

## II.—EXTRANJERO

### LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO FRANCÉS CONTEMPORANEO

*SUMARIO: Planteamiento general.—I. Caracteres de la Ley y situación del Juez en Derecho Administrativo. 1. La Ley administrativa. 2. Juez administrativo y Juez ordinario. 3. Jurisprudencia administrativa y principios generales. 4. Formulación jurisprudencial de los principios generales.—II. La doctrina de los principios generales en la jurisprudencia del Consejo de Estado. 1. Clasificación. 2. Fundamento y naturaleza jurídica. 3. Su valor como fuente de derecho.—III. Consecuencia de la teoría de los principios generales. 1. En las relaciones de la Jurisprudencia con la ley escrita. 2. En la naturaleza de la regla de Derecho.*

Entre los elementos que dan a los diversos sistemas jurídicos su originalidad, es preciso situar en primera línea la teoría de las fuentes del Derecho adoptado 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 Regime* francés, la *Common Law* británica o el régimen del Código civil napoleónico. El carácter de las reglas de derecho, su rigidez o flexibilidad, la posibilidad para las mismas de adaptarse a nuevas situaciones, cambian absolutamente cuando se pasa de uno a otro de estos sistemas; más profundamente aun, el razonamiento jurídico no obedece en cada uno de ellos al mismo método; cada sistema tiene su espíritu y casi su lógica propia.

En Francia, la Revolución de 1789 hizo triunfar, como es sabido, la primacía de la ley escrita; cooperaron en este triunfo múltiples elementos: el espíritu clásico, el gusto por las construcciones intelectuales bien ordenadas que los hombres de la Revolución habían heredado de Descartes, no pudiendo acomodarse al empirismo y al desorden aparente de un sistema consuetudinario, y, sobre todo, la concepción política que funda la autoridad de la ley, en el consentimiento de la nación, expresado por sus representantes elegidos, concepción que llegaría a conferir a los miembros de las asambleas un verdadero monopolio para la elaboración de la regla de Derecho. En un sistema de esta especie existe confusión completa entre las nociones de regla de derecho y de ley escrita, elaborada por las autoridades a las que la Constitución ha referido el ejercicio del poder legislativo; los Tribunales no pueden aspirar más que a una función de aplicación e interpretación, no creando así el derecho. En el plano doctrinal pueden verse las afinidades que existen entre esta absoluta supremacía de la ley escrita y el posi-

tivismo jurídico: cuando se afirma que el derecho no puede tener otra fuente que la voluntad del legislador, es fácil llegar a la conclusión de que sólo esta voluntad es la que crea la autoridad jurídica de la regla, y que el derecho no es otra cosa que el acto de mando del Poder.

El esquema clásico, que acaba de señalarse responde todavía hoy, en bastante medida a la estructura del derecho privado francés; cierto que los autores se han visto obligados, rindiéndose a la evidencia, a admitir que el papel de Juez no podía ser puramente pasivo, que el juego de sus interpretaciones podía transformar la regla escrita y que era preciso en la teoría de las fuentes hacer un sitio a la jurisprudencia, secundario sí, pero, sin embargo, importante al lado de la regla escrita. Pero la supremacía de ésta, postulada, por otra parte, por los principios constitucionales se mantiene incontrovertida.

Ocurre lo mismo, al menos en lo que se refiere a la mayor parte de la doctrina actual, en el Derecho administrativo; la gran mayoría de los autores franceses de derecho público, impresionados por los principios constitucionales a que se ha aludido, y que, lógicamente, parece deben regir tanto la elaboración de la regla administrativa como la de Derecho privado, y dóciles algunos de ellos a las rigurosas enseñanzas del positivismo jurídico, si bien reconocen que la jurisprudencia ha desempeñado en Derecho administrativo una función más avanzada que en Derecho privado, no dejan por ello de mantener en este campo la primacía de la regla escrita, ley o reglamento.

Ahora bien, la realidad no responde a estas afirmaciones; si se aborda el problema de las fuentes del Derecho administrativo, no a partir de un postulado constitucional, sino a partir de los hechos, si se trata de saber, no cuáles *deben ser* según la teoría constitucional, los modos de elaboración de Derecho administrativo, sino *cuáles son* en la práctica, es obligado constatar que las dos cuestiones no admiten la misma respuesta. En la elaboración de la regla de Derecho administrativo el papel preponderante no corresponde al legislador, sino al Juez, es decir, específicamente, al Consejo de Estado; no hay más que repasar los diversos apartados de este Derecho, para constatar dicha preponderancia; en la práctica, el juspublicista que desca descubrir el principio de solución de un litigio, cuando su colega de Derecho privado abre en primer lugar su Código civil, tiene él que dirigirse al «Recueil des arrêts du Conseil d'Etat».

Pero limitarse en vista de estas constataciones a reconocer a la jurisprudencia su pleno valor de fuente esencial del Derecho administrativo, no agota el problema, pues efectivamente el análisis de la acción jurisprudencial revela la existencia de una nueva fuente; si el Juez, en ciertos casos, no vacila en hacer firme por su propia autoridad una nuevo regla, sólo excepcionalmente reconoce en sí mismo este poder

creador; más frecuentemente se presenta como el servidor de un cuerpo de reglas no escritas que no deben su autoridad a los textos, pero que vinculan tanto como la ley su actividad: esto es, los que él llama «principios generales del Derecho público». Desde hace algunos años el Consejo de Estado no vacila en fundamentar expresamente sus decisiones más importantes sobre un determinado «principio general» y en interpretar con esta perspectiva sus creaciones jurídicas anteriores; es preciso, pues, admitir hoy entre las fuentes del Derecho administrativo esta categoría de los principios generales que no se confúnden ni con las reglas escritas, ni con las reglas creadas libremente por el Juez. La manifestación de esta fuente, por mucho tiempo desconocida, es posiblemente, desde el punto de vista de la teoría del Derecho, el mayor acontecimiento de la reciente evolución del Derecho administrativo francés; querriamos bosquejar rápidamente su génesis, presentar las líneas actuales del sistema y mostrar, en fin, los problemas que resuelve y las consecuencias doctrinales que implica.

## I

¿Cómo ha llegado el Consejo de Estado francés a obtener frente a la ley escrita una libertad mucho más grande que el Juez ordinario?

Es preciso para comprenderlo considerar sucesivamente los caracteres particulares de la ley y la situación especial del Juez en el orden administrativo.

I. Napoleón dejó a la Francia del siglo XIX el monumento legislativo de Derecho privado que son sus Códigos y notablemente el Código civil. La obra fué completa, pues éste es lo suficientemente amplio como para facilitar un principio de solución a todos los litigios. Por otra parte, esta obra, heredera de un largo pasado de elaboración jurídica, tenía a su disposición unas nociones precisas y un vocabulario técnico que reflejaba exactamente los conceptos, puesto a punto por siglos de reflexión y de práctica. Así, en Derecho privado, la ley puede bastarse a sí misma y ser suficiente para todos los supuestos.

La ley administrativa ofrece un espectáculo menos majestuoso; la Ley o más bien las leyes, pues aquí no hay codificación, que ¿cómo hubiera sido posible por otra parte? Las bases del régimen administrativo fueron casi totalmente renovadas por la Revolución y el Imperio; la tradición no aportaba apenas ningún elemento utilizable para el Derecho que debía regirle: vocabulario, conceptos correspondientes a las nuevas situaciones, todo estaba por construir; la herencia que permitió la rápida elaboración del Código civil hacía aquí notar su falta. Desde entonces, las leyes administrativas van a nacer sin plan preconcebido,

a medida que los Gobiernos van juzgándolas necesarias, siendo así todavía esencialmente pragmáticas; no van a tener la ambición de suministrar principios de solución jurídica a litigios que ni siquiera se prevén y que sólo serán revelados por su aplicación; se limitan a describir tal mecanismo administrativo, cuya creación parece necesaria o tal procedimiento, indispensable para la acción. Desde entonces las leyes no establecen sus disposiciones a la vista de categorías jurídicas definidas abstractamente en términos generales, sino a la vista de casos concretos: la ley administrativa ignora la responsabilidad del Poder público, reglamenta sólo tal caso preciso a la responsabilidad, por ejemplo, la de los Municipios en caso de motín; la ley administrativa ha ignorado hasta estos últimos años la función pública, limitándose a conceder ciertas garantías a este o a aquel Cuerpo particular de funcionarios.

Prágmática, concreta, incompleta, dejando fuera de sus supuestos campos amplísimos, la ley administrativa no podía, pues, prestar al Juez de lo contencioso-administrativo los mismos servicios que el Código civil al juez ordinario; sin embargo, habían de nacer litigios sobre los cuales el Consejo de Estado se encontraba llamado a decidir en Derecho, ¿cómo salir de la dificultad y resolver según una regla jurídica conflictos que la Ley no sospechaba siquiera?

2. El Juez administrativo no se ha creído autorizado a atrincherarse tras el silencio de la Ley para rehusar su fallo; y aquí aparecen las diferencias psicológicas que le separan de su colega el Juez ordinario: estrechamente asociado a la acción del Soberano al cual aconseja sobre todos los problemas administrativos, el Consejo de Estado no ha experimentado nunca respecto a la regla escrita la timidez un poco supersticiosa que ha paralizado durante mucho tiempo las iniciativas del Juez ordinario; como reflejo natural de su situación junto a la fuente del poder, apoyado sólidamente por el Soberano, ha ido siempre espontáneamente en vanguardia; por otra parte, las necesidades prácticas de la vida administrativa para las cuales su posición le hacían especialmente sensible, no permitían dejar sin solución los litigios revelados por la vida cotidiana, creando el derecho, cuando el derecho faltó, y sin dejarse detener por escrúpulos doctrinales. Así han ido naciendo a lo largo del siglo XIX las reglas fundamentales cuyo conjunto ha terminado constituyendo el Derecho administrativo francés, en los intersticios de la Ley y por la acción espontánea del Juez.

3. ¿De dónde ha salido la sustancia de estas reglas? No se prestó bastante atención, según parece, a algunas frases del que fué, tanto por su acción práctica, siendo vicepresidente del Consejo de Estado, como por su obra doctrinal, el verdadero fundador del Derecho administrativo: Eduardo LAFERRIERE. En su célebre *Traité de la juridiction admi-*

nistrative ponía de relieve desde 1887, los caracteres particulares de la Ley Administrativa —«ley de organización y de acción que se preocupa más de asegurar la marcha de los servicios públicos que de prever y resolver las dificultades jurídicas»—, el papel creador que estos caracteres imponían al Juez y, sobre todo, las modalidades de esta acción creadora: «las soluciones jurisprudenciales tienen por base, cuando faltan los textos, *principios tradicionales, escritos o no escritos, que son en cierto modo inherentes a nuestro Derecho público*». Estas pocas líneas desapercibidas entonces, dan, sin embargo, la clave de toda la acción del Juez. Este no pretende sacar de sí mismo las reglas que debe formular; considera que la ley escrita no contiene todo el derecho y que hay a su lado, y posiblemente por encima de ella, un cuerpo de principios inherentes a nuestro Derecho y cuyo respeto le corresponde asegurar por el mismo título que el respeto a la ley.

4. El desconocimiento por la doctrina de esta noción esencial ha sido posible durante años porque el Consejo de Estado en sus decisiones no la formulaba expresamente: ninguna referencia ni al concepto de «principios generales», ni a tal principio particular, venía a fundar la solución adoptada. Pero bruscamente esta situación ha cambiado; a partir de 1942 una larga serie de decisiones, aclaradas por las conclusiones cada vez más precisas de los Comisarios del Gobierno, ha venido a explicitar la práctica anterior, afirmando la existencia de los principios generales y su plena fuerza jurídica, dándoles como base de las soluciones jurisprudenciales. Es este, sin duda, el hecho más digno de señalarse en la evolución reciente de la teoría del Derecho administrativo.

¿Cómo se explica esto? Ante todo, las circunstancias políticas, los turbulentos años conocidos por Francia entre 1940 y la entrada en vigor de la Constitución de 27 de octubre de 1946, la sucesión de regímenes inspirados en ideologías muy diferentes, han provocado una gran inestabilidad en el Derecho escrito; ahora bien, no hay seguridad jurídica para los particulares fuera de la continuidad del Derecho, y el Consejo de Estado, consciente del valor de esta continuidad, ha tenido que ir a buscarla fuera de la ley para mantenerla pese a los cambios políticos y a sus repercusiones legislativas: afirmando enérgicamente la estabilidad de los principios, pudo limitar y corregir los efectos de la inestabilidad de las leyes.

Y era esta solución tanto más necesaria cuanto que ciertas de estas leyes, dictadas por circunstancias económicas excepcionales, por el peso del ocupante o por la pasión política, implicaban graves atentados al respecto de la persona y de la libertad humana, considerada como el fundamento tradicional del Derecho público francés. Apoyándose sobre los principios, el Consejo de Estado pudo minimizar el alcance de estas

leyes, interpretarlas de la manera más restrictiva y salvaguardar así al máximo las libertades esenciales.

El recurso de los principios generales, nacido de las circunstancias, ha sobrevivido a la desaparición de éstas; y es que las lagunas de la ley escrita siguen siendo considerables y también que nuestro tiempo plantea nuevos problemas y ve nacer, en el orden económico sobre todo, instituciones inéditas que la apelación a los principios generales permite integrar en el orden jurídico tradicional. Puede, pues, considerarse que la teoría tendrá en adelante derecho de ciudadanía en el Derecho positivo francés; ¿cuáles son sus rasgos?

## II

Un estudio sintético, única cosa que pueda —quizás— atraer la atención de un lector extranjero, no podría castigar a éste con una larga serie de citas de resoluciones y colmarle de referencias que no pueden interesarle; la exposición que sigue de la teoría de los principios generales en la jurisprudencia del Consejo de Estado, se aligerará, pues, de todo aparato crítico, pidiendo simplemente al lector confianza para el autor, el cual no aventura nada que no pueda estar apoyado en un texto jurisprudencial. Se estudiará, con esta perspectiva, primero, cuáles son los principios generales; después, qué son éstos, y en fin, qué lugar ocupan en el conjunto de las fuentes de Derecho.

1. Se puede, al parecer, agrupar alrededor de cuatro órdenes de ideas los principios actualmente consagrados por el Consejo de Estado.

El primer grupo, el más importante, está constituido por el conjunto de reglas emanadas de la Declaración de Derechos del hombre de 1789, que constituye el fondo común del liberalismo tradicional; en el orden constitucional, el principio de la separación de poderes que inspira toda la jurisprudencia relativa a la delimitación de competencia administrativa y judicial; en el orden administrativo, los principios de libertad y de igualdad con sus múltiples aplicaciones: libertad individual, libertad de conciencia, libertad de prensa, de reuniones, etc.; igualdad de los usuarios ante los servicios públicos, de los contribuyentes ante el impuesto, de los ciudadanos ante la ley.

El segundo grupo comprende reglas más técnicas que el Consejo de Estado ha encontrado formuladas en el Código civil o en las leyes de procedimiento respecto ciertas situaciones particulares y las cuales deriva para trasponerlas, ampliándolas y adaptándolas, al orden administrativo, porque las juzga consustanciales a todo el orden jurídico. Así, el principio de la no retroactividad del Derecho, el principio que liga a la falta cometida la obligación de reparar el daño, el principio de que

nadie puede enriquecerse injustamente a expensas de otro y el principio según el cual nadie puede ser condenado sin haber podido defenderse, que el Consejo de Estado traspone de la represión penal a todas las formas de sanciones administrativas: depuraciones practicadas por los regímenes de Vichy y de la Liberación, sanciones disciplinarias, condenas económicas.

En un tercer grupo se reúnen algunos principios cuyo origen es puramente moral y que el Juez impone a la Administración; en primer lugar, el gran principio que asigna como objeto de la acción de ésta la sola prosecución del bien común, del interés general y que entraña la anulación de todas las medidas tomadas en vista de un fin personal o particular; también el principio según el cual la Administración no debe mentir y que conduce a la anulación de las decisiones cuyos motivos son reconocidos como inexactos.

Hay, en fin, un último grupo de principios que el Consejo de Estado extrae del análisis de las realidades, de la «naturaleza de las cosas», lógica de las instituciones según la cual tal fin exige tal medio; es propio de la naturaleza del servicio público funcionar sin interrupción, deduciéndose así el principio de la continuidad del servicio público; es propio de la naturaleza del poder jerárquico atribuir al superior la competencia reglamentaria necesaria para el funcionamiento del servicio que le ha sido confiado; es propio de la naturaleza de la acción gubernamental del poder, si el interés público lo exige, liberarse de la letra de la ley cuando ésta paralizaría peligrosamente iniciativas necesarias, de donde se deriva la teoría de las «circunstancias excepcionales» que reconocen en tiempo de crisis la legalidad de las decisiones necesarias aun cuando hayan sido tomadas éstas *praeter legem* o incluso *contra legem*.

2. Esta rápida ojeada muestra la importancia capital de los principios generales: queda por precisar su naturaleza y fundamento jurídico.

Un punto es cierto: para el Juez, los principios generales tienen pleno valor de Derecho positivo, considerándose éste como parte integrante esencial del orden jurídico y sancionando su violación con la misma energía que la de la regla escrita.

¿De dónde viene esta autoridad? Se derivan dos ideas de las fórmulas jurisprudenciales, negativas ambas: el fundamento jurídico de los principios no está ni en la voluntad del legislador ni en la autoridad del Juez.

Los principios no reposan sobre la ley escrita; el Juez afirma que son aplicables «incluso en ausencia de texto», no buscando jamás reconducirlos por una exégesis más o menos sutil a una ley de la cual podría deducirse el principio, ni ligándolos tampoco a los textos constitucionales; incluso para aquellos formulados en las declaraciones de Dere-

cho y cuyo valor jurídico está, por otra parte, muy puesto en duda, no se invoca jamás este origen. El principio se basta a sí mismo y la voluntad de los órganos investidos del poder legislativo o constituyente no altera para nada su autoridad.

Tampoco se deriva esta autoridad de la voluntad del Juez, afirmándose éste siempre como servidor de los principios, no como su autor; constata la existencia de éstos, pero no pretende crearlos; ciertamente el carácter abstracto y general inherente a la naturaleza de aquéllos, le confiere en su aplicación un amplio poder de interpretación, pero no por ello se estima menos ligado por el sólo hecho de su existencia.

Cuando se trata de definir de manera positiva el fundamento de esta autoridad, el Consejo de Estado es mucho menos claro; la idea que preferentemente pone de relieve y a la que la noción de costumbre se acerca, sin agotar su contenido, es que cada orden jurídico reposa necesariamente sobre una cierta concepción del hombre y del mundo que no es más que una pieza de una civilización con sus ideales particulares, no pudiendo interpretarse más que en este cuadro, del cual dan las fórmulas esenciales los principios generales.

3. Elemento último de la teoría de los principios generales: ¿Qué lugar ocupan en el conjunto de las fuentes de Derecho y, sobre todo, cuáles son sus relaciones con la ley?

La concepción del Consejo de Estado sobre este punto está muy matizada: afirma que los principios tienen «valor legislativo», pareciendo colocarlos así en la jerarquía de las fuentes en el mismo plano que la ley y en realidad, la autoridad de los principios aparece en su jurisprudencia tan pronto igual a la de la ley como superior o inferior.

Es igual en el sentido de que como la ley, los principios se imponen al poder reglamentario; un Reglamento contrario a un principio comporta el mismo tipo de anulación que si violara la ley.

Son los principios, sin embargo, inferiores a la ley, en cuanto que ésta puede siempre derogarlos sin que ningún Juez esté autorizado a censurarla por tal razón; cuando así sucede, las medidas administrativas conformes a la ley pero contrarias por lo mismo al principio que ella desconoce, no son por ello menos consideradas como legales por el Juez: la conformidad con la ley cubre la violación del principio.

Pero la superioridad de los principios reaparece en cuanto la ley que atenta contra alguno de ellos es interpretada a la luz de los principios, y esto en dos sentidos: si la derogación no es absoluta y manifiesta, si es posible sin choque directamente con su letra reintegrarla en el cuadro del principio tradicional, el Juez no vacilará en entregarse a este trabajo y en dirigir en este sentido su interpretación; si se muestra esto imposible, si el legislador ha roto abiertamente con el principio, el Juez considera por lo menos que aquél no ha querido abrogar



éste, sino que ha creído oportuno simplemente establecer una excepción en un determinado campo y desde entonces, aplicando la regla según la cual las disposiciones excepcionales han de interpretarse restrictivamente, minimiza todo lo posible el alcance del texto y limita estrechamente su campo de aplicación.

### III

No se hubiera discurrido tan largamente como se acaba de hacer sobre esta construcción, la más nueva, la más atrevida, y sin duda la menos conocida del Derecho administrativo francés reciente, si más allá del interés que el jurista puede encontrar en el conocimiento de los derechos extranjeros, no pareciera ésta abrir a la reflexión doctrinal horizontes más amplios que sobrepasan las fronteras de un país, sobre todo en dos puntos esenciales de la teoría jurídica: las relaciones del Juez con la ley y la naturaleza de la regla de Derecho.

1. La concepción francesa tradicional que es la de la mayor parte de los países continentales, afirma la subordinación del Juez a la ley. Tiene esta regla un fundamento ideológico que acusa una gran sabiduría práctica: la regla escrita es para el particular la seguridad; la decisión del Juez, por excelente que sea, si no es la estricta puesta en práctica de la regla preestablecida, no ofrece esta seguridad porque siempre es imprevisible hasta el momento en que es pronunciada; en este sentido debe entenderse el rancio adagio del antiguo Derecho francés: «Dios nos guarde de la equidad de los Parlamentos». Pero la supremacía de la ley no puede alcanzar estos fines más que si la propia ley presenta ciertos caracteres internos. Si ésta cesa de ser estable y segura, si pierde la generalidad que la permite regir un gran número de situaciones para entrar en los detalles concretos que limitan su alcance, si deja escapar a sus previsiones supuestos cada vez más numerosos, es preciso que los litigios encuentren un principio de solución y los particulares una base para su actuación; el Juez, ligado por su misión social, no puede ya dejarse embarazar por una ley que no le da las bases suficientes para el cumplimiento de esta misión: suena, pues, la hora de su acción creadora.

¿Cómo evitar, cuando así sucede, el riesgo de inseguridad y de inestabilidad que se acaba de señalar? El Juez llega a ello por dos vías: la primera, seguida en Inglaterra, es la de la autoridad del precedente: cuando el Juez decide una vez en un cierto sentido, se liga las manos, pudiendo hacérsele aplicación de la máxima *tu patere legem quem fucisti*; deberá, cada vez que haya de resolver el mismo problema, optar por la misma solución. Este método no corta ciertamente la

evolución jurisprudencial, pero sí limita su amplitud; por otra parte, si bien afianza la estabilidad del Derecho, expone al litigante a la inseguridad para él resultante de la dificultad de conocer la masa de las decisiones judiciales: cualquier precedente olvidado puede siempre resurgir de las recopilaciones jurisprudenciales.

El Consejo de Estado francés no podía adoptar la regla de la autoridad del precedente; los problemas de que conoce, tocan demasiado de cerca el interés general, necesariamente moviente, para poder aceptar el ligarse las manos por adelantado. Esta consideración, el cuidado legítimo de reservar el porvenir de las materias en que la decisión de hoy podría revelarse contraria al bien común si fueran repetidos mañana en una situación de hecho diferente, todo esto ¿iría a empujar al Juez administrativo hacia una especie de empirismo del que la seguridad del particular litigante hubiera sufrido las consecuencias?

La teoría de los principios generales, segunda de las vías ofrecidas a la acción del Juez, es la que ha permitido conciliar estas necesidades opuestas.

Por encima de la regla escrita, por encima de la libre creación del Derecho por el Juez, el Consejo de Estado ha tenido la sabiduría de erigir el cuerpo de las reglas fundamentales que dominan la civilización jurídica francesa. El procedimiento es idéntico a aquel por el que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha deducido de la Constitución federal los principios superiores que ordenan a sus ojos toda la vida jurídica americana. En los dos casos, el Juez se ha constituido *motu proprio* en guardián de las bases fundamentales de una cierta concepción de la sociedad. En los Estados Unidos ha podido imponer al propio legislador, por el control de constitucionalidad de las leyes, el respeto a estas bases; si no ha llegado a tanto en Francia, se ha visto, sin embargo, que el Consejo de Estado ha conseguido en cierta medida sustraer la autoridad de los principios a las iniciativas del legislador, que puede derogarlos pero no abolirlos.

La solución no es ciertamente del todo perfecta; no garantiza al particular litigante una seguridad completa, en cuanto que los principios son necesariamente vagos y mal definidos; si bien el Juez se dice su servidor y guardián, corresponde a él de hecho el reconocerlos en el conjunto a veces contradictorio de los ideales de la nación, reconocimiento necesariamente subjetivo que equivale a menudo, como lo prueba el ejemplo americano, a una verdadera creación, en la que no está siempre excluido lo arbitrario. El sistema, sin embargo, permite en Francia de hecho, gracias a la alta valía del Cuerpo que lo pone en práctica, conciliar bastante felizmente la flexibilidad necesaria a la jurisprudencia administrativa y la seguridad del particular.

Se ve cómo desde el punto de vista doctrinal este sistema pone ple-

namente de relieve el error fundamental que implica la regla de la primacía de la ley tal como la entendía la concepción francesa surgida de la Revolución. El reino de la ley, con la subordinación del Juez a la regla escrita que le sirve de corolario, no es un fin en sí mismo. La experiencia del Derecho administrativo francés muestra que no es más que un medio al servicio de aquellas exigencias fundamentales de la vida social, a las cuales tiene por misión el Derecho responder: la estabilidad del orden, la seguridad del particular. Es necesario para la existencia del cuerpo social que esta misión sea cumplida; en ciertas circunstancias de hecho puede serlo por el reino de la ley, pero cuando estas circunstancias faltan, cuando los caracteres internos de la ley no hacen de ésta un instrumento adaptado a aquel fin, la afirmación del principio no pueden nada contra la presión de la necesidad social y se ven nacer espontáneamente otros principios que van a asegurar una función necesaria en lugar de la ley desfallecida e insuficiente: el fin le lleva más allá del medio con el cual se había creído poder confundirle.

No es posible, pues, afirmar como regla absoluta la subordinación del Juez a la ley; aparecen más bien la función legislativa y la jurisdiccional como subordinadas una y otra a un fin que las sobrepasa y que interesa a la misma vida del cuerpo social: el reino del bien común por la vía del Derecho.

2. La jurisprudencia que acaba de analizarse, permite —y este es el segundo problema que se quiere evocar— fecundas reflexiones sobre la naturaleza misma de la regla de Derecho que se desprenden, por otra parte, de las observaciones precedentes; en una palabra, constituye, sin duda, una dificultad insuperable para el positivismo jurídico, que con CARRÉ DE MALBERG llegó a establecer la ecuación de la regla de Derecho positivo y la voluntad del legislador.

Hay más de un matiz en el positivismo jurídico, pero, por lo menos, proceden sus mantenedores con una misma inspiración metodológica, pretendiendo buscar fuera de toda metafísica, en el solo examen de los hechos la solución de los problemas que plantean la naturaleza y el fundamento del Derecho. Ahora bien, aceptando incluso el seguirles sobre este terreno, el análisis que se acaba de realizar hace deducir una serie de hechos que no van precisamente en el sentido de las conclusiones de CARRÉ DE MALBERG y de sus discípulos, y cuyo mentís es para el positivismo tanto más irrefutable cuanto que es su propio método el que conduce a desvirtuar sus conclusiones.

El reconocimiento por el Juez administrativo francés de un Cuerpo de reglas positivas que no deben nada a la autoridad del legislador, es un hecho; se intentaría vanamente minimizar su significación, negando que estas reglas, precisamente porque no emanan del legislador, sean verdaderas reglas de Derecho: en la realidad tienen toda su autoridad

y se benefician con su misma sanción; no se las podría negar el carácter de reglas de Derecho más que por una petición de principio, partiendo de una definición de regla de derecho dada *ab initio*, en contra a la exigencia metodológica fundamental del positivismo.

Es, pues, un hecho que ha de aceptarse obligadamente, que existe en Francia un cuerpo de reglas jurídicas cuya autoridad no debe nada a la voluntad del poder constitucionalmente investido de la competencia legislativa. Ciertamente, el sólo examen de la jurisprudencia no permite definir la fuente de esta autoridad y dar una interpretación doctrinal del hecho así puesto de relieve. Pero si se tiene en cuenta que los principios de los que el Consejo de Estado se constituye como guardián se refieren estrechamente, bien al respeto de la persona humana y de su dignidad, bien a la naturaleza de las cosas, no puede dejarse de pensar a este respecto en las «leyes no escritas» que trascienden los imperativos del poder; es decir, en una palabra, en el Derecho natural. Pocas construcciones jurídicas en el Derecho positivo contemporáneo presentan afinidad tan clara con la concepción clásica del occidente cristiano, como la teoría de los principios generales del Derecho en la jurisprudencia del Consejo del Estado, siendo tanto más reveladora la concomitancia cuanto que ciertamente no ha sido deliberada.

El Juez administrativo francés, manteniendo por encima de las voluntades cambiantes de un legislador falible la permanencia de los imperativos jurídicos que se derivan de la «eminente dignidad de la persona humana», aporta su piedra a esta restauración de los valores jurídicos fundamentales a la que la más alta autoridad espiritual del mundo no cesa de invitar a los hombres de buena voluntad.

Jean RIVERO

Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Poitiers

(Traducción por J. I. TENA.)