

HERMENÉUTICA Y NARRATIVISMO JURÍDICO: UNA APROXIMACIÓN AL PROBLEMA DEL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD DE LOS PODERES PÚBLICOS.*

Alberto Ruiz Ojeda. Universidad de Málaga.

El lugar es Jena. Corría una día del mes de abril de 1806. El flamante catedrático de Filosofía Moral F. Hegel, se asoma a uno de los balcones de su casa para ver pasar a Napoleón, que entra triunfante en la ciudad al frente de sus tropas. En una carta a un amigo, fechada en ese mismo año, Hegel escribe:

“He visto al Emperador, esta alma del mundo (*Weltseele*), cabalgar a través de la ciudad. Se experimenta ciertamente un sentimiento prodigioso al ver a semejante individuo que, corriendo aquí, en un punto, montado sobre un caballo, abraza al mundo y lo domina. En cuanto a los prusianos, todo parecía inclinarse a su favor; la victoria de los franceses ha sido mérito exclusivo de este hombre extraordinario, que es imposible no admirar”.

La referencia a Napoleón como “alma del mundo” alcanza su plenitud de sentido si se toma en consideración el contexto filosófico hegeliano: el periodo de Jena, que culmina con la *Fenomenología del Espíritu*. La consecuencia es clara: Napoleón es el Espíritu subjetivo (alma) que da sentido al Espíritu objetivo, que constituye el Derecho y la Política como órdenes de lo social y que resumen, según Hegel, toda la moralidad. Y así andamos desde entonces, bebiendo una vez y otra, para la gestión cotidiana de los asuntos sociales, del venero institucional abierto por quien fue finalmente derrotado en los campos de batalla pero exaltado e inmortalizado moralmente por la mayor lumbrera intelectual de las tres últimas centurias. El Estado es, para gran parte de los europeos, algo muy especial; su superioridad moral es indiscutible y, aunque tal percepción sea contraria a la evidencia histórica, nos cuesta aceptar que no haya existido desde siempre y que, precisamente por esto, pueda no existir en algún momento. Pensar en el Estado en términos de instrumentalidad es, en unas condiciones tales, algo demasiado difícil. Podríamos decir que se trata, siguiendo las reflexiones de García de Enterría, de una *concepción metafísica* del Estado, transida de un hilemorfismo donde se suceden históricamente materias primas diversas animadas por una misma forma sustancial: la consistencia institucional del Estado es históricamente contingente, pero permanece inalterable su ser mismo. El objetivo es estrictamente moral o, por mejor decir, escatológico: satisfacer

* Con mi agradecimiento más sincero al Profesor Jorge Vicente Arregui, cuya amistad me obliga, entre otras cosas, a una reflexión más honda y serena de los *prima principia* del oficio jurídico.

permanentemente la necesidad de hacer del hombre una *criatura nueva*, de recrear a los individuos viles y egoístas en buenos ciudadanos, miembros vivos del *paradise sur la terre*.

Nos encontramos en un huerto con endemismos propios que suele denominarse Derecho administrativo, endemismos que adquieren la hechura de conceptos y, por tanto, de palabras. En ningún lugar de la geografía intelectual fue más cierto que en éste que las palabras no siguen al pensamiento sino que lo preceden. El Derecho administrativo se ha dedicado a producir palabras que anteponen a nuestra comprensión el sentido que autónomamente incorporan. La aproximación al problema del control de la discrecionalidad de los poderes públicos —esencia primigenia del Derecho administrativo— se centra en un debate amañado por las palabras. Pretendemos ofrecer aquí una reflexión que tiene, en buena medida, el alcance de una petición de principios.

1. La dicotomía entre sujeto y objeto: la hermenéutica como superación.

Fue Kaufmann quien dirigió uno de los ataques más incisivos contra la invasión del cientifismo en el Derecho y su más directa consecuencia: la dicotomía inseparable entre sujeto y objeto. “Las dos preguntas fundamentales —dice Kaufmann— de la filosofía del derecho son: 1ª) qué es el derecho justo y 2ª) como lo reconocemos, es decir, cómo realizamos el derecho justo. Ambas convergen en la cuestión de la justicia como criterio valorativo del derecho positivo, ya que la justicia tiene que ser, por lo menos, valorativa, si no queremos caer en escepticismo estéril interpretándola —a la manera de Kelsen¹ y Topitsch— como mera ‘fórmula vacía’ o —a la de Luhmann— como un vacío símbolo de buenas intenciones”². Durante mucho tiempo se creyó —esta es la crítica principal— que las preguntas por el qué de la justicia y el cómo de su conocimiento se podían plantear y contestar completamente separadas la una de la otra. El derecho justo —o sea, la justicia, fuera lo que fuese— se presentaba como un objeto sustancial que se opone a nuestro pensamiento y ha de ser captado por el sujeto en su pura calidad de ser-en-sí, sin mezclarlo con ningún elemento subjetivo. “Según este planteamiento, el problema del conocimiento se reduce a la simple reproducción del objeto en la conciencia. Tal fue el ideal de la ciencia en la época moderna, orientado por el modelo de las ciencias naturales exactas”³. El tiempo ha demostrado que ese paradigma no es posible ni siquiera en las ciencias naturales.

¹ Una de las críticas más completas de la filosofía del Derecho de Kelsen puede encontrarse en el libro de C.J. Errazuriz Mackenna, *La teoría pura del Derecho de Hans Kelsen. Visión crítica*, Eunsá, Pamplona 1986, 602 pp.: especial interés tiene el epígrafe 6 del Capítulo II, pp. 84 y ss., sobre una crítica al relativismo kelseniano.

² A. Kaufmann, “Teoría de la justicia. Un ensayo histórico-problemático”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 25, Granada 1985, p. 37. En este mismo sentido, comenta García de Enterría: “El descrédito que la idea de un Derecho natural tiene con frecuencia para los juristas positivos viene justamente de una pretensión ‘axiomatizante’ de este carácter. El Derecho natural sigue siendo virtual en una estructura fragmentaria o tópica del Derecho, pero sin destruir esta estructura, sino insertándose precisamente en ella. Si el Derecho natural, como todo el orden ético, no es un sistema dado de una vez por todas, sino que ha de ser ‘buscado’, descubierto, resulta simple comprender que los topoi en que se concentra la experiencia jurídica han de ser normalmente los puntos de condensación del mundo de valores superiores que en el Derecho viven, los ‘lugares’ donde únicamente pueden descubrirse su virtualidad y su exigencia operativa. Ello lleva a concretar el Derecho natural no, repetimos, en un orden abstracto, lejano, evanescente, de preceptos o de directivas, sino en unos ‘principios generales del Derecho’ perfectamente singulares y específicos, operantes en ámbitos problemáticos concretos, así como también positivados, a través de unas u otras formas, y no perdidos en la imprecisión, y mucho menos en la formulación de las famosas buenas intenciones” (Prólogo a la obra de Theodor Viehweg *Tópica y jurisprudencia*, Taurus, Madrid 1964, pp. 14-15).

³ Op. cit., loc. cit.

Con mayor razón aún, en las *ciencias comprensivas*, como es la ciencia del derecho, “el esquema sujeto-objeto es erróneo desde el principio. En la ciencia del derecho –y más aún en la filosofía del derecho– no existen conocimientos que no hayan sido acuñados por quienes se ocupan del derecho, y también interviene siempre (aunque no sea el único) un aspecto creador: el *conocimiento* del derecho tiene siempre algo de *conformación* del derecho. Más claro aún: el derecho material-positivo, en su forma concreta (como es dicho principalmente por los tribunales) sólo surge en el proceso de realización del derecho. Antes no existe derecho alguno en su forma real positiva. Tampoco la justicia existe más allá de los veredictos de justicia, que siempre contienen un momento racional y otro emocional. Desde esta perspectiva, el cómo de nuestro proceso de conocimiento y de nuestros juicios debe tener una importancia incomparablemente mayor que en el modelo sustancial-ontológico”⁴.

El problema del *método*, tomado en el sentido de *cómo vinculante* del conocimiento, es un problema *creado* por el cartesianismo y convertido en cuestión central de toda la gnoseología moderna. Queremos aludir con esto a la concepción de un *procedimiento* de dominación del objeto por el sujeto. La aproximación de Descartes al problema del conocimiento adquirió, en efecto, unas implicaciones hasta entonces desconocidas: la *quaestio de ponte*, el enlace entre el sujeto y el objeto, la superación del abismo gnoseológico entre el cognoscente y lo conocido terminó por colocar a este último a merced de aquél. La escolástica habló de la *adecuatio rei et intellectu* y, en consecuencia, de una cierta suerte de recíproca imbricación. El cartesianismo y sus herederos se han preocupado de diversas formas de proporcionar al sujeto esa herramienta con la que someter a los objetos que se llamamos método. A partir de Descartes, lo que hasta entonces fuera auténticamente insólito, resulta obligación omnipresente y exigencia inexcusable del rigor científico. Con frecuencia se ha llamado la atención de que la traumática separación entre *sujeto* y *objeto* plantea por sí sola la *cuestión del puente*, la construcción de un enlace racionalmente fiable entre el cognoscente y la realidad conocida. Las elaboraciones en torno al problema del método prepararán, a su vez, el terreno para la configuración del *concepto de sistema* –igualmente fundamental en la moderna filosofía de la ciencia– cuando ya no se trate de conocer la realidad, sino de transformarla. El método nos enseña de forma segura –de ahí su carácter vinculante, de disciplinador riguroso de la actividad cognoscitiva– el conocimiento de los objetos sin contaminaciones subjetivas; el sistema nos proporciona *respuestas aplicativas*. Se habla de sistema como de una entidad compleja que resulta de la adecuada integración de sus partes en la unidad sustantiva que es el propio sistema; lo que da carácter de sistema a un conjunto de elementos es su integración en una unidad de orden superior, que es *algo más* que la suma de sus elementos, es decir, la *estructura del sistema* establece la ligazón entre las partes, lo articula y hace que el comportamiento o *sentido* de las partes en el sistema sea distinto al que tendrían si se comportaran autónomamente. El sistema es, fundamentalmente, un mecanismo de tratamiento de *entradas* para generar con elevado grado de automatismo –el sistema es tanto más perfecto conforme aumenta el grado de automatismo– una *señal de salida*, una *respuesta*.

La trasposición –prácticamente en los mismos términos– de las nociones de método y de sistema al Derecho venía exigida por el rigorismo cientifista de cuño cartesiano.

⁴ Op. cit., p. 38.

La misma filosofía hermenéutica que aglutina la reacción contra el ontologismo metodológico ha invadido ya la jurisprudencia. Como agudamente ha indicado Hassemer, ha sido la crítica de lo que él mismo denomina *ideología de la subsunción* la que fue preparando en la filosofía del Derecho el tránsito hacia la hermenéutica jurídica o jurisprudencial⁵. Concebidos los ordenamientos jurídicos como auténticos sistemas por obra del ideal codificador, la subsunción proporcionaba un automatismo impecable: el caso a resolver (señal de entrada) ingresaba en el sistema (normas escritas y codificadas previamente detectadas como aplicables), para obtener directamente la sentencia (señal de salida o respuesta). Basándose en la tesis—dice Hassemer—de la subsunción, no era posible poner en movimiento la norma y el caso, ya que según ella la decisión del caso (aunque desconocida) ya estaba implicada en la norma y porque la aplicación de la norma, por consiguiente, sólo podía concebirse como despliegue de un potencial normativo ya existente; para ello no se tenía que cambiar nada, sólo concretar, actualizar y concluir. [...] La lucha de la hermenéutica jurídica contra la opinión de que la aplicación de la ley era simplemente una subsunción del caso real bajo la norma con ayuda de la conclusión deductiva, se llevó en los dos niveles en que la tesis de la subsunción creía haber encontrado la seguridad de sus conceptos jurídicos: en el nivel de la literalidad de la ley y en el de las doctrinas sobre la interpretación y argumentación. Esta tesis sólo podía derrumbarse si se lograba demostrar que *ni el lenguaje de la ley determinaba (por completo) su aplicación al caso ni que las metodologías de la interpretación y argumentación fijaban de forma unívoca cómo tenía que proceder el juez en la interpretación correspondiente*⁶. La estrecha ligazón entre método y sistema obligaba a formular una crítica que socavara ambos fundamentos.

Se está diciendo que la ley nunca puede *incluir*—como necesariamente exige la mecánica subsuntiva—su interpretación: el intérprete encuentra en la ley sólo una información incompleta para la decisión, en la cual queda directamente implicada su propia elaboración y, por ende, su personal responsabilidad⁷. La hermenéutica jurídica pone de relieve, sobre todo desde las fundamentales aportaciones de Esser, que las directrices de la metodología no se comportan de modo diferente a como, respecto al operador jurídico, lo hace la ley: no pueden eliminar los espacios de la interpretación de la ley y de la *obtención*—este término es absolutamente clave—del derecho, sino, en todo caso, estructurarlos⁸. Este es el único modo de lograr que la relación entre norma y caso real quede liberada

⁵ Cfr. W. Hassemer, "Hermenéutica y Derecho", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 25, Granada 1985, p. 71.

⁶ Op. cit., pp. 71-72.

⁷ Cfr. Hassemer, op. cit., p. 73.

⁸ Las tesis expuestas por Esser son de un gran interés. Para este autor, conviene valorar la formación de conceptos y sistemas "en su condición de acervo de principios. En este sentido, 'sistematismo' no es una arbitraria construcción geométrica, sino el encuadramiento necesariamente consecuente del individuo en su immanente vinculación a determinados problemas permanentes de un complejo problemático igualmente determinado y real [...]. Tal complejo problemático se presenta en forma sorprendentemente afín en todos los sistemas jurídicos de una misma cultura, y es enfocado y resuelto con medios sorprendentemente parecidos: he ahí la verdadera base de un derecho comparativo realista" (*Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, Bosch, Barcelona 1961, pp. 8-9). Pero sistema no debe ser identificado con el ideal codificador, es decir, con el *sistema doctrinario o teórico*; el sistema correctamente entendido consiste en una constante constatación, descubrimiento y comprobación de los principios con el problema, de forma tal que es éste y no el sistema el centro del pensamiento jurídico (cfr. op. cit., p. 9). El sistema dogmáticamente entendido, de lógica de conceptos, opera mediante el mecanismo de la *subsunción*; está claro que "todo principio, separado de su problemática original, conduce a unilateralidades y antinomias, pero no es menos verdad que la misión del sistema consiste precisamente en evitar tales rigorismos y contradicciones: el sistema establece la recta relación entre la regla y la excepción, y parte de la comprobación de que los principios—aun cuando se presenten como axiomas—sólo pueden funcionar cuando es permitido escapar de su rigor de acuerdo con la realidad objetiva" (op. cit., pp. 9-10).

de su rigidez jurídico-conceptual o categorial, para dejar abierto el camino a una siempre fructífera referencia mutua, y para ello, es necesario reconocer y aceptar que “ni la ley misma ni las reglas de la metodología podían garantizar la interpretación de la ley por sí solas”⁹. A Kaufmann le cupo el honor, como recientemente se ha reconocido¹⁰, de ofrecer una explicación correcta de la correspondencia entre *deber-ser* y *ser* como esencia del derecho y como declaración programática de la nueva hermenéutica jurídica. Brilla en todo su esplendor la idea de que tal correspondencia se fundamenta ontológicamente en la analogicidad del ser y del conocimiento mismo: la *obtención* del derecho tiene una estructura analógica, es una *adaptación* –recíproca– de caso vital y norma. Y resume Hassemer: “La relación entre norma y caso, que fue dinamizada tras el derrumbamiento de la tesis de la subsunción, se corresponde a su vez con la relación entre deber-ser y ser. La hermenéutica jurídica ve su objeto específico en estas relaciones y en la referencia mutua de las categorías de relación. A partir de ahí desarrolla su teoría de la interpretación de la ley y de la decisión del caso vital”¹¹.

Desde la perspectiva de los *valores*, la opción por un *Derecho natural concreto* se presenta como necesaria. Con él se superaría, por una parte, la ingenuidad epistemológica del tradicional pensamiento iusnaturalista abstracto y suprahistórico y, por otra, se conseguiría defender frente al positivismo la existencia de una justicia material y extralegal. Una separación entre ser y deber-ser tal vez es posible desde un punto de vista analítico, pre-hermenéutico podríamos decir, pero es una equivocación desde la perspectiva fenomenológica, pues tal separación contradice la experiencia humana de la justicia, tan larga y vieja como el hombre mismo. Sentencia Hassemer: “No es sólo la positividad la que necesita de la justicia, sino también la justicia la que necesita de la positividad. [...] Si no podía ser pensado un deber sin vinculación a casos reales (y viceversa), entonces la tarea de la filosofía jurídica consistía en elaborar la mediación entre justicia y positividad del derecho, y la tarea de la metodología jurídica consistía en desarrollar un procedimiento para la aproximación entre caso vital y norma”¹². Ese procedimiento es la *comprensión*. Vamos a ver qué debemos entender por tal.

Adelantamos que la comprensión va dirigida a procurar la unión indisoluble, fruto de una recíproca imbricación, entre norma y caso, entre deber-ser y ser. El análisis del citado Kaufmann arroja la conclusión de que “el conocimiento jurídico nunca sería el mero conocimiento de un objeto, sino que la persona que busca el derecho está siempre involucrada en el proceso de su realización”¹³. La filosofía hermenéutica fue la primera que puso de manifiesto la certeza de que el esquema sujeto-objeto no tiene ningún valor para las ciencias comprensivas. Por eso la tarea de Gadamer es fundamental para entender el pensamiento moderno: “la captación de un sentido lingüístico supone al mismo tiempo y ante todo una autocomprensión del mismo sujeto que comprende. Quien realiza el acto de la comprensión se adentra en un horizonte cognoscitivo; de ahí que la reflexión metodológica no deba limitarse al objeto, sino que ha de integrar al sujeto”. “El derecho es más bien producto de un proceso hermenéutico de despliegue y realización de sentido.

⁹ Hassemer, op. cit., p. 75.

¹⁰ Cfr. Hassemer, op. cit., p. 77, con notas a la bibliografía fundamental de Kaufmann al respecto.

¹¹ Op. cit., loc. cit.

¹² Op. cit., p. 78.

¹³ Op. cit., p. 56.

Por lo tanto, no puede existir en modo alguno una actitud objetiva del derecho al margen del proceso hermenéutico de su fijación". "La comprensión hermenéutica de un texto no es, pues, algo meramente receptivo, sino un actuar práctico, conformador"¹⁴.

Puede merecer la pena que hagamos una glosa de las aportaciones de Gadamer en el campo de la hermenéutica filosófica, absolutamente fundamentales para entender la noción de comprensión. Seguimos aquí la que se considera su obra más importante y significativa¹⁵.

Gadamer construye una verdadera *hermenéutica existencial u ontológica*, para dar respuesta a un problema *previo al método*, a sus normas y a sus reglas: el de *cómo es posible la comprensión*¹⁶.

El problema hermenéutico es planteado por Gadamer partiendo de fundamentos hegelianos. En su opinión, Hegel no ha sido superado jamás en el concepto de espíritu objetivo: éste es, para Gadamer, el núcleo de la filosofía hegeliana. El acentuado proceso de socialización del hombre contemporáneo no es sino una confirmación de la vigencia de esa noción hegeliana: hoy, más que nunca, resulta evidente la pertenencia del sujeto humano a un sistema de usos sociales, a una cultura, a unas instituciones, a todo lo que Hegel designaba como *espíritu objetivo*. En la depuración a la que ha sido sometido el concepto por mano de sus críticos destaca la tarea realizada por Nietzsche, que fue quien verdaderamente contribuyó a destruir el mito de la subjetividad como última instancia de toda operación crítica, al hacer recaer universales sospechas sobre la autoconciencia, introduciendo así en la mentalidad moderna la idea de que la conciencia (subjetiva) es fundamentalmente una actividad de enmascaramiento. Tales sospechas se extienden también, en consecuencia, a las diferentes formas de espíritu absoluto que son siempre fruto y manifestación de la autoconciencia. Desde estos presupuestos, el problema que Hegel pretendía haber resuelto mediante la síntesis entre espíritu objetivo y subjetivo sigue abierto: el problema de determinar el tipo de relación existente entre la conciencia individual y el mundo histórico-cultural en el que aquélla surge y vive. Este es, para Gadamer, el problema hermenéutico.

La solución abierta por Gadamer para continuar la línea de desarrollo del espíritu objetivo de Hegel sin caer en la exaltación de la autoconciencia está en el lenguaje, infinito como el espíritu y, a la vez, finito como todo acontecer histórico. Por eso habla Gadamer de una ontología hermenéutica: el lenguaje debe ejercer una mediación entre la conciencia subjetiva y el ser. En Gadamer encontramos, pese a sus críticas, el concepto hegeliano de espíritu absoluto, el punto de vista de la filosofía de la identidad. Entre el sujeto que interpreta (espíritu subjetivo) y el objeto de interpretación (espíritu objetivo) se da una identidad de fondo, de manera tal que *toda comprensión humana es también una comprensión de sí mismo o autocomprensión*. De ahí el rechazo de Gadamer al positivismo científico e histórico (historicismo) que, al concebir el método como un instrumento por el que el objeto queda a la entera disposición del sujeto, incurre en la *ingenuidad de la posición*, consistente en la superficial creencia en la inmediatez y en la completa alteridad del dato

¹⁴ Kaufmann, op. cit., p. 57.

¹⁵ Hans Geörg Gadamer, *Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, Salamanca 1977, 687 pp.

¹⁶ "Mi verdadera intención -afirma Gadamer- era y sigue siendo filosófica: no está en cuestión lo que hacemos ni lo que debíamos hacer, sino lo que ocurre con nosotros por encima de nuestro querer y hacer. En este sentido aquí no se hace cuestión en modo alguno del método de las ciencias del espíritu" (op. cit., p. 10)

(positivismo). La hermenéutica de Gadamer desarrolla la idea heideggeriana del '*círculo hermenéutico*' para demostrar que nada está dado de forma inmediata, porque comprensión y captación de un significado sólo son posibles en virtud de anticipaciones históricamente contextualizadas (ésta es la noción de *precomprensión* en Heidegger). El predominio del metodologismo en la ciencia moderna es consecuencia de la ilegítima importación del modelo metodológico de las ciencias naturales a las ciencias humanas o ciencias del espíritu, importación en la que han jugado un papel decisivo Hume, Stuart Mill y Dilthey¹⁷.

Para Gadamer el conocimiento es interpretación, pero no en el sentido de prevalencia del sujeto sobre el objeto, sino en el sentido de *autorrepresentación* del que hablara Kierkegaard: la cosa llama o pide ser hecha presente con su presencialidad más plena y esto es, para el sujeto, una tarea que tiene un rango verdaderamente ontológico. "Cada representación —dice Gadamer— viene a ser un evento ontológico que contribuye a constituir el rango ontológico de lo representado. La representación supone para él un incremento del ser. El contenido propio de la imagen se determina ontológicamente como emanación de la imagen original"¹⁸. Gadamer considera fundamental advertir el nexo entre verdad e integración; si la verdad es, ante todo, evento (sigue aquí la concepción de Heidegger de la verdad como acontecimiento en el que el ser se *desoculta*), todo encuentro con la verdad será siempre un encuentro con un hecho que, en cuanto acaecido, pertenece al pasado y debe, por consiguiente, ser integrado en el mundo actual del intérprete. Por eso, tanto el iluminismo como el positivismo histórico incurren en la *pretensión de la ausencia o exención de presupuestos*: es el prejuicio contra todo prejuicio, lo cual supone la desvirtuación efectiva de la *tradición*. En opinión de Gadamer, *tal exención de presupuestos es imposible para el hombre*, ya que la razón existe para nosotros sólo como *razón real e histórica*, sin un dominio absoluto sobre sí misma, porque está subordinada a las situaciones en que actúa. Se puede decir que la historia no pertenece a nosotros, sino que nosotros pertenecemos a la historia, a la familia, a la sociedad, al Estado, por lo que "los prejuicios de un individuo son, mucho más que sus juicios, constitutivos de la realidad histórica"¹⁹.

Se trata, probablemente, del núcleo de la doctrina de Gadamer. Para él, el prejuicio, la autoridad y la tradición son condiciones positivas de toda comprensión. La tradición es un momento de la libertad y de la historia: la conservación es un acto tan libre como la renovación o la revolución. Se trata, por tanto, de entender que "la comprensión debe pensarse menos como una acción de la subjetividad que como un colocarse dentro de un proceso de transmisión histórica, en el que el presente y el pasado se hallan en continua mediación. Esto es lo que tiene que hacerse aún en la teoría de la hermenéutica, *demasiado dominada hasta ahora por la idea de un procedimiento, de un método*"²⁰. La distancia temporal que separa al intérprete de lo interpretado no debe ser considerada como un obstáculo, como pensaba el historicismo, para lograr una *objetividad histórica*, pues tal distancia, en cuanto cristalizada en la tradición, constituye un nexo de unión entre el presente y el pasado. No se trata, por tanto, de reconstruir la génesis o las circunstancias de un hecho pasado: "la comprensión no es un acto reproductivo, sino un acto *productivo*. No se trata de

¹⁷ Es obligado citar aquí, en lo que se refiere a W. Dilthey, sus *Dos escritos sobre hermenéutica: El surgimiento de la hermenéutica y los Esbozos para una crítica de la razón histórica*, con Prólogo, traducción y notas de Antonio Gómez Ramos y Epifanio de Hans-Ulrich Lessing, Col. Ágora de Ideas, Ediciones Istmo, Madrid 2000, 247 pp.

¹⁸ Op. cit., p. 189.

¹⁹ Op. cit., p. 344.

²⁰ Op. cit., p. 360, las cursivas son nuestras.

comprender mejor, ya que cuando se comprende se comprende siempre de un modo diferente²¹.

Sobre estos presupuestos traza Gadamer un aspecto de su filosofía que resulta fundamental para la jurisprudencia: la solución al *problema hermenéutico de la aplicación*, entendida ésta como estructura esencial de la comprensión; comprender significa, siempre y necesariamente, aplicar. Ello es así porque el intérprete, al intentar la comprensión de un texto o hecho pasado, no puede prescindir ni de sí mismo ni de situación hermenéutica: comprender un texto es ponerlo en relación con la situación hermenéutica propia del intérprete, esto es, aplicar. En la interpretación de una norma jurídica, la comprensión opera como una *mediación* (este término tiene en Gadamer una especial importancia) o síntesis entre la universalidad de aquélla, en la que se encarnan las exigencias del saber absoluto e incondicional, y la variabilidad y multiplicidad de las situaciones concretas y tal síntesis o mediación (*interpretación*) se incorporará a la norma y la afectará esencialmente. De este modo, el empleo de la *epiqueia* es el modelo por excelencia de la aplicación hermenéutica, pero una *epiqueia* entendida de un modo peculiar y claramente excluyente: lo justo no puede ser determinable con independencia de la situación concreta a la que deba aplicarse la norma. Para evitar la tacha de arbitrariedad, Gadamer se apresta a afirmar que “ni el teólogo ni el jurista ven en la tarea de la aplicación una libertad frente al texto”²².

La estructuración definitiva de la hermenéutica de Gadamer viene de la mano de la dialéctica de la pregunta-respuesta, hecha del modo socrático-platónico. Lo propio de la pregunta es tener un sentido, indicar una dirección: la pregunta contiene implícitamente un juicio. La pregunta no es sólo el inicio de la dialéctica, sino también el saber mismo. En la experiencia hermenéutica tiene lugar un diálogo entre el intérprete y el texto: éste plantea una pregunta al intérprete y comprender el texto significa comprender la pregunta. El intérprete hace hablar al texto colocándose al nivel de la pregunta. Por eso el siguiente paso de la obra de Gadamer es mostrar que la *fusión de horizontes* propia de la comprensión es obra específica del lenguaje²³.

²¹ Op. cit., p. 367. Insistimos en que la crítica de Gadamer al positivismo y al historicismo constituye, probablemente, el núcleo central de su filosofía. La noción de *historia efectiva* es, en este sentido fundamental. Consiste en que el verdadero objeto del conocimiento histórico no es un objeto simple, sino que está compuesto por el sujeto que comprende, por el objeto que trata de ser comprendido y por el mismo proceso de comprensión. Es así como se traba esa historia de los efectos: un hecho histórico, una obra artística, filosófica, etc., no es algo diverso de los significados que históricamente ha ido asumiendo, es más, tal obra se identifica con la historia de sus significados, a la que el intérprete mismo pertenece. Es por eso que se verifica un incremento de ser a través de la interpretación: es la valencia ontológica de la hermenéutica. Pero la comprensión es siempre un proceso de *fusión de horizontes*, del presente y del pasado -unidos, como hemos visto, por la tradición-, es mediación, integración, a través de la cual se actúa la conciencia de la determinación histórica. El objeto de la experiencia hermenéutica es la tradición, entendida como realidad viva que nos habla. “La apertura a la tradición es propia de la conciencia de la determinación histórica. *La conciencia hermenéutica tiene su consumación no en su certidumbre metodológica, sino en la apertura a la experiencia (a la tradición) que caracteriza al hombre experimentado frente al dogmático*” (op. cit., pp. 438-439, las cursivas son nuestras).

²² Op. cit., p. 450.

²³ El lenguaje es, según Gadamer, “el medio universal en el que se realiza la comprensión misma. La forma de realización de la comprensión es la interpretación. Todo comprender es interpretar, y toda interpretación se desarrolla en el medio de un lenguaje que pretende dejar hablar al objeto y que es al mismo tiempo el lenguaje propio del intérprete” (op. cit., p. 467). Es así que las tres características fundamentales de la hermenéutica (la fusión de horizontes como diálogo, la comprensión como interpretación y la concreción de la conciencia de la determinación histórica en el estatuto lingüístico del lenguaje) aparecen ahora unidos al tema más general de la relación entre pensamiento y lenguaje, cuyo carácter enigmático tiene como consecuencia el esconderse del lenguaje en el pensamiento.

Se observa con nitidez un posicionamiento opuesto a algunos intentos de reconstrucción o redescubrimiento de la dogmática, como es el llevado a cabo entre nosotros por Calsamiglia, quien ha recordado que la dogmática jurídica exige al jurista la *abdicación valorativa de sus opiniones subjetivas*²⁴, como condición previa y de necesaria aceptación, de forma tal que el jurista remite a la general aceptación de dichas reglas por la comunidad de juristas la valoración que de ellas deba hacerse²⁵.

Pero es preciso señalar, siguiendo a Kaufmann, las limitaciones de la hermenéutica de cuño Gadameriano: “la hermenéutica no puede por sí sola ser suficiente para desarrollar una teoría material de la justicia. La hermenéutica enumera sólo las condiciones trascendentales de la captación de un sentido lingüístico, y nada más. El problema de en qué medida se corresponde en realidad el qué de la justicia con el cómo, requiere reflexiones de otro orden”²⁶. “Si los juicios—continúa Kaufmann— sobre la justicia se pudiesen obtener de un modo puramente racional, estaría al alcance de una persona individual; al tener, sin embargo, a la vez un contenido emocional, se hace necesario concretar tal elemento a través de una *intersubjetivación*”. Kaufmann se suma a la tesis de que “en un *discurso ideal* los juicios individuales de las partes que argumentan en la mayoría de los casos llevan a un acuerdo”²⁷.

La aplicación de la hermenéutica al Derecho vino de la mano de Esser y Larenz. Es claro que el encuadre general de esta corriente es exactamente la misma que el de todas las modernas concepciones sobre la jurisprudencia, pero la forma en que resuelven los problemas introduce una ruptura, un desbordamiento sin precedentes en la teoría jurídica. El entendimiento de las relaciones entre norma y caso real es, ciertamente, peculiar, en términos de '*religación*', '*correspondencia*' o '*adecuación*'; es el "*ir y venir de la mirada*" del que hablara, en frase célebre, Engisch. Como ya hemos indicado, la hermenéutica jurídica supuso, ante todo y sobre todo, la destrucción de la así llamada '*ideología de la subsunción*' tradicional. Esta concepción entendía la norma como una especie de *universo monádico*, que contiene en sí toda concreta respuesta a cada caso real, consecuencia del despliegue del potencial regulador de la norma, de forma tal que el aplicador no tendría que cambiar ni añadir nada, sino simplemente concretar.

La teoría de la comprensión, básicamente desarrollada a nivel de la hermenéutica filosófica por Gadamer, concibe dicha comprensión como una tarea que *presupone una anticipación del sentido*, “la integración de la parte que ha de ser comprendida en un todo preconcebido. La comprensión es, por lo tanto, un proceso de acercamiento en desarrollo, un proceso que acerca el sujeto que comprende y el objeto a comprender hacia un encuentro mutuo, produciendo así una transformación recíproca”; este acercamiento se produce en forma circular o de espiral: “el sujeto y el objeto se acercan el uno al otro

²⁴ Cfr. A. Calsamiglia, *Introducción a la ciencia jurídica*, p. 93. Un resumen de sus tesis puede encontrarse en “Sobre la Dogmática Jurídica: presupuestos y funciones del saber jurídico”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 22, Granada, 1982, pp. 235 y ss.

²⁵ Cfr. *Introducción...*, cit., p. 98. En opinión de Calsamiglia, poco importa que se tache a la dogmática de maquinaria inservible si no se está dispuesto a aceptar sus premisas y a conocerla desde dentro: “una teoría científica se acepta porque la comunidad la reconoce”; es el consenso general de los miembros de la comunidad jurídica la que dota de validez a las construcciones dogmáticas, pues sólo los juristas conocen las reglas del juego de la jurisprudencia (op. cit., p. 60).

²⁶ *Introducción...*, cit., p. 58.

²⁷ Op. cit., p. 59, las cursivas son nuestras.

en el proceso de la comprensión, se presuponen mutuamente en los diferentes niveles de acercamiento²⁸. Se trata, pues, de “*un fenómeno dialogal, consensual y procedimental*” —aquí está de nuevo la idea del “ir y venir de la mirada”—²⁹. Ni la norma ni el caso pueden ser comprendidos ni producidos sin una vinculación mutua: la hermenéutica jurídica caracteriza la obtención del derecho como el mutuo despliegue del supuesto de hecho y del caso real en condiciones de simultaneidad.

La aportación de Karl Larenz³⁰ consiste, básicamente, en fundamentarse sobre la hermenéutica general de Gadamer para dotarla de contenidos materiales. Para Larenz, la metodología de la Jurisprudencia es la constante mediación entre la hermenéutica y la Jurisprudencia, y, por lo tanto, no puede reducirse a uno ni a otro término.

Para Larenz, la Jurisprudencia es una ciencia:

a) *Normativa*: en cuanto que su objeto consiste en normas; en cuanto al método de análisis del objeto (que es normativo y no causal-explicativo); y en cuanto a su función, que es la de establecer normas. No obstante, la Jurisprudencia sería normativa pero no exactamente imperativa, pues sus enunciados pertenecerían más bien al género de los *consilia* que al de los *praecepta*³¹.

b) *Comprendiva*: en el sentido de que es una ciencia normativa en cuanto al método. Al ocuparse la jurisprudencia de las normas, éstas no son entidades observables ni mensurables, no pueden ser explicadas causalmente, sino que sólo pueden *comprenderse*. Y dicha comprensión tiene lugar mediante el ‘interpretar’ que Larenz define —al modo Gadameriano— como “un hacer mediador por el que el intérprete comprende el sentido de un texto que se le ha convertido en problemático”. “La interpretación es, pues, un procedimiento peculiar de las ciencias del espíritu (y, por lo tanto, también de la jurisprudencia) que no transcurre únicamente en un sentido, linealmente, sino que implica una mediación, un diálogo mutuo entre el intérprete (sujeto cognoscente) y el texto (objeto de conocimiento)”³². “El conocimiento comprensivo no es —opina Larenz— la reproducción de un objeto subsistente en sí, sino que en él, el propio objeto se crea en parte en el proceso de conocimiento. Consecuentemente, el sistema no cumple simplemente una función reproductiva, sino también productiva”³³.

c) *Valorativa*: por ser un “pensamiento orientado a valores”³⁴. La jurisprudencia es “un sistema de valores”³⁵. La defensa por parte de Larenz de una jurisprudencia valorativa, pero al mismo tiempo sistemática, metódica, sitúa a este autor en una posición intermedia

²⁸ Hassemer, op. cit., p. 79.

²⁹ Cfr. Hassemer, op. cit., p. 80.

³⁰ Un comentario general a sus tesis puede encontrarse en el trabajo de Atienza, “Crítica de la metodología de la ciencia jurídica de Karl Larenz”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 22, Granada 1982, pp. 189 y ss.

³¹ Cfr. *Metodología de la ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona 1980, p. 187.

³² Op. cit., pp. 192-193.

³³ Op. cit., p. 199.

³⁴ Op. cit., p. 204.

³⁵ Este es un aspecto en el que insiste con reiteración Calsamiglia, comentando a Larenz: cfr. “La Dogmática Jurídica...”, cit., pp. 266-270.

con respecto a las de otros dos conocidos teóricos de la ciencia jurídica alemana: Viehveg y Luhmann³⁶.

Las funciones de la jurisprudencia serían tres: aplicar el Derecho, la creación del Derecho y la sistematización. “Larenz reelabora la teoría tradicional (savignyana) de la interpretación, guiado por la idea de que ésta no puede abandonarse al arbitrio del intérprete (aunque el arbitrio cumpla un cierto papel), sino que es preciso construir ciertos criterios metodológicos de interpretación. La aportación de la jurisprudencia aquí (e indirectamente de la teoría de la jurisprudencia) consiste precisamente en suministrar al órgano aplicador tales criterios de interpretación”³⁷.

Podríamos concluir diciendo que la crítica a la dogmática jurídica realizada por la hermenéutica filosófica se beneficia de un largo cúmulo de aportaciones que arrancan de la jurisprudencia de intereses y del movimiento del Derecho libre, para llegar a la tópica. El conocimiento, desde el prisma de la filosofía existencial, aparece como un entrelazado de sujeto y objeto. Intentar liberar al individuo de su carga existencial de prejuicios es privarle del oxígeno que necesita para conocer, porque el conocimiento aparece ahora como una suerte de respiración. No se conoce el mundo, sino que se conoce *en él*. Conocer no es teorizar en el mundo, sino que es una de las dimensiones teórico-prácticas del *estar en él*. Cuando conocemos hemos de asumir nuestras propias valoraciones, reflexionando críticamente sobre ellas para no dogmatizarlas. Y ello no sólo al conocer el derecho, sino también al realizar ese conocimiento práctico en que consiste todo intento de *encontrar* el derecho. Todo jurista es inevitablemente político y asume una responsabilidad ética, porque su labor de conocimiento no aparece ahora como un soliloquio aséptico, sino como una conformación del mundo en el que él y sus semejantes están. Al valorar sin querer hay que oponer el saber por qué se valora.

Pero, si el sujeto no existe sin los objetos, sin el mundo en que está, tampoco el objeto goza de una existencia separada. El derecho no se ofrece al jurista como un todo acabado, listo para *aplicar*, ni siquiera como una *f fuente* de líquido escanciabile. Es algo que el sujeto ha de buscar, y que sólo encontrará en la medida en haya ido *haciéndolo* con su búsqueda. Todo conocimiento del derecho es un crear derecho. Toda ciencia jurídica es política jurídica. La frontera entre ser y deber ser tiene límites movedizos e históricos. El objeto de la ciencia jurídica se vuelve incierto... y real. La ley es sólo el comienzo [o sea, una parte] de un proceso para fijar (más que 'poner') un derecho que sólo en las circunstancias concretas llegará a la existencia. “Por eso —se ha dicho entre nosotros— el manejo acertado de la ley, más que artificiosas metodologías, dependerá de una auténtica asunción de nuestra circunstancia existencial, de la conciencia de nuestro ser afectado por el mundo, y del cálculo de las consecuencias de nuestro actuar, que no podremos endosar irresponsablemente al legislador”³⁸.

Aquí es donde necesariamente conduce la corrección de la arbitrariedad a la que podría conducir la hermenéutica, en el sentido apuntado por Vieacker, es decir, al reconocimiento de principios jurídicos generales portadores de *valores*: “Para que exista una decisión

³⁶ Cfr. Atienza, op. cit., p. 201.

³⁷ Atienza, op. cit., p. 208. Un comentario *in extenso* de las tesis de Savigny por parte del propio Larenz puede encontrarse en *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Guiffirè, Milán 1966, pp. 5-16.

³⁸ A. Ollero Tassara, *Interpretación del Derecho y positivismo legalista*, Edarsa, Madrid 1982, p. 252.

en forma jurídica es específicamente necesario que se realice mediante la aplicación de una norma general—una norma—al caso conflictivo; de tal manera que, como es característico de la administración y del gobierno jurídicos, no se realice según un juicio ocasional y oportunista, sino en el marco de tales reglas generales”. Pero “para que la aplicación jurídica no sea arbitraria, sino que siga teniendo forma jurídica, es decir, para que pueda seguir siendo entendida como la aplicación de una regla general, *debe recurrir necesariamente a sistemas extralegales de reglas*”³⁹. “En todo caso—continúa Vieacker—, el Derecho es un *fenómeno de interacción social*. Por ello es lógico que otras teorías actuales vean su legitimación en la coincidencia social acerca de valores jurídicos, en el consenso valorativo”⁴⁰.

Viehweg buscó una guía para la justicia práctica en las verdades comunes aceptadas (topoi, loci communes). Vamos a comentar las decisivas aportaciones de este autor, en directa conexión con el problema de los principios generales del Derecho.

2. La tónica como razonable resolución de problemas en justicia. Los principios como pre-normatividad.

El esquema de razonamiento jurídico del positivismo clásico distinguía dos fases en la dinámica jurídica. Una primera, en la que *se pone* el derecho, encomendada a una actividad legislativa, que se presenta como acto de voluntad; otra posterior, en la que se aplica el derecho ya positivado, encomendada a una actividad judicial diseñada como tarea cognoscitiva, científica y—gracias a ello—racional. Absoluta discrecionalidad legislativa a la hora de poner el derecho y mecanismo drástico a la hora de aplicarlo. Positivación política y razonamiento científico marcaban dos procesos tajantemente separados. Desde esa perspectiva más atenta a la dimensión histórica de la realidad jurídica denominada hermenéutica se rompe con este diseño en dos tiempos y con sus versiones posteriores más complejas. La interpretación, que en el esquema positivista aparecía como un *añadido patológico* de la fase aplicativa, originado por una defectuosa positivación legislativa, aparece ahora como cauce normal de la dinámica histórica del derecho. Lo que antes era terapia—en lo posible, científica—de unas taras congénitas se muestra ahora como la expresión saludable de toda actividad jurídica. Elaborar un proyecto legislativo o una ponencia judicial no es sino *abrir un debate razonado* sobre la interpretación que permita ajustar del modo más razonable una relación social, para evitar futuros conflictos o para solucionar los ya surgidos.

Però el positivismo legalista ha dejado un rastro claramente perceptible en nuestros *modos de pensar*, bajo la forma de poderosas inercias. Nos referimos, fundamentalmente, a la dicotomía entre problema y sistema. Cerrar la herida abierta por esa confrontación ha sido la tarea emprendida por un importante sector de la doctrina, entre los que destacan Esser y Viehweg. Resulta necesario superar el *mos geometricus* que se encuentra en el centro de la técnica codificadora convencional y certificar la crisis definitiva de la teoría de las fuentes del derecho y proclamar abiertamente la creación de derecho por parte de la

³⁹ F. Vieacker, “Formalismo y naturalismo en la ciencia jurídica moderna. En torno a una ‘filosofía del derecho positivo’”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Granada, n. 22 (1982), pp. 220-221, las cursivas son nuestras.

⁴⁰ Op. cit., p. 233, la cursiva es nuestra.

moderna *jurisprudencia de principios*⁴¹ a través de sus *pensamientos jurídicos*⁴². Mediante esta tarea el juez no se limita a rellenar lagunas o cubrir ciertas deficiencias de la ley, sino que llega más allá de la letra de la ley; lo que ocurre, como dice Esser es que “un solo paso fuera de la doctrina aceptada acerca de las fuentes del derecho, y ya nos falla el suelo bajo nuestros pies: el problema no está en saber para qué sean necesarios los *pensamientos básicos*; pero cuál sea el papel que realmente representan, y cómo se compadecen con nuestra doctrina oficial sobre las fuentes, ésta es la cuestión que entre nosotros se evita con todo cuidado, como en todo lo que toca al monopolio que en punto a fuentes detenta el Estado”⁴³. Importa mucho afirmar la distinción formulada por Esser, entre *principio y norma* “para poner de relieve las insuficiencias del positivismo legalista”⁴⁴. De este modo, “cabría establecer como corolario la *prioridad real de los principios sobre las normas* en la actividad jurídica. En el primer caso, se desmiente el presunto carácter subsidiario de los principios (entendidos como 'principios generales del Derecho'), para destacar su *papel informador*, reconocido entre nosotros en la reforma del Título Preliminar del Código civil; en el segundo, se insiste en que el derecho no es un sistema rígido de normas, que funcionarían mediante un *esquema o-todo-o-nada* (o se aplican o no se aplican; de ser aplicadas, excluyen la entrada en juego de otra de dispar contenido), sino que sería, también y sobre todo, un haz de principios susceptibles de juego conjunto, hasta el punto de que toda solución jurídica implicaría una tarea de dosificada ponderación de principios contrapuestos”⁴⁵.

No es posible silenciar por más tiempo que el intento armonizador de concebir todos los principios jurídicos maestros como partes de las ordenanzas particulares sentadas por el Estado, infiriéndolos deductivamente del derecho positivo, era una táctica positivista de muy cortos horizontes. “Esta forma de elaboración secreta del derecho –decía Esser–, que introduce de matute en lo positivamente ordenado los juicios puramente teóricos, haciéndolos pasar por sabiduría del legislador hasta entonces no reconocida, no es ni útil a la ley (necesitada de corrección), ni a la jurisprudencia (puesta en una innecesaria dependencia), ni a la ciencia (que se engaña a sí misma en el conocimiento de la realidad). Veremos, en efecto, que esta *fantasmagoría de la dialéctica jurídica (sic)* en el esfuerzo

⁴¹ En opinión de García de Enterría, Viehweg planteó por vez primera una ruptura con la dicotomía jurisprudencia de conceptos/jurisprudencia de intereses para postular una *jurisprudencia de problemas*, que opera en base a principios. “De ese mundo [del Derecho] hablamos, pues, y es en él donde el plano valorativo general al que suele llamarse Derecho natural se hace presente sólo como ‘principios generales del Derecho’, hallados, descubiertos, funcionalizados respecto a los círculos problemáticos concretos. El modo como estos principios se hacen virtuales y operan es precisamente, ya lo hemos indicado de pasada, a través de las instituciones. Son éstas, como Savigny intuyó genialmente, las verdaderas unidades de la vida jurídica y toda institución se singulariza por una ‘idea institucional’ que es a la vez un precipitado del orden superior de valores, una pretensión organizativa de un ámbito social determinado y una clave del funcionamiento interno de todos los elementos que se componen para concretar la aplicación técnica de la institución. Los principios generales del Derecho no son por ello nada misterioso ni alusivo, como las esencias angélicas o las abstracciones superiores, sino normalmente la propia idea central de una institución positiva desenvolviéndose en la vida de ésta y presidiendo en todo su funcionamiento. Razonar en derecho, interpretar las normas o los actos jurídicos, aplicar el derecho, no es más que operar con esos principios, alrededor de los cuales se ordena todo el particularismo de las reglas y de los actos concretos. Un pensamiento por principios así entendidos fue justamente el gran descubrimiento de los juristas romanos, lo que hace eterna e inmarcesible su lección para los juristas de todos los tiempos” (Prólogo al libro de Viehweg, cit., p. 17).

⁴² Cfr. Esser, op. cit., p. 11.

⁴³ Op. cit., p. 15.

⁴⁴ Ollero, op. cit., p. 173.

⁴⁵ Ollero, op. cit., p. 174, las cursivas son nuestras.

de sistematización positivista, la cual pretende otorgar a lo positivo el limbo de lo lógico, no ha hecho otra cosa hasta ahora que enmascarar la función de los principios”⁴⁶.

Es preciso descubrir en la tópica la estructura que conviene a la jurisprudencia. De este modo, propone Viehweg: *a)* la estructura total de la jurisprudencia solamente se puede determinar desde el problema; *b)* los conceptos y proposiciones de la jurisprudencia han de quedar ligadas de modo específico con el problema y sólo pueden ser comprendidas desde él; *c)* los conceptos y proposiciones sólo pueden ser utilizados en una implicación que conserve su vinculación con el problema⁴⁷, cualquiera otra es preciso evitarla⁴⁸. “La supremacía del problema influye sobre la técnica a adoptar. Una trama de conceptos y de proposiciones que impida la postura aporética no es utilizable. Si la jurisprudencia concibe su tarea como una búsqueda de lo justo dentro de una inabarcable plétora de situaciones, tiene que conservar una amplia posibilidad de tomar de nuevo posición respecto a la aporía fundamental, esto es, ser móvil”⁴⁹. No existe oposición, sino complementariedad, entre axioma y problema, entre inducción y deducción, pero sucede, como decía Esser, que los sistemas menos rígidos suelen ser los más eficaces, en la medida en que *reconocen la superioridad del problema*⁵⁰. “Así, en todas las culturas jurídicas se repite el mismo ciclo: descubrimiento de problemas, formación de principios y articulación de un sistema. Lo que la tradicional controversia metódica presenta como una supuesta pugna entre un pensar *abierto* y problemático por una parte, y un pensar *cerrado*⁵¹, conceptual y deductivo por otra, es en gran parte un metabolismo necesario y que procede a empujones entre las nuevas experiencias de la práctica casuística y las energías formales de la escuela”⁵². Y la tópica es, en efecto, la técnica del pensamiento problemático, que ha de articularse a través del *método aporético*: se plantea el problema sin salida, acuciante, pero ineludible⁵³. Y la tópica se presenta como una *meditación prelógica*, de búsqueda de premisas. Esa directa conexión con el problema hace que la tópica sólo permita series de deducciones de corto alcance: el pensar problemático es esquivo a las vinculaciones⁵⁴. La tópica desarrolla “un estilo especial de búsqueda de premisas que, con apoyo en puntos de vista probados, sea inventivo”⁵⁵. Este modo de trabajar (el pensamiento tópicoproblemático) se caracteriza sobre todo porque permite a los juristas entender el derecho

⁴⁶ Op. cit., pp. 14-15, la cursiva es nuestra.

⁴⁷ La cultura jurídica anglosajona ha sido siempre particularmente sensible respecto a esta necesidad de flexibilización de los conceptos. En este sentido, son memorables las palabras del Juez Holmes: “every legal concept, so far as it claims universal application, contains within itself the germs of its own destruction” (cit. por J.D.B. Mitchell, “A General Theory of Public Contracts”, *Juridical Review*, vol. LXIII, n. 1 (1951), p. 60).

⁴⁸ Cfr. *Tópica y jurisprudencia*, cit., pp. 129-130.

⁴⁹ Op. cit., p. 142.

⁵⁰ Cfr. op. cit., p. 61.

⁵¹ Esser distingue, básicamente, dos formas de construcción jurídica: el *sistema cerrado*, representado por el ideal codificador y el *sistema abierto*, representado por el método del caso anglosajón. De este modo, “de la estructura axiomáticamente cerrada o problemáticamente abierta de un sistema jurídico depende que los pensamientos básicos sean *principia* en sentido aristotélico, a partir de los cuales se concluye deductivamente, o criterios pragmáticos (*topoi*) de la justicia material o, en su caso, de los fines fijados por la política jurídica, que renuncian a una conexión deductiva coherente y atacan el problema, en su entidad aparentemente aislada, partiendo libremente de los dictados generalmente reconocidos de la razón, del *common sense*, como puntos de ataque retóricos (en el sentido antiguo) de la argumentación” (op. cit., p. 57).

⁵² Esser, op. cit., p. 10, las cursivas son nuestras.

⁵³ Cfr. Viehweg, op. cit., p. 49.

⁵⁴ Cfr. Viehweg, op. cit., p. 60.

⁵⁵ Viehweg, op. cit., p. 73. Esser distinguía tres tipos de principios: los axiomáticos, en el sentido constructivo moderno; los principios problemáticos o ideas básicas en el sentido retórico y principios dogmáticos (cfr. op. cit., p. 62).

no como algo que se limitan a aceptar, sino como algo que ellos construyen de una manera responsable. “La labor judicial significa el restablecimiento continuamente renovado de la comunicación entre valores éticos substanciales y los valores formales e institucionales del derecho. Para el sentido de este proceso de integración es indiferente que se verifique inadvertidamente en el curso de la interpretación, o que se haga abiertamente por traducción de un postulado ético al plano jurídico de las *buenas costumbres*, o de un principio político a los criterios de la *public policy*, o sea, del *ordre public*, y en general por la intercalación del los *topoi* específicamente jurídicos, como *naturalis ratio*, *aequitas* y lógica de la cosa. Sería nefasto que los conceptos y argumentos jurídicos fueran erigidos en categorías independientes: el método jurídico quedaría estéril sin la incorporación de aquellas verdades morales reducidas a evidencias de fuerza lógica o social”⁵⁶.

La tópica ha prestado grandes servicios a la jurisprudencia, pero hace que la jurisprudencia no pueda convertirse en un método, pues sólo puede llamarse método a un procedimiento que sea comparable por medio de una lógica rigurosa y cree un unívoco nexo de fundamentos, es decir, un sistema deductivo. Aquí es donde Viehweg demostró que, para poder hablar de una verdadera ciencia del Derecho, no es necesario ir contra la tópica; basta conservar el estilo tópico tal como es y hacerlo objeto de una ciencia. Al no entender esto, el cientifismo moderno optó directamente por sustituir la tópica —por inservible— por el sistema⁵⁷.

Sobre la transformación de los principios prepositivos en preceptos positivos por obra de la jurisprudencia⁵⁸ dice Esser: “Bajo el influjo de semejante sujeción al sistema o al procedimiento, la sentencia judicial, tanto la particular como la masa de una jurisprudencia constante, puede convertirse en agente transformador de principios pre-positivos en preceptos e institutos positivos. Mas para la construcción de nuevas normas particulares, que amplíen el círculo cerrado del ordenamiento positivo, el juez tiene que recurrir a principios extrasistemáticos (tópicos). En casos en que sólo el círculo más amplio del ordenamiento positivo, la constitución, facilite principios de ordenamiento más o menos formales, el juez debe tomar sus criterios materiales de valor del ámbito pre-positivo de los principios de la ética jurídica y de la convicción general. [...]. Ellos controlan la aplicación de la ley y la labor conceptual, que aparentan obedecer a la mecánica lógica. Si la labor conceptual se desvía del sano sentimiento jurídico, entran en acción los principios y proceden por su cuenta a formar nuevas normas y preparar su reconocimiento técnico. Pasan por un tiempo de incubación y, al producirse un caso ejemplar, franquean el umbral de la conciencia e irrumpen en el pensamiento jurídico. El proceso sigue un curso análogo en los dos tipos de derecho, el casuístico y el codificado: el momento crítico de la revocación de un precedente (*overruling*) —que entre nosotros sale a la luz cuando se acude al argumento ‘No puede ser ésta la intención del legislador’— sigue a un más largo proceso

⁵⁶ Esser, op. cit., pp. 77-78, las cursivas son nuestras.

⁵⁷ Cfr. op. cit., p. 111.

⁵⁸ Para Esser “El aumento de importancia, comprobado por doquier, de dicha *legislación judicial* en el continente, corre pareja con el reconocimiento de que el centro de gravedad va desplazándose lentamente desde el sistema codificado a una casuística judicial orientada según principios” (op. cit., p. 31). Esser sostiene que los principios, en cuanto que son tales principios, son eficaces con independencia del texto legal, pues su justificación les viene dada por lo que él denomina *la naturaleza de la cosa o de la institución respectiva*, lo que les hace ser una pieza funcionalmente necesaria de toda solución concreta que entre en ese círculo común de problemas: dadas unas circunstancias análogas, los principios resultan plenamente operantes en todos los sistemas jurídicos, sin consideración alguna de un reconocimiento legal expreso (cfr. op. cit., p. 7).

desarrollado en la inconsciencia, durante el cual el principio en cuestión, informado todavía, va cobrando fuerzas gracias a la inadecuación de las sentencias legales que se van dictando, anunciándose en contraargumentos también legales y en opiniones divergentes (*dissenting opinions*). Hasta que finalmente la evidencia, la *inventio* de un pensamiento hasta entonces no formulado encuentra de súbito una formulación convincente, que prescinde de la simple interpretación y construcción de los preceptos positivos dados”⁵⁹.

Los catálogos de tópicos o lugares comunes, según Viehveg, son repertorios de puntos de vista preparados de antemano. Es importante tener en cuenta que tales *loci* no tienen utilidad por sí solos, aislados del problema, como puros axiomas. Los tópicos son algo auxiliar y reciben su sentido desde el problema. Son *posibilidades de orientación, hilos conductores del pensamiento*⁶⁰.

Hablamos, por tanto, de unas prioridades *apareadas*: la del problema sobre el sistema, la de la tópica sobre el método⁶¹, que quedan resumidas en la prioridad del derecho sobre las leyes, que “se traduciría en la de los principios constitucionales sobre las normas legales y sentencias”⁶².

Resultaría ilustrativo señalar que todo esto tiene una particular aplicación en relación con el principio constitucional de igualdad.

Es en este campo cuando nos adentramos en “una paradójica circularidad. El derecho pre-legal nos remite a principios pre-normativos. Uno de los básicos —la igualdad—, lejos de brindarnos una fórmula neta de valoración, nos remite a una actividad ‘justificadora’, en cuyo trasfondo es fácil detectar una peculiar ‘teoría de la justicia’”⁶³. No se trata de captar una realidad *objetiva* cosificada, extrayéndola bajo la superficie de lo aparente, ni de apresar un *objeto* acabadamente definido, sino de *comprender interpretativamente* en una relación concreta las exigencias jurídicas que afloran. Como ya demostrara Kaufmann, la circularidad hermenéutica invalida planteamientos ontológicos cosificadores, empujando a la vez hacia una ontología jurídica relacional. Con palabras del Tribunal Constitucional, “la igualdad es sólo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable”, pero “la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida”⁶⁴. Seguimos inmersos en tal *circularidad*, sólo precomprendiendo finalidades admisibles e inadmisibles podremos comprender si la medida está o no justificada.

Es así como el principio de igualdad, más que aportar una solución precisa, ha venido desempeñando el papel de una *cláusula general de razonabilidad*⁶⁵. La actividad jurídica, como búsqueda de la solución razonable, no excluye el cambio de criterio (reajuste de principios) a la hora de interpretar una norma. Hasta tal punto no cabe atribuir a

⁵⁹ Op. cit., pp. 68-70.

⁶⁰ Cfr. op. cit., pp. 53 y 56.

⁶¹ Según Viehveg, con referencia al pensamiento ciceroniano, la lógica es necesaria, pero, en el momento decisivo, el primer lugar lo ocupa la tópica, que precede o se sobrepone a la lógica, al método (cfr. op. cit., p. 122).

⁶² Ollero, op. cit., p. 176. Más referencias y un desarrollo más completo de esta idea puede encontrarse en García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid 1985, especialmente pp. 63 y ss.

⁶³ Ollero, op. cit., pp. 177-178.

⁶⁴ Sentencia de 2 de julio de 1981, FJ 3. Esta jurisprudencia constitucional debe entenderse plenamente vigente; así, es directa y literalmente citada esta sentencia por la ley 128/1994, de 5 de mayo.

⁶⁵ Cfr. Ollero, op. cit., pp. 183-184.

este fenómeno el carácter patológico que le asignara el positivismo, que pasa a considerarse como excepcional, por el contrario, una rigidez que desconociera la historicidad del derecho. Por eso, quedaría plenamente permitido no sólo la modificación del criterio previo, sino reconocida la necesidad de hacerlo cuando cambien las circunstancias o el propio *pensamiento* al respecto⁶⁶.

No puede extrañar que se repita en el ámbito judicial el mismo juego del principio de igualdad que ha de guiar la labor legislativa. Si su contenido esencial condiciona la creación de las leyes, lo mismo ocurrirá con las sentencias judiciales en determinados supuestos. El principio de igualdad en la ley, que rechaza toda discriminación entre sus destinatarios, encuentra su equivalente judicial en el principio de igualdad en la aplicación de la ley, que pretende *excluir también en el caso concreto toda desigualdad arbitraria*. La historicidad gravitará ahora aún más, porque nos hallamos ante la necesidad de juzgar un caso concreto, enmarcado en unas circunstancias peculiares. Pero esto no hace sino agudizar una situación ya experimentada. Se mantiene, coherentemente, idéntica exigencia básica: la *necesidad de aportar una fundamentación objetiva y razonable* que justifique la diversidad de trato⁶⁷. Esto se aplica, en nuestra opinión, perfectamente a la actuación administrativa, como verdadera función jurídica; es preciso entender que no hay dicotomías entre justicia y eficacia y que, en consecuencia, el derecho ha de dirigir la actividad administrativa *desde dentro*, que es función esencial de la Administración la práctica de la justicia, que es, constitutivamente, el arte de la razonabilidad.

3. La administración y el derecho: un control judicial efectivo y universal.

La reflexión sobre los *prima principia* del Derecho público se ha visto guiada por ciertos temas recurrentes. No podía ser de otra forma. Esto ha puesto en evidencia que hay ciertos problemas que distan mucho de quedar establemente resueltos y que nos atrevemos a decir que nunca lo estarán. Tal es esa *contradicción irreductible*—en palabras de Garrido Falla⁶⁸— que constituye la base del Derecho administrativo, hecha de un equilibrio, difícil pero posible, entre privilegios y garantías⁶⁹. La búsqueda del derecho consiste en la práctica de la justicia, en la adecuada dosificación de tales componentes.

Las relaciones entre la Administración Pública y los órganos jurisdiccionales es uno de esos temas recurrentes, obligada referencia en cualquier planteamiento de fondo sobre el Derecho administrativo que, por la interesante polémica suscitada entre los Profesores Parejo Alfonso y Fernández Rodríguez, ha cobrado renovada actualidad.

En directa conexión con él—en indisoluble unidad, podríamos decir— está el problema del control de la arbitrariedad administrativa, con las interesantes derivaciones hacia la denominada *actividad técnica* de la Administración, como pretendida vía de escape del control jurídico por exigencias de la eficacia.

La lucha por el Derecho de la que hablara Ihering⁷⁰ es alérgica a las opciones preferenciales en origen. Quiere esto decir que no basta una elección fundamental por la justicia

⁶⁶ Cfr. Ollero, pp. 189-190.

⁶⁷ Cfr. Ollero, op. cit., pp. 187-188.

⁶⁸ Cfr. "La Administración y la Ley", RAP, n. 6 (1955), p. 138.

⁶⁹ Cfr. García Enterría y Fernández Rodríguez, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, Madrid 1982, p. 38.

⁷⁰ *La lucha por el Derecho*, Madrid 1921, 187 pp.

y el progreso de los pueblos para hacer de todas y cada una de las concretas actuaciones algo necesariamente conforme al Derecho. Esto es claro. Reiteramos que la justicia *in abstracto* no existe, pues el *ajuste* en que consiste sólo se realiza y verifica *in facto esse*. Sólo es justo quien actúa con justicia, que no siempre coincide con quien la pregona. Un Estado de Derecho es una conquista sumamente difícil, inestable, en constante revisión aplicativa⁷¹.

El tema tiene especial interés cuando parece definitivamente superada la exigencia de una cobertura legal expresa y previa para cada concreta actuación administrativa, al quedar la Administración genéricamente habilitada —e incluso obligada— a gestionar una esfera de intereses con implicaciones cada vez más amplias. La Administración irrumpe ya en la vida social sin pedir permiso previamente, sin contar con apoderamientos expresos; tal cosa es imposible, pues no pueden producirse leyes al ritmo frenético de las necesidades reales, de ahí que la *autolegitimación*, es decir, una cobertura normativa de rango meramente reglamentario y con un apoyo cada vez más remoto o sencillamente inexistente en una ley formal, sea la carta de presentación de la inmensa mayoría de las actuaciones administrativas. Al propio tiempo, el mantenimiento de los clásicos privilegios administrativos, a los que se han añadido algunos más, se presenta como necesario, en aras de una mayor efectividad. Nada debe objetarse, en líneas generales, a todo esto. El problema está en que debe articularse con no menos eficacia un riguroso sistema de controles que aseguren, como ordena el art. 9.3 de la Constitución, la *interdicción de la arbitrariedad* y la *responsabilidad de los poderes públicos*. Aquí topamos con un planteamiento célebre: la justicia como óbice para la eficacia. La dicotomía es particularmente perversa. Se han denunciado ciertos *excesos judicialistas*, entorpecedores de una actividad administrativa dotada *a priori* de legitimación democrática.

“La Administración debe considerarse —dice Parejo Alfonso— no sólo habilitada, sino incluso vocada y llamada —en el conjunto sistemático de estructuras de poder del Estado actual— para contar con un ámbito sustantivo propio de decisión (comprensivo de la determinación de lo que sea el Derecho en el caso concreto, lo que los alemanes llaman *Rechtsfindung*), justamente por ser la pieza del poder público más idónea para ello en atención a la complejidad y variabilidad de las situaciones precisas de regulación/resolución estatal”⁷². No creemos que nadie sea capaz de negar esto, al menos hoy día, como ya hemos dicho. Debe estimarse igualmente aceptable lo que sigue: “Hoy el poder ejecutivo tiene y debe tener (y no como excepción o fenómeno atípico o más o menos general, sino como un atributo cada vez más ordinario o normal) un espacio o ámbito de decisión y acción propio, expresado incluso en términos de estricta discrecionalidad”⁷³. Ahora bien, ¿qué pasa con el control jurídico de una tal actividad administrativa? Concretamente, ¿qué alcance debe atribuirse a la impugnación jurisdiccional? Aquí viene la referencia de Parejo a los citados *excesos judicialistas*: “cada vez en mayor medida, el poder judicial es el único poder del Estado cuyas decisiones se aceptan como definitivas [...] y ello por imposibilidad de su ulterior cuestionamiento, que no por su prestigio o aceptación institucionales. El poder judicial asume, pues, crecientemente un papel que

⁷¹ Cfr. García de Enterría, *Los ciudadanos y la Administración: nuevas tendencias en el Derecho español*, REDA, n. 59 (1988), p. 326.

⁷² *Crisis y renovación en el Derecho público*, Centro de Estudios Constitucionales, Colección “Cuadernos y Debates”, Madrid 1991, p. 62.

⁷³ Parejo Alfonso, op. cit., pp. 78-79.

no le corresponde y las decisiones sociales se sitúan en un 'locus' inidóneo, con la consecuente distorsión del orden de responsabilidades y apoderamientos de decisión establecido por la Constitución"⁷⁴.

Es difícil justificar un reproche semejante. Los Tribunales suelen estar para dictar sentencias, ejercicio por antonomasia de la *Jurisdicción* como poder en una sociedad civilizada. Quien contempla con recelo que sean instancias independientes de las partes —de la Administración pública y de los demandantes— las que tengan la última palabra parece que no admite la existencia misma de la institución judicial. Da la molesta casualidad de que ha sido el pueblo español, a través de la Constitución (art. 117.3), el que ha querido que eso sea así, al encomendar a los Jueces y Tribunales la misión de "juzgar y hacer ejecutar lo juzgado" en toda clase de procesos, entre los que se encuentran el contencioso-administrativo.

Esto nos aleja de ese mundo gobernado por elementos infalibles y omniscientes, a los que los Tribunales sólo podrían dirigir ciertas recomendaciones u observaciones, fruto siempre de una interpretación subjetiva y no necesariamente atendible.

Habla Fernández Rodríguez de la "pesada herencia de la separación de poderes", entendida por los revolucionarios franceses "como una radical separación, abierta y claramente beligerante en pro de una exención judicial del Poder Ejecutivo": '*judger l'Administration n'est pas ancore administrer*'⁷⁵. Como García de Enterría pusiera de manifiesto, tal concepción de la separación de poderes suponía la "explícita intención de los revolucionarios de liberar el poder central, una vez en sus manos, de los condicionamientos judiciales"⁷⁶. La solución revolucionaria supone una "suerte de fundamentalismo", por considerar exentos de error y de injusticia a quienes toman decisiones desde instancias gubernativas democráticamente legitimadas⁷⁷. Parece como si someter a control jurisdiccional tales decisiones fuera un atentado contra la democracia. Todo lo contrario, han sido los Jueces a quienes ha correspondido poner remedio seguro a la arbitrariedad administrativa como antítesis del Derecho y de la libertad⁷⁸. Que una función jurisdiccional así entendida es garantía de la democracia es algo que no admite discusión.

El reconocimiento de un generoso margen de discrecionalidad a la Administración pública no es una aportación novedosa por parte de la Constitución española; se trata, por el contrario, de algo reconocido desde los inicios del Derecho administrativo. Siempre fue legítimo y necesario⁷⁹. El problema ha estado en la distinción entre discrecionalidad y arbitrariedad. En este sentido, dice Fernández Rodríguez, citando a Bachof: "De nada sirve a la Administración el aludir a un margen de arbitrio que le haya sido expresamente concedido por la Ley, cuando el juez puede objetarle con éxito que, si bien ha tenido en cuenta los límites concretos de arbitrio según la Ley especial, sin embargo, no ha observado las normas constitucionales limitadoras de todo arbitrio". El hecho de que, en virtud de sus poderes discrecionales, a la Administración le sea concedido optar entre soluciones *legalmente indiferentes*, eso no significa en modo alguno que sean *jurídicamente indiferentes*. "Indiferente jurídicamente no hay nada a priori en un Estado material de Derecho, que

⁷⁴ Op. cit., p. 75.

⁷⁵ "Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor", REDA, n. 76 (1992), p. 511.

⁷⁶ Op. cit., p. 513.

⁷⁷ Cfr. op. cit., p. 531.

⁷⁸ Cfr. Fernández Rodríguez, op. cit., p. 521.

⁷⁹ Cfr. "De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario", REDA, n. 80 (1993), pp. 581-582.

reconoce un orden de valores preexistente y se ordena a su efectiva realización". "Toda decisión de la Administración, por discrecional que sea, es susceptible de control judicial y ese control no es de mera legalidad, como Parejo afirma, sino de juridicidad, supuesto que la Administración ha de actuar 'con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho' (art. 103.1), amén de 'a los fines que la justifican' (art. 106.1)"⁸⁰. Aquí radica la importancia del Derecho *como arte de lo razonable*, que lleva a entender como "arbitrario y, por lo tanto, constitucionalmente prohibido todo aquello que es o se presenta como carente de fundamentación objetiva, como incongruente o contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión, como desprendido de o ajeno a toda razón capaz de explicarlo"⁸¹. El concepto de arbitrariedad "se vincula así en su esencia última al concepto de motivación, de la que los humanos no podemos prescindir en cuanto entes de razón, ni en el plano del logos, que es y no puede dejar de ser el del pensamiento (se piensa con palabras), ni, por supuesto, en el plano del Derecho, es decir, del pensamiento y del razonamiento jurídico. *El Derecho exige siempre justificación, demanda razones, preserva la razón*. Su naturaleza es la de justificar decisiones, actuaciones. Por eso no puede y no podrá nunca rehuir la cuestión del fundamento. Si no se entiende —y se siente— esto, no se entiende nada"⁸². "El mero 'porque sí' está constitucionalmente excluido"⁸³. La motivación de los actos administrativos ha de incluir una *narración* de los hechos a la que debe responder consistentemente la resolución adoptada y su fundamentación legal. "La Administración es libre de elegir, pero ha de dar cuenta de los motivos de su elección y estos motivos no pueden ser cualesquiera, deben ser motivos consistentes con la realidad, objetivamente fundados"⁸⁴. No hay nada como dar razones, sobre todo cuando se tienen. Los problemas aparecen cuando no se tienen, y "cuando se elude el deber de motivar las decisiones es, no nos engañemos, porque el obligado a darla carece de una explicación *exhibible* y cuando las verdaderas razones de la elección no son del todo nítidas o contienen elementos espúreos la motivación, si se da, tiene que recurrir a la ambigüedad, al circunloquio o al enmascaramiento puro y simple y esto se termina poniendo de manifiesto más pronto o más tarde"⁸⁵.

Esto confirma la convicción de imponer la sustitución judicial de la decisión administrativa discrecional, en la que Fernández Rodríguez muestra su directa disconformidad con Parejo. A nuestro modo de ver, ha de admitirse el carácter declarativo de las sentencias

⁸⁰ "De nuevo sobre el poder discrecional ...", cit., p. 584.

⁸¹ "De nuevo ...", cit., p. 589.

⁸² "De nuevo ...", cit., p. 590.

⁸³ "De nuevo ...", p. 591.

⁸⁴ "De nuevo ...", cit., p. 591.

⁸⁵ "De nuevo ...", cit., p. 593. Hay un párrafo que resume perfectamente la opinión del autor: "exigir a la Administración que dé cuenta de sus actos, que explique con claridad las razones que la mueven a elegir una solución en lugar de otra u otras y confrontar con la realidad la consistencia de esas razones es algo que no sólo interesa al justiciable, sino que importa decisivamente a la comunidad entera. Juzgar a la Administración es, ciertamente, una garantía y una garantía esencial en un Estado de Derecho, que sin ella no podría siquiera merecer tal nombre [...]. Pero juzgar a la Administración es también algo más que eso: juzgar a la Administración contribuye a administrar mejor, porque exigir una justificación cumplida de las soluciones en cada caso exigida por la Administración obliga a ésta a analizar con más cuidado las distintas alternativas disponibles, a valorar de forma más serena y objetiva las ventajas e inconvenientes de cada una de ellas y a pesar y medir mejor sus respectivas consecuencias y efectos, previniendo a las autoridades de los peligros de la improvisación, de la torpeza, del voluntarismo, del amor propio de sus agentes, del arbitrio y de otros riesgos menos disculpables aún que éstos y no por ello infrecuentes en nuestra realidad cotidiana, de ayer y de hoy" ("Juzgar a la Administración ...", cit., p. 526). Y concluye: "Juzgar a la Administración no es administrar, ni debe serlo, pero sí contribuye a administrar mejor" ("Juzgar a la Administración ...", cit., p. 528).

judiciales condenatorias de la Administración, que no se limitan, por tanto, a ejercer un control de legalidad, sino a proclamar y hacer valer la situación jurídica material que en justicia corresponda. “Sobra advertir—dice Fernández Rodríguez— que el Derecho no dice, ni puede decir en abstracto cuál es la alternativa más racional de las posibles, [...], pero ahí no termina la cuestión. Si se razona ab casus y no en abstracto, desde el suelo mismo de la realidad, como está obligado a hacer todo jurista a secas, el problema se ve de un modo muy distinto”⁸⁶. Sobre esta base, Fernández Rodríguez propone una serie de ejemplos reales muy ilustrativos que fueron motivo de otras tantas sentencias: el Tribunal puede establecer una solución concreta si el tema *está maduro*, si en la litis se contienen elementos de juicio suficientes para la determinación de la solución más idónea.

Alberto Ruiz Ojeda.
Dpto. de Derecho Público
Facultad de Derecho
Universidad de Málaga
Campus de Teatinos
29071 Málaga

⁸⁶ “De nuevo ...”, cit. p. 597.