódicos oficiales, en vez de la orden dada por HITLER el 1 de septiembre de 1939 bajo el más riguroso secreto.

lex quod principi placuit, que una Ley expresiva—cualquiera que sea la carga efectiva de ficción que en esto haya—de la voluntad nacional. Dejando de lado la consideración de la «soberanía popular» como dogma político, lo importante, desde el punto de vista jurídico, es lograr un procedimiento técnico de producción legislativa que evite que la norma pueda identificarse con el capricho o arbitrio de *uno solo* o *unos pocos*. Conseguido esto, puede admitirse que el respeto a la «legalidad escrita y positiva» es una exigencia de racionalidad.

d) Todavía resultan pertinentes unas consideraciones finales a la vista de las singulares características del Derecho administrativo español.

Es cierto que, en líneas generales, Francia (cuyo ejemplo tanto ha influido en el sistema jurídico español) se alinea entre los países en que el Juez está subordinado al Derecho escrito. Pero precisamente en el campo del Derecho administrativo se han verificado en aquel país los ensayos antiexegéticos. En primer lugar, porque el Derecho administrativo francés es en buena parte creación jurisprudencial del *Conseil d'Etat*; además, porque de este dato han podido extraerse las líneas generales de toda una concepción metodológica antiformalista (30). En resumen, en Francia el Derecho administrativo se ha elaborado—por contraste con el Derecho civil—no a la vista de un Código, sino desarrollándose por la jurisprudencia unas cuantas Leyes absolutamente parcas y generales.

El Derecho administrativo en España no es, en cambio, obra de la jurisprudencia. Esto puede ser lamentable o no; pero es un hecho con el que necesariamente hay que contar. Entre nosotros, la subordinación del Juez de lo contencioso-administrativo a la Ley no es solamente un principio constitucional, sino, además, una *subordinación de prestigio*. La jurisprudencia que se ha producido durante el largo período de vigencia de la Ley de lo Contencioso-administrativo de 1894 ha sido justamente criticada como formalista y retrógrada. Frente a ella se alzan (paradójicamente, si se tiene en cuenta que el proyecto de Ley fué elaborado por el propio Poder ejecutivo) las generosas concepciones de la vigente Ley sobre la jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956, algunos de cuyos preceptos han sido redactados pensando cabalmente en la derogación de una jurisprudencia tradicionalmente formalista.

Todo esto determina que entre nosotros el principio de la subordinación a la Ley escrita debe ser recordada con un especial rigor. Nues-

(30) En este sentido ya hemos aludido antes al ejemplo de F. GENY.

tro Derecho administrativo está hoy parcialmente codificado, y las grandes Leyes generales administrativas (particularmente las de régimen jurídico, de procedimiento administrativo y sobre la jurisdicción contencioso-administrativa) son la consecuencia de una previa elaboración dogmático-doctrinal posteriormente recibida por el legislador. Tales Leyes han venido a introducir la *certeza* donde antes reinaba el caos. Esto es una conquista y los conquistadores imponen sus métodos.

Ahora bien, la exégesis de nuestros días no puede ser la del siglo XIX, entre otras, por la razón obvia de que ya nos sabemos la lección de su crítica. Cuando nuestra Ley sobre la Jurisdicción contencioso-administrativa establece como motivo de anulación del acto administrativo «cualquier infracción del Ordenamiento jurídico» se está apuntando indudablemente a la consagración legal del principio «la letra mata, el espíritu vivifica». Hay aquí, como en el caso antes examinado del artículo 20, párrafo 3.º de la Ley Fundamental alemana, un medio auxiliar para reparar los posibles defectos técnicos de los singulares preceptos del Derecho positivo, pero sin que con esta fórmula—como coincide en afirmar FORSTHOFF respecto de la correlativa de la Ley alemana—se abra ninguna brecha en el Estado de Derecho, lo cual necesariamente ocurriría si se cargase con el peso ideológico de una referencia—que se entendiese querida por el legislador—al Derecho natural, la ética, la justicia, o cualquier otro concepto suprapositivo.

III. LA DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO OBJETIVO DE LA NORMA.

Hasta ahora nos hemos planteado el problema de cuál es el órgano que en las diversas sociedades constituidas aparece formalmente como creador del Derecho positivo. Es éste evidentemente un problema jurídico.

Ahora bien, con independencia de lo anterior, es también posible preguntarse por el problema del contenido de la norma, cualquiera que sea el órgano constituido que la establezca. El positivismo jurídico parece dar por terminada la cuestión al afirmar que el valor de la norma depende pura y simplemente de la corrección del procedimiento a través del cual se ha producido y sin que importe cuál sea su contenido. Esto es evidentemente cierto si se tiene en cuenta el punto de vista de la validez o vigencia de la norma. Pero hay, ciertamente, un aspecto suprapositivo de la cuestión que, aun admitiendo que pudiera no ser considerado como *jurídico*, en el sentido estricto de este término, no

deja de ser sumamente importante para el jurista, afectándole en el núcleo mismo de su profesión. Es éste un problema de filosofía jurídica.

Se trata, por tanto, de saber ahora cómo se nutre de contenido la norma jurídica; es decir, dónde se inspira o debe inspirarse el legislador al establecerla y cuáles son los juicios o sentimientos anteriores que su espíritu traduce o refleja cuando dicta la norma. He aquí una cuestión que vale cualquiera que sea la respuesta que el Ordenamiento positivo haya dado al problema de cuál es el órgano que establece el Derecho; que es, asimismo, válida tanto en el Estado de Derecho como en un Estado que consagre, como procedimiento de legislación, el arbitrio de un príncipe o de un dictador. Pues, como se observó en su momento, la arbitrariedad—que es la negación del Derecho en cuanto a su forma—no evita que se pueda plantear el problema de la justificación del contenido de la norma arbitrariamente dictada.

El problema que nos ocupa es ahora *prima facie* un problema de *deber ser*. Pero es evidente que es también una cuestión de hecho, por cuanto la realidad nos enseña que el establecimiento de las normas jurídicas es el resultado de un juicio de valor previo de aquellos hombres que tienen semejante poder en sus manos. No hay nada más contrario a la realidad que aquella afirmación pretenciosamente «realista» de que las Leyes son una pura resultante de las fuerzas manejadas por los distintos grupos de presión. Pues para ello habría que demostrar—y el materialismo histórico no ha conseguido demostrarlo—que en los distintos estímulos que provocan la actuación de hombres y grupos de hombres no juegan ningún papel más que los de carácter egoísta.

Es esta la razón por la que al estudiar el proceso de determinación del contenido objetivo de la norma jurídica haya que hacer referencia al condicionamiento que deriva: 1), de la existencia del Derecho natural; 2), de las exigencias de la realidad, y 3), de la propia ciencia jurídica.

A) *El Derecho natural.*

El positivismo jurídico, tal como aquí se entiende y referido, por tanto, a la primacía de la Ley escrita como fuente vigente del Derecho, no se opone al reconocimiento de la necesidad—hoy tan sentida—de buscar una referencia objetiva de valor que sirva de contraste con el contenido del Derecho positivo. Es esta referencia la que nos servirá, en definitiva, para poder calificar de justo o injusto un determinado

Ordenamiento. Este problema de la justicia es, no obstante—insistimos en ello—, independiente del problema de la vigencia.

Puede afirmarse, en este punto, que el positivismo filosófico en boga durante el primer tercio del presente siglo, pierde terreno en todos los frentes. Puede servirnos como punto de referencia la afirmación de CAMMEO en su *Corso di Diritto amministrativo*, hacia la época de la primera Gran Guerra: «Que el Estado, incluso como legislador, está sometido a un Derecho natural, el cual lo discipline, como a los individuos, y en sus relaciones con ellos, es una noción que los modernos estudios filosóficos y sociológicos han demostrado insostenible» (31).

Es esta una situación a la que se llega, tras los ataques que el Derecho natural sufre, desde distintos frentes, a lo largo del siglo XIX. En 1883, GIERKE se creía en situación de poder afirmar lo siguiente: «Lo que los sablazos de la escuela histórica han dejado subsistir del Derecho natural, no es más que una sombra de su antiguo y orgulloso poder» (32).

En el curso de los últimos años la escena ha cambiado (33). Positivistas como CARNELUTTI, quien en 1933 había afirmado que no existe otro Derecho que el positivo, afirma, en cambio, en 1951, que el Derecho positivo nace como un producto artificial del tronco del Derecho natural, que, a su vez, se produce espontáneamente en el mundo de la naturaleza (34).

Ahora bien, ¿qué es el Derecho natural? La filosofía tradicional es, sin duda alguna, al llegar a este punto, el más firme asidero que puede encontrarse. De acuerdo con la concepción tomista, hay una Ley abso-

(31) Por su parte, G. MIELE, que ha cuidado de la reimpresión aparecida en 1960 del *Corso*, de CAMMEO, advierte, por nota, cómo se ha verificado recientemente un renacimiento de los estudios del Derecho natural. Señala los nombres de WOLF, FECHNER y FRIEDRICH, en Alemania, y el de BARBERO en Italia.

(32) Pero, como observa FRAGA, ya unos años más tarde STAMMLER le rectificaba de modo radical: «No son sablazos, son simples alfilerazos e invectivas lo que la escuela histórica ha dado al Derecho natural». Se ha dicho que sería necesario una máquina sumadora para contar el número de veces que el Derecho natural ha sido dado por muerto por los positivistas, realistas, materialistas y hombres de ciencia (FRAGA IRIBARNE, *La constitución como Ordenamiento...*, en loc. cit., págs. 57 y 58).

(33) El fenómeno fué predicho, todavía en época positivista, por CHARMOND, *La renaissance du Droit naturel*, 1910. Claro es que, como corriente de pensamiento, aunque no dominante, la defensa del Derecho natural persiste en la literatura neotomista. Vid, en tal sentido, las apreciaciones bibliográficas sobre el tema que se contienen en el trabajo de A. DE ASÍS, *Notas sobre el sentido actual de la filosofía del Derecho*, en «Anuario de Filosofía del Derecho», t. IV, 1956, págs. 311 y sigs.

(34) *Bilancio del positivismo giuridico*, en «Discorsi Intorno al Diritto», Padova, 1953, vol. II, pág. 245.

luta y eterna impuesta por Dios a toda la creación. Esta Ley eterna no puede ser comprendida enteramente por el intelecto humano; pero informa, sin embargo, nuestro ser y se impone a nuestra conciencia, en cuanto el hombre puede participar en su conocimiento. Esta participación racional del hombre en la Ley eterna (*rationalis creatura participat eam intellectualiter et rationaliter*, según Santo Tomás) da lugar a la Ley natural. Como dice G. DEL VECCHIO, es nuestra misma racionalidad la que nos permite y nos impone reconocer esa Ley, que merece, por ello, verdaderamente, el nombre de *lex naturalis*, por su correspondencia a nuestra naturaleza. Ninguna Ley *ab hominibus inventa*, puede, por su parte, abolir aquella Ley ínsita en nuestra naturaleza. Las aberraciones del arbitrio humano pueden violarla, pero no destruir su valor ideal, que queda intacto por encima de cualquier violación posible (35).

Empero, la doctrina (clásica) del Derecho natural no es ciertamente la única instancia objetiva que puede manejarse para justificar el Derecho positivo. Es cierta la observación de RADBRUCH, de que desde sus orígenes hasta el siglo XIX «toda filosofía del Derecho era una teoría del Derecho natural». Sin embargo, hay que reconocer que tal concepción unitaria (incluso dejando de lado el distinto fundamento del Derecho natural cristiano y del racionalista) se ha quebrado en una gran medida. Como afirma PUGLIESE, el Derecho natural constituye hoy más bien un *horizonte* dentro del cual se mueve una discusión entre opiniones dispares, que una teoría o grupo de teorías (36).

De lo que se puede hablar, por consiguiente, con toda propiedad, es de un renacimiento de la filosofía del Derecho, pudiendo afirmarse que cualesquiera que sean los distintos puntos de partida filosóficos o religiosos, todas las tendencias plantean una serie de cuestiones relativas a la problemática del Derecho entre las que necesariamente se encuentra la relativa al fundamento del Derecho positivo (37).

(35) G. DEL VECCHIO, *Mutabilidad y eternidad del Derecho*, en «Anuario de Filosofía del Derecho», t. III, 1955, págs. 4 a 6. Este trabajo apareció en su versión italiana en la Rev. «Ius», Milano, marzo de 1954.

Entre nosotros, ALVARO D'ORS da la siguiente definición del Derecho natural: «Entiendo por Derecho natural aquel Orden jurídico de origen divino que viene admitido por la tradición de la Iglesia Católica». «En él tenemos un orden para contrastar el Orden jurídico real, y allí donde aquel Orden superior aparezca infringido por lo vigente o lo positivo diremos que éste contiene una norma injusta» (*Principios para una teoría realista del Derecho*, en «Anuario de Filosofía del Derecho», t. I, 1953, pág. 224). Como se ve, el elemento racional desaparece aquí.

(36) *Consideraciones sobre el problema del Derecho*, en loc. cit., pág. 209.

(37) FECHNER señala las siguientes cuestiones fundamentales como propias de la filosofía del Derecho actual: 1) la cuestión del fundamento del Derecho positivo: ¿reposa sobre normas eternamente válidas o sobre formulaciones humanas voluntarias?; 2) la

Este fundamento se ha buscado por distintas direcciones, entre las que cabe referirse a la «naturaleza de la cosa» (*Natur der Sache*), a la teoría de los valores y al «humanismo de la persona». Por lo que a la «naturaleza de la cosa» se refiere, indica la cosa contemplada objetivamente (FECHNER expone el ejemplo de la inmovilidad de un terreno), lo cual viene a coincidir con los llamados factores reales del Derecho. Por su parte, la filosofía de los valores tiene una larga historia que va desde la *Ética a Nicómaco* hasta los escritos de MAX SCHELER y NICOLAI HARTMANN. Finalmente, las distintas corrientes filosóficas y por influencia del cristianismo, han llegado a constituir una cierta «imagen del hombre», cuyo valor ha penetrado en los sistemas jurídicos del mundo occidental (38).

Muchas de estas concepciones cargan ciertamente el acento en la consideración fenomenológica del Derecho, al entenderlo como fenómeno de la vida social (*als Phänomen des sozialen Lebens*). H. COING, en su *Grundzüge der Rechtsphilosophie* (Berlín, 1950) estima que este análisis del Derecho como fenómeno social es primordial, si bien da por resultado el descubrimiento de determinados conceptos éticos. Por su parte, BOBBIO va más allá, al rechazar de plano la idea del Derecho natural, lo que le obliga—al no querer identificarse con el puro empirismo sociológico—a una búsqueda amplia y detallada de los criterios de evaluación de la justicia, lo cual debe realizarse positivamente y contemplando un número cada vez mayor de organizaciones históricas en vigor; es lo que él mismo llama una *fenomenología de la justicia* (39).

Quizá en estas posturas late el deseo de suplir una pretendida insuficiencia histórica del Derecho natural, haciendo renacer contra el mismo la clásica objeción de la imposible adecuación de unos principios eternos e inmutables con las variadas exigencias de las tan distintas sociedades humanas. Es conocido, sin embargo, el extraordinario esfuerzo que

causa del Derecho natural: ¿se funda en la razón, sobre un orden objetivo de valores o sobre la voluntad y sabiduría de Dios?; 3) posibilidad de reconocer los principios jurídicos superiores: ¿revelación divina, conocimiento humano o sensibilidad y comprensión especial de los valores?; 4) la dependencia sociológica del Derecho: incluso existiendo principios jurídicos eternos, ¿qué factores provocan la diferenciación del Derecho en el tiempo y el espacio?; 5) carácter formal o de fondo de los principios superiores: ¿se trata de reglas formales o de directivas cuyo fondo está determinado por la acción de los juristas?; 6) respeto por el Juez de los principios superiores: ¿obligan al Juez incluso si el Derecho positivo les contradice? (*La fonction actuelle de la philosophie du Droit en Allemagne*, en «Methode Sociologique et Droit», París, 1958, pág. 34).

(38) PUGLIESE, en loc. cit., págs. 219 y sigs.

(39) BOBBIO, *La fonction actuelle de la philosophie du Droit en Italie*, en «Methode Sociologique et Droit», cit., pág. 26.

el iusnaturalismo cristiano realizó para resolver cumplidamente tal problema. En la formulación de SUÁREZ se ofrece ya debidamente matizado este Derecho natural invariable en la forma y variable en los accidentes (40). G. DEL VECCHIO—quien se declara, no obstante su conocida filiación iusnaturalista, discípulo de J. KOHLER, una de cuyas obras lleva el significativo título de *Das Recht als Kulturerscheinung*—rechaza el reproche de «falta de sentido histórico», recordando expresamente los muchos ejemplos en que la relatividad del Derecho se manifiesta. Mas la única consecuencia lícita que de aquí puede deducirse es la de que los principios del Derecho natural deben adaptarse «*et secundum personas, et secundum negotia, et secundum tempora*» (41).

B) *Las exigencias de la realidad.*

A la pregunta relativa a cuál es el grado de dependencia sociológica del Derecho se puede responder, como se ha visto, desde el terreno del Derecho natural admitiendo que la existencia de principios jurídicos eternos o suprapositivos no es obstáculo para que los factores sociológicos produzcan una diferenciación del Derecho en el tiempo y en el espacio. Empero, cabe también una respuesta rigurosamente antiiusnaturalista que subordine totalmente la idea de lo jurídico a los mencionados factores sociológicos. Se produce entonces una forma de positivismo que se ha manifestado, entre otras, en corrientes como la de la «jurisprudencia sociológica» y el «realismo jurídico». Ambas son típicas del pensamiento jurídico norteamericano (42).

Lo fundamental es aquí, pues, la dependencia del Derecho respecto de la sociedad: bien por entender que la norma jurídica ha de ser necesariamente descubierta a través de la observación de los hechos sociales, bien por concebir el Derecho como una especie de «ingeniería del bienestar social». Obsérvese, no obstante, cómo en este último caso los papeles se tornan, y el Derecho vuelve a recobrar su carácter de norma *impuesta* y no de mera norma *deducida* (43). Con todo, la vigencia del

(40) J. CASAMAYO, *La mutabilidad del Derecho natural en Suárez*, Madrid, 1949.

(41) *Mutabilidad y eternidad del Derecho*, en loc. cit., pág. 9.

(42) A. GIULIANI, *Los presupuestos de la filosofía del Derecho norteamericana*, en «Anuario de Filosofía del Derecho», t. IV, 1956, págs. 255 y sigs.

(43) GIULIANI señala, por eso que de esta manera el realismo jurídico viene a darnos una nueva versión del Derecho natural; en lucha contra el iusnaturalismo, se ha servido de los mismos instrumentos y de las mismas armas: la referencia a una Ley más elevada. Con todo, si el realismo nos ha dado varios principios regulares normativos (hablándonos, por ejemplo, de eficacia del Derecho, de control social y de Estado dispensador de servicios), ha terminado por perder el punto de vista del Derecho (loc. cit., pág. 301).

método sociológico sigue jugando su papel: una adhesión indiscriminada—ha señalado en sentido crítico FULLER—al punto de vista de la conducta (*behavioristic approach*) lleva a la conclusión errónea de que las normas pueden ser inducidas directamente de la regularidad de la conducta, y que allí donde se encuentra un «modelo de conducta» (*behavior pattern*) se encuentra necesariamente la norma de decisión definitiva.

Cabalmente por esto, las disciplinas jurídicas de mayor tradición formalista, como el Derecho civil, han manifestado su repugnancia e incompatibilidad con el método sociológico. La sociología jurídica, ha dicho CARBONNIER, que hubiese podido ser un terreno de encuentro entre sociólogos y juristas, ha sido, en cambio, el terreno de sus desconfianzas recíprocas (44). No obstante, el entendimiento con el Derecho público puede resultar más fácil. La consideración del Derecho como una «ciencia del bienestar social» se acomoda en cierta medida al Derecho administrativo de la etapa del *welfare state*, e incluso entronca con la mejor tradición de la ciencia de la Policía europea (*Polizeiwissenschaft*). Por otra parte, la sociología sirve para recordar que no puede fundarse nada durable, sobre todo en las ciencias morales, sin observación y experiencia.

Es evidente, empero, que lo rechazable del realismo sociológico es el carácter unilateral con que aborda el estudio de los hechos sociales como fuente única del Derecho. La norma, dice BATIFFOL, no deja de tener vínculos con los hechos, pero no se confunde en absoluto con ellos. Es más difícil, pero más útil, intentar caracterizar este vínculo que negarlo o eludir el problema afirmando una identidad contraria a la experiencia. Esta complejidad explica que el historiador pueda asignar a la evolución del Derecho causas sociales. Su acción es innegable. Pero un análisis más profundo hace siempre aparecer que la evolución ha comportado intervenciones deliberadas cuyos autores han realizado juicios de valor: la libertad humana se ejerce en un ambiente social que la condiciona a menudo estrechamente, pero no por ello deja de existir (45). Esta observación de que para saltar del hecho a la norma es necesario atravesar el tamiz de un juicio de valor, es subrayada fre-

(44) Los sociólogos, añade CARBONNIER, tienen la imagen de los juristas exegetas; en cambio, el jurista echa en cara al sociólogo su falta de tecnicismo al manejar conceptos jurídicos (*La méthode sociologique dans les études du Droit contemporain*, en «Méthode Sociologique et Droit», cit., pág. 191).

(45) BATIFFOL, *La méthode sociologique dans les études du Droit contemporain*, en loc. cit., pág. 187. Vid. también del mismo *Aspects philosophiques du Droit international privé*, 1956.

cuentemente por los juristas. Si el *Rapport Kinsey*—y es éste uno de los argumentos más efectistas que se han manejado—llega a la conclusión de que la mayor parte de los maridos son infieles, no por ello hay razón de Derecho para permitir la poligamia. Es sabido que DURKHEIM realizó un considerable esfuerzo para no aceptar como reglas jurídicas determinados hechos sociales, partiendo de la distinción entre lo normal y lo patológico. Ahora bien, observa CARBONNIER, ¿no es esto reintroducir los juicios de valor? La objeción es clásica y no vale solamente contra DURKHEIM (46).

Por consiguiente, hay que llegar a la conclusión de que la realidad social condiciona el Derecho, en cuanto éste debe tener en cuenta sus exigencias y consecuencias; pero en el bien entendido de que no puede admitirse la confusión entre los hechos sociales y las normas jurídicas. Una estadística bien hecha puede servir, indudablemente, de elemento de juicio para el legislador, pero éste no cumpliría con las responsabilidades propias de su función si se limitase a convertir en principios legales los resultados de aquélla. No olvidemos que son las propias investigaciones sociológicas las que han terminado, a través del examen de los hechos ¡por descubrir el Derecho como cosa distinta!

C) *La ciencia jurídica.*

El tercero de los factores que condicionan la actividad normativa está representado por una relativa servidumbre que pesa sobre el legislador con respecto a la «ciencia jurídica» (47).

No debe extrañar en absoluto que desde siempre la lógica haya sido conscientemente utilizada por los juristas para alcanzar un conocimiento científico del Derecho. Y no sólo, como ha observado LECAZ LACAMBRA, en el sentido de que hayan pensado «con lógica»—lo cual lo ha hecho siempre el hombre, incluso desde antes de que la bautizase Aristóteles—, sino que se ha reconocido expresamente una lógica jurídica, o, al menos, la utilización de reglas lógicas específicas para la solución de cuestiones jurídicas: el Derecho ha podido calificarse así como un *ars solvendi antinomias* (48). La obra de los glosadores se caracterizó por ser «un grandioso ejercicio lógico aplicado a la discriminación de

(46) CARBONNIER, Op. cit., pág. 195.

(47) No entramos aquí en la vexata questio de si el Derecho reúne realmente la dignidad de ciencia. Nos limitamos a dar por supuesta la existencia de un sistema de conceptos, técnicamente elaborados, sin cuya posesión se hace imposible, o al menos sumamente difícil, el manejo del Derecho positivo.

(48) LECAZ, *La lógica como posibilidad del pensamiento jurídico*, en «Anuario de Filosofía del Derecho», t. V, 1957.

distinciones y la composición de *antinomias*, siguiendo las reglas de la silogística aristotélica y aplicando los conceptos científicos fundamentales representados por la escolástica» (49). He aquí, pues, cómo con los glosadores se inicia ya la jurisprudencia conceptualista. Generalizando hasta el máximo los conceptos del Derecho romano, llegaron a construir un sistema aplicable a las nuevas necesidades y a los diversos países. No se trata tanto de un sistema objetivo basado en la *lex naturalis*, cuanto en las inducciones y deducciones de su razón natural. En frase de GÓMEZ ARBOLEYA, se terminó así por «dominar la Historia desde fuera» (50).

La dogmática jurídica del siglo XIX completa, bajo un clima general de positivismo jurídico que no puede ser olvidado, el sistema conceptualista. Después de seiscientos años de esta clase de trabajos, los pandectistas alemanes arrumban toda preocupación por lo «justo por naturaleza» para sustituirlo por lo «justo legal». Hay aquí, ciertamente, una pretensión antifilosófica de sustituir los principios iusnaturalistas por una ciencia jurídico-positiva, concebida como la forma más alta de especulación filosófico-jurídica. En este sentido afirmaba IHERING que la filosofía iusnaturalista no podía rivalizar con la dogmática jurídica (51).

La consecuencia extremista del conceptualismo es que terminó por romper las ligaduras que deben atar al Derecho con la realidad y con la justicia. Cabalmente en esto se apoyó la crítica que, desde distintos ángulos, se le hizo en la última parte del siglo XIX y que justificó las tendencias de la jurisprudencia finalista y de intereses, del Derecho libre y del sociologismo (52).

Con todo, el formalismo de la dogmática jurídica se atenúa notablemente si se tiene en cuenta su doble tradición filosófica y científica. Se percibe así una cierta conexión entre los conceptos elaborados por la dogmática y los propios del iusnaturalismo, al menos en su versión racionalista del siglo XVIII. Esto ocurre, por ejemplo, en relación con el concepto de derecho subjetivo; y, a propósito de la teoría del negocio jurídico, STOLFI ha llamado la atención sobre «la sorprendente concordancia de pensamiento entre filósofos y juristas» (53).

(49) LEGAZ, loc. cit., pág. 56.

(50) *Supuestos cardinales de la ciencia jurídica moderna*, en «Revista de Estudios Políticos», núm. 54, 1950, pág. 62.

(51) Estudio dogmático viene a significar tanto como investigación de principios lógicos fijos e inalterables y, por tanto, estudio formal del Derecho (GIULIANI, *¿Ciencia o técnica del Derecho?*, en «Anuario de Filosofía del Derecho», t. III, 1955, pág. 246).

(52) BAUMCARTEN, *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*, Berna, 1939, pág. 52.

(53) GIULIANI, en loc. cit., pág. 247.

En términos generales, puede decirse que el condicionamiento de la producción del Derecho que ahora nos ocupa ofrece una doble vertiente. En primer lugar, se trata de una sumisión a la lógica y, más concretamente, a la lógica jurídica: se trata de una dependencia del legislador con respecto a las «formas» generales del pensamiento jurídico. En este sentido, dice LEGAZ, cabe decir que el Orden jurídico constituye un sistema lógico, en cuanto que hay una lógica anterior al legislador que decide lo que éste no puede hacer Ley: pues no puede ser Ley, simultáneamente y por obra de la misma voluntad, algo y su contrario, y no es en el Orden jurídico mismo, sino entre los textos, donde hay o puede haber contradicciones, aun cuando el principio de la *lex posterior* constituya el límite lógico de la producción del Derecho (54). El imposible lógico no puede producir efectos jurídicos (55).

En segundo lugar, hay una subordinación a la técnica jurídica. El legislador no debe, por vía legal, dar definiciones ni adelantar calificaciones jurídicas; pero si lo hace, debe hacerlo con rigor técnico. Hay un valor entendido de los conceptos jurídicos que debe conocer, como parte integrante de su oficio, sobre todo si hace uso de ellos. Así, si concede la personalidad jurídica a un determinado organismo, entidad o agrupación, debe conocer que ello entraña, de suyo, unas consecuencias jurídicas, que muy bien pudieran no ser las por él queridas. Lo mismo puede decirse si se configura legalmente como contractual la relación que existe entre la Administración y sus funcionarios.

Ahora bien, la gran importancia de la ciencia jurídica se manifiesta con más evidencia en el momento de la interpretación del Derecho que en el de su producción.

IV. EL MÉTODO DE INTERPRETACIÓN DEL DERECHO ESTABLECIDO.

Cuando se aborda el problema del método jurídico no se suele tener en cuenta que con la palabra «método» se alude a una idea medial que está, por consiguiente, en función de la finalidad que con él se persigue. Son fundamentalmente dos las finalidades que puede proponerse el jurista: la estructuración de un sistema científico, que resulte de la adecuada ordenación de los conceptos propios de la disciplina que inves-

(54) LEGAZ LACAMBRA, *El problema de la lógica jurídica en algunas obras recientes*, en «Anuario de Filosofía del Derecho», t II, 1954, pág. 300.

(55) La vigente Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 enumera en su artículo 47, los actos de la Administración nulos de pleno Derecho, entre ellos: «b) aquellos cuyo contenido sea imposible...».

tiga, y la interpretación de la Ley, o descubrimiento de su significado, con miras a la resolución de casos concretos. Cuando se habla, por ejemplo, de que el Derecho administrativo ha de construirse de acuerdo con el *método jurídico*—y la discusión se planteó, efectivamente, en la literatura administrativista de los diversos países en el último tercio del siglo XIX (56)—se está aludiendo claramente a la primera de las citadas finalidades, es decir, al método de elaboración científica. Aquí, en cambio, el problema que ahora nos interesa se refiere al método de interpretación. Esto nos allana considerablemente el camino, ya que anteriormente nos hemos ocupado de precisar cuál ha de ser el «objeto de la interpretación»: un Ordenamiento jurídico, constituido principalmente por *Leyes escritas*. La prioridad de la Ley escrita sobre cualquier otra fuente del Derecho determina rigurosamente la postura del intérprete. Resulta secundario—aunque no esté falto de consecuencias—el hecho de que tales Leyes se encuentren o no codificadas, de que su búsqueda sea fácil y su redacción clara, o que, por el contrario, el intérprete pueda gozar de una mayor libertad ante la complejidad y dificultad de los textos. En cualquier caso, y esto es lo que nos interesa subrayar ahora, el principio del Derecho escrito postula un tipo de intérprete-exegeta.

Al igual que cuando antes hacíamos la defensa del Estado de Derecho formal, conocemos la responsabilidad que ahora asumimos al tomar la defensa de una postura aparentemente desacreditada y que nosotros mismos hemos condenado *expressis verbis* en anterior ocasión. Empero, si la doctrina científica se tomase la molestia de asomarse con más frecuencia a la realidad a la hora de elaborar sus construcciones, posiblemente descubriría con estupor que la exégesis es la única forma lícita de razonar admitida por los Tribunales y en cualquier sector en que se manifieste la práctica del Derecho.

Ahora bien, la interpretación exegetica de la Ley puede conducir a resultados distintos que dependen no tanto del método elegido, cuanto de las posibilidades mismas del intérprete. Surgen así una serie de matices que van desde el «leguleyismo» hasta una interpretación de la Ley acorde con el trasfondo de principios que inspiran el Ordenamiento jurídico dentro del que el intérprete se mueve. Si se entiende que esto no responde exactamente al concepto de exégesis, ello sería, en definitiva, una mera cuestión terminológica.

(56) Sobre la recepción del método jurídico en el campo del Derecho público, vid. nuestro *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I, 1958, págs. 148 y sigs.

Interesa, por eso, señalar las reglas que lícitamente pueden informar toda auténtica interpretación exegética. A la vista de ellas se deduce que los principios de la exegética tradicional, tal como ha sido propuesta por los civilistas—interpretación gramatical, lógica y sistemática—, se concretan con unas consideraciones peculiares que cobran un valor especial en relación con el Derecho administrativo (57); tales consideraciones pueden resumirse diciendo que la interpretación (exegética) del Derecho administrativo ha de hacerse en consonancia con: 1.º, los principios político-jurídicos que informan el Ordenamiento positivo; 2.º, la noción de interés público, y 3.º, a falta de precepto positivo expreso, los principios del Derecho natural.

a) La remisión a los principios del Ordenamiento jurídico vigente—tomado así en su conjunto—no es sólo una regla de interpretación que está implícita en la buena hermenéutica tradicional, sino que constituye una exigencia expresa en nuestro Derecho administrativo positivo. El artículo 83, número 2, de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-ad-

(57) No parece necesario insistir en que aquí no nos proponemos un análisis de la teoría de la interpretación exegética (cuyos elementos, por lo demás, serían aplicables a la teoría de la interpretación del negocio jurídico). Basta simplemente con que observemos que éste es, ante todo, un problema de lógica, o, si se quiere (y no obstante la afirmación de Kelsen, supremo representante del formalismo jurídico, de que para él no existe más lógica que la de Aristóteles), de *lógica jurídica*. Como ha dicho LEGAZ LACAMBRA, frente a la *lógica pura*, que es, naturalmente, el supuesto de cualquier *lógica particular*, existen las «*lógicas regionales*», una de las cuales es la *lógica jurídica* (*El problema de la lógica jurídica...*, en loc. cit., pág. 337). L. J. LOEVINGER (en *Una introducción a la lógica jurídica*, trad. esp., Barcelona, 1954) observa que para los juristas la *lógica* sólo ha significado el razonamiento por medio del tradicional sistema aristotélico, pensándose que la *lógica* se respeta cuando la aplicación de las reglas de Derecho se realiza en forma que intuitivamente se entiende como correcta. Pero los juristas apenas se han enterado de que en el pensamiento moderno la *lógica* ha progresado mucho más allá de la simple dicotomía silogismo-juicio intuitivo. Por de pronto, la *lógica* moderna se ha desarrollado en una *dirección «simbólica»*; lo que significa el uso, en *lógica* como en matemáticas, de símbolos que no tienen un significado específico. En lugar de proposiciones nos encontramos ante una especie de álgebra. Por otra parte, hay que llamar la atención sobre la importancia que cobra la «*teoría de las probabilidades*» y la *estadística*.

BOBBIO afirma, por su parte, que la llamada disputa de los métodos—jurisprudencia conceptual o jurisprudencia de intereses, interpretación declarativa o creadora—está en trance de morir. «Hoy—dice—el problema más serio en este dominio no es tanto el de proponer nuevas maneras de interpretar la Ley, sino estudiar los procedimientos intelectuales efectivamente utilizados por el legislador para definir las normas, por el jurista y por el Juez para aplicarlas, fundándose en los nuevos instrumentos preparados por la *lógica simbólica*, así como los juristas de la Edad Media lo habían estudiado ayudándose de la *lógica clásica*. Se trata de un estudio amplio y objetivo, verdadero arsenal lógico de los juristas, que debe tener por fin el enriquecimiento de este capítulo de la filosofía del Derecho, generalmente abandonada, que es la *lógica legal* (*La fonction actuelle de la philosophie du Droit en Italie*, cit., págs. 26 y 27).

ministrativa de 27 de diciembre de 1956, dice: «La sentencia estimará el recurso contencioso-administrativo cuando el acto o la disposición incurriere en *cualquier forma de infracción del Ordenamiento jurídico...*» Y este precepto debe entenderse en relación con lo que se dice en la Exposición de Motivos de la propia Ley que «... refiere la conformidad o disconformidad del acto genéricamente al Derecho, al Ordenamiento jurídico, por entender que reconducirla simplemente a las Leyes equivale a incurrir en un positivismo superado y a olvidar que lo jurídico no se encierra y circunscribe a las disposiciones escritas, sino que se extiende a los principios y a la normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones».

No es necesario advertir que los principios del Ordenamiento jurídico aquí invocados tienen—no obstante el «positivismo superado» de que blasona el legislador—un indudable carácter *positivo*. No se trata, por consiguiente, de los principios del Derecho natural, sino de aquellos principios que, sin aparecer expresamente escritos, están en la base de un Ordenamiento positivo determinado. Se trata de reglas no escritas de Derecho que responden a la lógica del sistema y a los principios que lo informan y que, por tanto, son independientes respecto al Derecho natural, puesto que están condicionadas por los propios supuestos del sistema positivo que se contempla, el cual puede coincidir, y puede no coincidir, con las exigencias del Derecho natural (58).

Cabe preguntarse, claro es, si el descubrimiento y consiguiente interpretación de los tales principios puede lograrse a través del método exegético. Obsérvese, ante todo, que la expresión Ordenamiento jurídico, tal como aquí es entendida, incluye un complejo normativo con sectores codificados o cuasicodificados (59) que coexisten con otros regidos por disposiciones escasas, confusas e incluso contradictorias. Es evidente que la situación del intérprete no es la misma en uno y otro caso; pero quizá fuese ir demasiado lejos si se afirmase que las reglas de la exégesis pierden su utilidad. En definitiva, el apoyo último de cualquier suerte de consideraciones elaboradas sobre principios generales, habrá de encontrarse en un texto expreso del Derecho positivo. Todo jurista que conozca la vida práctica del Derecho estará de acuerdo con nosotros si afirmamos que la mejor defensa de cualquier tesis

(58) Para una más amplia discusión sobre este tema, nos remitimos a nuestro *Tratado...*, cit., I, págs. 267 y sigs.

(59) Estas comienzan ya a ser importantes en nuestro Derecho administrativo. Piénsese, por ejemplo, en las Leyes de Régimen Jurídico, Procedimiento Administrativo, Jurisdicción Contencioso-administrativa, Expropiación Forzosa, Régimen Local, etc.

jurídica (prescindimos, naturalmente, de las cuestiones *de lege ferenda*) está siempre en encontrar una disposición—incluso de rango secundario—que coincida con ella.

Empero, estaría equivocado quien dedujese de aquí una propuesta de interpretación *ad pedem literae*; pues, por el contrario, entendemos que es imposible lograr el significado de una Ley—es decir, interpretarla—sin tener en cuenta las conexiones de todo orden que el legislador hubo de considerar al dictarla, así como el conflicto de intereses que vino a resolver.

b) Lo que acaba de decirse apunta a la segunda de las reglas que deben ser tenidas en cuenta en la interpretación del Derecho. Toda norma jurídica se dicta ciertamente para resolver *posibles conflictos de intereses*. La solución arbitrada por el legislador sirve entonces de pauta ejemplar que se impone al intérprete, no como simple regla de analogía (entendida ésta en su estricto sentido de aplicación a un supuesto huérfano de regulación legal de norma dictada para caso semejante), sino más aún, como principio inspirador de su función interpretativa.

Esto, que es obvio y está en la base de toda jurisprudencia finalista o teleológica, adquiere una significación especial en Derecho administrativo. Pues aquí el conflicto de intereses, que en el Derecho privado suele ser variable de caso a caso (60), se tipifica en la oposición interés público-interés privado. Además, el resultado del mismo está de antemano previsto, por cuanto, por definición, el Derecho administrativo justifica su especialidad cabalmente en un sistema de medidas para asegurar el interés público o, si se quiere (utilizando la terminología de una etapa que comienza a estar superada), el funcionamiento de los servicios públicos. En este sentido hay que entender nuestra afirmación de que la interpretación de esta disciplina jurídica está inspirada en una «jurisprudencia de intereses» y que la idea de servicio público juega aquí un papel de *standard* interpretativo (61).

Quizá sea así como la insuficiencia del método exegético pueda parecer probada; pues interpretar el Derecho administrativo en función de una idea de suyo tan contingente e históricamente variable como es la de interés público, supone prácticamente venir a coincidir con las crí-

(60) Así, el interés del comprador frente al del vendedor, el del inquilino frente al propietario, el del testador frente al de sus descendientes legítimos, etc.

(61) Esta idea la hemos reiterado ya en anteriores trabajos (*Sobre el Derecho administrativo y sus ideas cardinales*, en el núm. 7 de esta REVISTA, 1952, págs. 44 a 46, y en *Las transformaciones del régimen administrativo*, Madrid, 1954, págs. 78 a 85). A las objeciones que se nos han hecho, especialmente por GARCÍA DE ENTERRÍA y GONZÁLEZ PÉREZ, contestamos en nuestro *Tratado...*, I, cit., págs. 158 y sigs.

ticas que F. GENY hizo al método exegético. Entendemos, sin embargo, que todas éstas son correcciones que no desvirtúan la idea radical de la exégesis, a saber: que el intérprete ha de considerarse a sí mismo en una situación de subordinación con respecto a la Ley escrita, o, lo que es lo mismo, que el intérprete no es legislador y ha de admitir consiguientemente la Ley, le guste o no le guste.

Con todo, el Derecho administrativo viene a hacer posible una figura de exegeta que desborda los moldes tradicionales ofrecidos por el Derecho civil; pues, al no tomarse el legislador muchas veces la molestia de definir exactamente en qué consiste el interés público, termina por poner en sus manos la posibilidad de actuar de acuerdo con sus convicciones personales. He aquí por qué tan frecuentemente la jurisprudencia—y la función interpretativa en general—administrativa abandona el seco formalismo de la lógica jurídica para entrar en un terreno en el que predomina la valoración de los contenidos.

c) Los llamados principios generales del Derecho pueden ser entendidos en dos distintas acepciones: 1.ª, como los principios que informan un Ordenamiento jurídico positivo, y 2.ª, como los principios del Derecho natural que *deben* inspirar todo Ordenamiento positivo.

Por lo que se refiere a la primera acepción, ya hemos señalado la función que desempeñan en la interpretación jurídica (62). En su segunda acepción, en cambio, plantean el problema, a la vista de lo que se dice en el artículo 6.º del Código Civil, de la aplicabilidad directa o subsidiaria del Derecho natural.

Frente a posturas muy calificadas (63), hemos mantenido en otra ocasión (64) el carácter subsidiario del Derecho natural desde el punto de vista de la aplicación positiva del Derecho: sólo a falta de Ley escrita y de costumbre del lugar son aplicables en nuestro Derecho positivo los principios generales del Derecho entendidos, como quiere DE CASTRO, como una apelación al Derecho natural.

Ahora bien, si antes hemos dicho que la idea de interés público constituye un recurso lícito—y obligado—en la interpretación del Derecho administrativo, el argumento vale *a fortiori* (y, además, es válido respecto de cualquier rama del Derecho) cuando se trata del Derecho

(62) Vid. asimismo CLAVERO ARÉVALO, *Los principios generales del Derecho y las lagunas del Ordenamiento administrativo*, en el núm. 7 de esta REVISTA, 1952.

(63) F. DE CASTRO, *Derecho civil*, I, págs. 341 y sigs.; y, en cierto sentido, GONZÁLEZ PÉREZ, *El método en el Derecho administrativo*, en el núm. 22 de esta REVISTA, 1957, páginas 44 y sigs.

(64) *Tratado...*, cit., I, págs. 264 y sigs.

natural. No es un contrasentido afirmar simultáneamente el valor excluyente del Derecho positivo y la *presunción* de que el legislador ha querido ser un honesto intérprete de la Ley natural. La brecha por donde se hace posible la entrada del Derecho natural queda así abierta, no a través de la teoría de las fuentes del Derecho, sino a través del método de interpretación. No son así aislados los casos en que la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo ha invocado los principios generales del Derecho para fundamentar sus decisiones; pues, entendidos como principios del Derecho natural pueden significar un último reducto al que el Juez puede jurídicamente acogerse en el trance de cumplir con su obligación de sentenciar. Ahora bien, de nuevo hemos de insistir en la idea previamente expuesta: si existe una Ley positiva contraria a lo que el Juez (o el administrador) estime ser un principio de Derecho natural, no tiene más remedio—en nuestro sistema vigente—que aplicar la Ley y olvidarse del principio.