

LA DOCTRINA DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y LAS LAGUNAS DEL ORDENAMIENTO ADMINISTRATIVO

Por Manuel FRANCISCO CLAVERO AREVALO
Catedrático de Derecho Administrativo

SUMARIO: I. Los principios generales del Derecho y el orden jurídico administrativo: 1. Planteamiento del problema. 2. La doctrina administrativa y los principios generales del Derecho. 3. El artículo 6.º del Código civil y el Derecho administrativo: Juicio.—II. Concepción de los principios generales del Derecho: 1. Origen y evolución de los principios generales del Derecho hasta el Código civil. 2. Los principios generales del Derecho en la doctrina. 3. La confusión producida por la deformación del concepto de doctrina legal en nuestra patria. 4. Juicio.—III. 1. Los principios generales del Derecho, potestad discrecional, autonomía de la voluntad, laguna de la legislación administrativa y principio de legalidad de la Administración. 2. El artículo 6.º del Código civil y la potestad discrecional. 3. El artículo 6.º del Código civil y las lagunas de la legislación administrativa. 4. Los principios generales del Derecho, el fin de la Ley y el mérito en sus diferentes relaciones con la potestad discrecional.

I.—LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y EL ORDEN JURÍDICO ADMINISTRATIVO.

1.—Planteamiento del problema.

Suelen ver los autores en el artículo 6.º de nuestro Código civil la consagración legal de las fuentes en nuestro ordenamiento jurídico positivo: la ley en primer término, la costumbre del lugar cuando no haya ley y, en su defecto, los principios generales del Derecho.

Mas, antes de seguir adelante, debemos fijarnos en el exacto contenido del artículo 6.º de nuestro Código civil: «El Tribunal —dice— que rebase fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, incurrirá en responsabilidad. Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del Derecho.»

Como claramente se desprende de su texto, el artículo 6.º del Código civil se plantea una cuestión fundamental en todo ordenamiento positi-

vo: el problema de las lagunas de la ley. Tal situación es resuelta consagrando la obligación de fallar que, en todo caso, tienen los jueces y tribunales competentes. Para ser viable tal obligación, el Código señala a los Tribunales que «cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del Derecho. De tal suerte, la aplicación de los principios generales del Derecho se nos presenta como solución de Derecho constituido al problema de las lagunas de la ley (1).

La doctrina jurídico-administrativa, al recibir, en su esencia, la solución que al problema indicado da el Código civil, ha sentido una cierta insatisfacción, expresada por boca de los que a su estudio se consagran. Así, ha puesto de manifiesto FERNÁNDEZ DE VELASCO que «desde el punto de vista positivo de eficacia de los principios ante los Tribunales, civiles o penales, se exige por el Tribunal Supremo que estén reconocidos y aceptados por la jurisprudencia, y alegarse y probarse que no existe ley o costumbre aplicable al caso del pleito»; pero añade que «cuando se trate de los administrativos no cabe esa jerarquía, pues, en ausencia de ley, han de declarar la incompetencia» (2).

ARIAS DE VELASCO considera como contradicción inexplicable la diferencia que existe entre los Tribunales de lo contencioso que han de declararse incompetentes en determinados casos y los Tribunales civiles a los que se les impone la obligación de fallar sobre el fondo del asunto (3).

Se reconoce como una de las más sagaces observaciones hechas a nuestra jurisdicción contencioso-administrativa las soluciones radicalmente distintas que nuestro Derecho da a la ausencia de preceptos, según se trate de la jurisdicción civil o de la jurisdicción administrativa. «En la primera, dice LEIRA COBEÑA, conforme al artículo 6.º del Código civil, el Juez ha de fallar de un modo necesario acudiendo a la costumbre o a los principios generales del Derecho, es decir, superando la dificultad de la falta de precepto concreto mediante fórmulas de carácter general que le permiten obtenerlo. Por el contrario, sigue diciendo el mismo

(1) FEDERICO DE CASTRO: *Derecho civil de España*, parte general, Madrid, 1949, pág. 429.

(2) *Resumen de Derecho administrativo y de la Ciencia de la Administración*, Barcelona, 1930. Tomo 1, págs. 61 y 62.

(3) *Jurisdicción objetiva. El recurso por exceso de poder*. «Revista de Derecho Público». 1934, pág. 5.

autor, la falta de precepto en el campo de la jurisdicción administrativa determina la incompetencia y la imposibilidad de entrar a conocer el asunto» (4).

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de 7 de diciembre de 1914 sienta de manera rotunda la siguiente doctrina: «... porque no es de tener en cuenta el artículo 6.º del Código civil, según el que, cuando no haya ley exactamente aplicable, se aplicarán los principios de Derecho, porque en lo contencioso-administrativo, cuando no hay ley aplicable que establezca el derecho, es obligada la aplicación del artículo 1.º de esta jurisdicción, que impide reconocerlo».

Como fácilmente puede deducirse de cuanto llevamos dicho, los principios generales del Derecho no son aplicables, según algunos autores, al Derecho administrativo, porque ellos entran en juego a falta de ley y precisamente la falta de ley es la que constituye esa esfera sagrada de la potestad discrecional, de la que, en nuestro ordenamiento, no pueden entrar a conocer los tribunales de lo contencioso (5).

2.— *La doctrina administrativa y los principios generales del Derecho.*

¿Qué piensan los autores sobre el particular? Al estudiar la materia de fuentes, no conviene olvidar que la concepción de los principios generales del Derecho fué consagrada por el Código italiano de 1865, que, a su vez, la tomó del artículo 13 del Código albertino. Ni el Código francés ni el alemán la establecían. Veamos, pues, el problema a través, principalmente, de los autores españoles e italianos.

POSADA concedía a los principios generales del Derecho la categoría de Derecho supletorio (6). El legislador, cuando legisla —dice—, da a su ley el primer puesto; se la presunite completa. Lo que hay es que el

(4) LEIRA COBEÑA: *El recurso por exceso de poder en nuestro Derecho administrativo*. «Revista de Estudios de la Vida Local», 1950 (julio-agosto), págs. 504 y 505.

(5) «Se entenderá que la Administración obra en el ejercicio de sus facultades regladas cuando deba acomodar sus actos a disposiciones de una ley, de un reglamento o de otro precepto administrativo» (artículo 2.º de la Ley de lo Contencioso). El número 1 del artículo 4.º excluye de la jurisdicción contenciosa las cuestiones que por la naturaleza de los actos de los cuales proceden o de la materia que versen se refieran a la potestad discrecional.

(6) *Tratado de Derecho administrativo*, Madrid, 1897. Tomo I, pág. 150.

legislador no siempre acierta, y así la vida del Derecho a veces sigue su camino aplicando las reglas jurídicas a que mejor y más espontáneamente se conforman las necesidades reales. A su juicio, los artículos 5.º y 6.º del Código civil hablan de la aplicación oficial del Derecho y expresan el ideal del legislador en cuanto al valor que deben tener las fuentes del mismo, no tanto como generadoras cuanto como reveladoras de la norma producida (7).

MELLADO, en la edición de 1890, señalaba como fuentes del Derecho administrativo la ley, los preceptos administrativos y la costumbre. Para el citado autor el Derecho administrativo no se funda en la equidad (8).

GASCÓN Y MARÍN hace una distinción entre fuentes generadoras del Derecho y fuentes reveladoras del mismo. Añade en nota: «Debe evitarse la confusión entre los elementos diversos que contribuyen a la elaboración de nuevos principios jurídicos en las sociedades y las verdaderas fuentes del Derecho: ley, costumbre, ordenanzas, etc. Tales elementos o circunstancias, que ocasionan una nueva dirección del Derecho, no son el Derecho mismo, no siendo, por consiguiente, verdaderas fuentes» (9). Más adelante, al hablar de la costumbre en el Derecho español, dice que el artículo 6.º del Código civil dispone que cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, el Tribunal aplicará la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del Derecho. Añade GASCÓN: «Disposiciones del título preliminar aplicables a las leyes administrativas y a la costumbre en relación con ellas» (10). En el estudio de las fuentes no dedica atención especial a los principios generales del Derecho.

ROYO VILLANOVA no estudia los principios generales del Derecho como fuente del administrativo. Sin embargo, al estudiar las de conocimiento indica que pueden considerarse ciertos principios científicos de los preámbulos de ley y decretos y de los considerandos de la jurisprudencia administrativa. A pesar de ello, cataloga como fuentes de conocimiento científico, principalmente, los libros, tratados, etc. (11).

(7) Idem *id.*, págs. 153 y 155.

(8) *Resumen de Derecho administrativo*, Madrid, 1890, pág. 51.

(9) GASCÓN Y MARÍN: *Tratado de Derecho administrativo*, 11.ª ed., 1950, Volumen I pág. 90.

(10) Idem *id.* Vol. I, pág. 100.

(11) *Elementos de Derecho administrativo*, 1944, Vol. I, pág. 60.

GARCIA OVIEDO dice textualmente: «No es el Derecho científico, sino los principios generales del Derecho, lo que constituye la tercera fuente del Derecho, según el artículo 6.º, párrafo 2.º, del Código civil español. Vale, desde luego, este precepto para el orden administrativo.» Es curioso observar que en la última edición de su conocido libro pone esta última frase en interrogación: ¿Vale este precepto para el orden administrativo? (12).

GÜENECHEA no estudia los principios generales del Derecho como fuente. ALVAREZ GENDÍN considera que el artículo 6.º del Código civil es aplicable en defecto de ley y de costumbres administrativas. Se aplicarán por repercusión de dicho precepto, dice, los principios generales del Derecho administrativo, en atención a lo dispuesto en el artículo 16 del mismo Código. La aplicación por los Tribunales de un principio de Derecho no se hará porque lo acepte la jurisprudencia, ya que puede realizarse incluso en contraposición con ella (13).

BAILBÉ, aun cuando no introduce los principios generales del Derecho en los epígrafes que constituyen el apartado de fuentes en su sistemática del Derecho administrativo, sí consigna, en el apartado «Elementos del orden jurídico-administrativo», junto a las normas jurídicas, los principios jurídicos (14). Sin recurrir a tales procedimientos inductivos para encontrar su pensamiento, éste aparece claro en sus brillantes comentarios a la jurisprudencia contencioso-administrativa que durante algún tiempo ilustraron las páginas de la «Revista general de Legislación y Jurisprudencia». Así, nos ha podido decir, al estudiar las invocaciones repetidas a los principios generales del Derecho que hace la jurisprudencia del Tribunal Supremo posterior a la guerra de liberación, que «todo ello obliga a considerar como no puramente negativo el valor de los principios generales del Derecho en la teoría de las fuentes del Derecho administrativo, pues aunque se quiera negar que en los mismos se establezcan derechos administrativos, no puede desconocerse que obli-

(12) *Derecho administrativo*, 1948, pág. 44. La última edición citada es de 1951, y en ella se añade, en nota, que los principios generales del Derecho son fuente indirecta del Derecho administrativo, en ocasiones, y lo son directa cuando colman lagunas de la ley (pág. 49, nota 53).

(13) *Manual de Derecho administrativo*, 1941, pág. 159.

(14) *Sistemática del Derecho administrativo*, Barcelona, 1947, págs. 16 y 17.

gan a la Administración, que está obligada a tenerlos en consideración en la interpretación y aplicación de los preceptos legales» (15).

De LÓPEZ RODÓ son las siguientes palabras: «En España, el artículo 6.º del Código civil declara igualmente aplicables los principios generales del Derecho, pero, según nuestra jurisprudencia contencioso-administrativa, dichos principios no rigen en Derecho administrativo. El Tribunal Supremo ha declarado que: si no hay ley aplicable al caso de que se trata, esta jurisdicción no puede aplicar el artículo 6.º del Código civil y acogerse a los principios generales del Derecho (Sentencia de 7 de diciembre de 1941). Pero si son aplicables las disposiciones del Código civil como Derecho supletorio (Sentencia de 4 de noviembre de 1918)» (16).

En Italia, MEUCCI señala que la ciencia, con su parte racional y filosófica, con los principios generales del Derecho, con la analogía y la teoría no puede concurrir más que como fuente supletoria y auxiliar (17). LONGO, al no ver admitida la costumbre en el artículo 3.º del Código italiano de 1865, relativa a las disposiciones sobre la publicación, interpretación y aplicación de las leyes en general, intentó fundamentar su validez como fuente del Derecho administrativo en la frase «principios generales del Derecho» que tal precepto incluía (18).

LONGO, muy defensor de la costumbre, y FERRINI, dicen que el artículo 3.º del Código civil italiano de 1865 no rige en el Derecho público, ya que en él se dan normas para la aplicación de la ley por el Juez o Magistrado, pero que el funcionario administrativo no aplica, sino que observa y hace observar la ley (19).

(15) Al leer este párrafo puede uno preguntarse: ¿obligan sólo los principios generales del Derecho en la interpretación y aplicación de las leyes?

«Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1942, pág. 429. Véan también en el mismo volumen, pág. 434, y el volumen de 1944, la pág. 563.

(16) En su traducción y notas al *Tratado elemental de Derecho administrativo*, de CAETANO. Santiago de Compostela. En letra cursiva de la pág. 96. Como puede observarse en la nota (1) de la página 98, considera la doctrina de CAETANO sobre los principios generales del Derecho aplicable al Fuero del Trabajo español. Creemos que debe existir error de imprenta en la sentencia que cita; en vez de 7 de diciembre de 1941, creemos debe decir 7 de diciembre de 1914.

(17) *Istituzioni di Diritto amministrativo*. Torino, 1892, págs. 18 y 19.

(18) *Della consuetudine come fonte del Diritto costituzionale ed amministrativo*, pág. 19. Véase ORLANDO: *Le fonte del Diritto amministrativo en Primo Trattato*, vol. I, pág. 1057.

(19) LONGO, obra citada, págs. 22 y sig. FERRINI, *Voz Consuetudine nell'Enci-*

Para ORLANDO, el artículo 3.º del Código italiano tiene eficacia general (20), y en él consagra los principios generales del Derecho, que se refieren, en su opinión, a aquellas reglas que por vía de abstracción pueden formularse y establecerse como la base sobre la que se funda un determinado Derecho positivo (21).

FERRARIS no cita los principios generales como fuentes del Derecho administrativo (22). TAMBARO y RISPOLI, sin afrontar de lleno el problema, reconocen una cierta función a los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo (23). UGO FORTI estudia la equidad como fuente del Derecho administrativo. En su criterio, la equidad no es fuente del Derecho administrativo, pero, sin embargo, la aplicación de los principios equitativos tiene una gran amplitud en el campo del Derecho administrativo, en cuanto que la Administración tiene una potestad discrecional que es revisable en la pretendida jurisdicción de mérito, en la que tienen valor los criterios de equidad. Junto a una nueva revisión de mérito en la que es de tener en cuenta la equidad, aparece la revisión de legitimidad por exceso de poder en lo que, a su juicio, se puede hacer valer la aplicación obligatoria de los criterios de equidad (24).

Enciclopedia giur., págs. 630 y sig. En ORLANDO, lugar citado, págs. 1058 y 1059, donde puede verse la crítica de los autores citados.

(20) Esta expresión de ORLANDO no se contradice con la que luego ha de formularnos en el capítulo III de su monografía sobre la aplicación del Código civil como tal Derecho civil, supletoria de un pretendido Derecho administrativo especial, al Derecho administrativo. En págs. 1076 y 1077.

(21) ORLANDO, obra cit. págs. 1057 y 1058. Véase también FERRINI, obra citada, página 629.

(22) *Diritto amministrativo*. Padova, 1922. Vol. I, págs. 110 a 112.

(23) Para TAMBARO, la jurisprudencia, en su diario contacto con las variadas manifestaciones de la actividad administrativa, valoriza su íntima esencia a la ley de los principios generales del Derecho y de aquellos que particularmente se refieren a la función administrativa. *Diritto amministrativo*. Napoli, MCMXXX, pág. 9.

RISCIOLI, al estudiar la doctrina como fuente del Derecho, dice que los principios generales del Derecho, a los que se refiere el artículo 3.º de las disposiciones preliminares del Código civil, no pueden ser dados más que por ley, y sólo en parte por la jurisprudencia. Añade: «Sólo en estos estrechos límites la doctrina es fuente del Derecho». *Istituzioni di Diritto amministrativo*. Torino, 1932, pág. 29.

Como puede observarse, en el pensamiento de estos autores la noción de principios generales del Derecho aparece confundida con conceptos más o menos afines.

(24) UGO FORTI: *Diritto amministrativo*. Napoli, 1931, vol. I, págs. 85 a 91. La posición del catedrático de la Universidad de Nápoles está llena de sugerencias interesantes que habrán de ser estudiadas por nosotros en otro lugar de esta obra.

Para D'ALESSIO, los principios generales del Derecho pueden considerarse como verdadera y propia fuente del Derecho o como simples criterios de interpretación. Cuando falta una expresa norma legal, se puede recurrir a ellos para encontrar aquella directriz que servirá para resolver un caso concreto (25).

En el pensamiento de BORSI, la equidad, considerada, según él, como el conjunto de principios que, si no recogidos aún por el Derecho positivo, están impregnados de un difuso sentido de justicia, puede ser fuente del Derecho administrativo. En el silencio del Derecho la equidad debe inspirar a la autoridad administrativa. El poder discrecional no es un poder ilimitado; debe obedecer a las directrices que resultan del conjunto de la legislación administrativa y la equidad. Esta puede estimarse fuente cuando trae su eficacia de un principio general del Derecho administrativo, y precisamente a través del principio que la admite puede obtenerse su tutela de parte de los órganos de la jurisdicción administrativa. Añade luego: «La equidad puede ser fuente del Derecho administrativo cuando a ella, expresa o implícitamente, hagan remisión las normas legales o reglamentarias» (26).

Para ZANOBINI, los principios de equidad pueden presentarse como norma jurídica cuando sean contenidos en los artículos de la ley o constituyan el fundamento de una serie de disposiciones, de tal forma, que puedan ser considerados principios jurídicos generales. En estos casos, el deber, puramente moral, de su observación se convierte en deber jurídico con las consecuencias que de ello se derivan (27). Sin embargo, luego nos dice: «La única fuente del Derecho no escrito es la costumbre: no puede, en realidad, enumerarse entre las fuentes la analogía y los principios generales del Derecho, los cuales son más bien formas de conocimiento del total ordenamiento y medios de interpretación y de ordenación de las normas» (28). Siguiendo este criterio, al hablar de la interpretación de las leyes, recuerda el precepto del artículo 12 del nuevo Código civil italiano, que remite a la analogía y a los principios genera-

(25) *Istituzioni di Diritto amministrativo italiano*. Torino, 1932, vol. I, págs. 155 y 156.

(26) *Appunti di Diritto amministrativo*. Padova, 1926, vol. I, págs. 232 y sig.

(27) *Corso di Diritto amministrativo*. Milano, 1947, vol. I, pág. 52.

(28) *Idem* *Id.*, pág. 69.

les del Derecho italiano. Estos deben ser entendidos, según él, como principios generales del Derecho administrativo italiano y, en su defecto, a los principios generales del total ordenamiento italiano (29).

En Portugal, A. DUEIRO negó la posibilidad de existencia de lagunas en el Derecho administrativo (30). CAETANO no estudia los principios generales del Derecho entre las fuentes del Derecho administrativo, sino en el capítulo dedicado a la interpretación de la ley administrativa y bajo el epígrafe de «Integración de las lagunas de la ley administrativa»; sin embargo, establece diferencias entre interpretación extensiva de las leyes e integración de las lagunas legales. La primera —expresa— es la nueva determinación del sentido exacto y del alcance de un precepto que está en la ley, mientras que la integración consiste en *crear* una norma que *no figura en la ley*, aun cuando está virtualmente comprendida en la misma, pero que no se consagró por falta de previsión, ya que si la ley lo previno y no lo dijo, no hay que integrarla, sino interpretarla en el sentido de dar libertad a los individuos o discrecionalidad a las autoridades, según las circunstancias (31).

Los administrativistas franceses no han podido plantearse el problema de los principios generales del Derecho a la manera de los italianos o de los españoles, ya que, como se sabe, el Código civil francés no formula la doctrina de los principios generales del Derecho. Sin embargo, éstos han tenido en Francia una importancia fundamental en el Derecho administrativo. fácil de apreciar si consideramos las características espe-

(29) *Idem* *id.*, pág. 84. El nuevo Código civil italiano remite no a los principios generales del Derecho, sino a los principios generales del Derecho italiano.

Para completar estas notas sobre el pensamiento de los administrativistas italianos sobre el valor de los principios generales del Derecho en el ordenamiento administrativo, pueden verse, además de los tratados generales, las siguientes obras: ROMANO, *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento giuridico*, Módena, 1925; ZANOBINI, *Gerarchia e parità fra de fonti in Scritti iuridici in onore di santi romano*, Padova, 1940, vol. I; SCAVONETTI, *L'equità della pubblica amministrazione*; en *Studi in onore di Cammeo*, vol. II; SALTELLI, *Potere ejecutivo e norme giuridiche*, Roma, 1926; ROMANO, *L'interpretazione delle leggi Diritto pubblico*, Palermo, 1899; GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939; CRISAFULLI, *I principi costituzionale dell'interpretazione ed applicazione delle leggi*; en *Scritti giuridici in onore di Santi romano*, Padova, 1940, vol. I, pág. 663.

(30) *Reflexões sobre a teoria do desvio do poder*, ... pág. 27. En CAETANO, obra y versión cit., pág. 96, en nota.

(31) CAETANO, obra cit., pág. 96.

ciales con las que el Derecho administrativo surge en el país vecino. El Consejo de Estado, a través de su jurisprudencia de tipo pretorio, ha tenido una importancia capital en la trayectoria del Derecho administrativo francés.

Así, ha podido decir LAFERRERE que la abundancia de textos legales, la diversidad de sus orígenes, la poca armonía que entre sí existe, pueden extravíar al comentador que quisiera aplicar idénticos métodos que al Derecho codificado. La jurisprudencia es aquí una de las fuentes esenciales de la doctrina, porque sólo ella puede separar los principios permanentes de las disposiciones variables, establecer una jerarquía entre los textos y proveer a su silencio, a su insuficiencia, inspirándose en los principios generales del Derecho y en la equidad (32).

Recientemente, en Francia, la doctrina de los principios generales del Derecho ha adquirido una importancia verdaderamente extraordinaria, fundamentalmente en la jurisprudencia del Consejo de Estado. La teoría más curiosa e importante que ha elaborado dicho Organismo recientemente, dice LETOURNER, es la de los principios generales del Derecho. Existen reglas de Derecho no escritas que se imponen al poder reglamentario y a las autoridades administrativas, siempre que no estén expresamente desautorizadas por una disposición positiva (33).

El profesor RIVERO considera que la doctrina de los principios generales del Derecho es la más nueva, la más atrevida y sin duda la menos conocida del Derecho administrativo francés reciente. Estos principios tienen un valor inferior a la ley, en cuanto ésta puede derogarlos sin que ningún juez pueda por ello censurarla. Su valor es, sin embargo, superior al Reglamento, en cuanto que su violación por éste supone el mismo tipo de anulación que si violara la ley. Mas, a veces, en cierto sentido, los principios generales del Derecho tienen un valor de superioridad frente a la ley, en los casos en que ésta, cuando los contradice, se interpreta a la luz de los principios. Ello puede hacerse de dos maneras. Si la derogación de los principios por la ley no es absoluta y manifiesta, el

(32) *Traité de la juridiction administrative et des Recours contentieux*. Paris, 1896, tomo I, pág. XII. Sobre la influencia de los principios generales en la jurisprudencia del Consejo de Estado, véanse los prólogos de JÉZE a la 2.^a edición francesa de sus principios, y a la edición argentina de la 3.^a edición francesa.

(33) *Les progrès récents de la jurisprudence du Conseil d'Etat français*, en «Estudios en honor de Colmeiros». Universidad de Santiago de Compostela, pág. 117.

Juez no vacilará en integrar la ley en el sentido del principio tradicional. En el caso en que la derogación sea terminante, el Juez minimizará tal derogación, considerando que la ley es una excepción al principio general y, por tanto, de interpretación restrictiva.

En cuatro grupos, sigue diciendo RIVERO, pueden agruparse los principios generales del Derecho consagrados por el Consejo de Estado. Uno, el más importante, es el conjunto de reglas emanadas de la Declaración de Derechos de 1789, que constituyen el fondo común del liberalismo tradicional. Un segundo grupo, integrado por reglas formuladas en el Código civil, de otras leyes que se transportan y adaptan al ordenamiento administrativo. Un tercer grupo, que reúne principios cuyo origen es puramente moral y que el Juez impone a la Administración.

Finalmente, el cuarto grupo, formado por principios que el Consejo no extraído del análisis de las realidades, de la naturaleza de las cosas (34).

32.—*El artículo 6.º del Código civil y el Derecho administrativo: Juicio.*

Ha quedado expuesto el pensamiento de la doctrina acerca del valor de los principios generales del Derecho en el ordenamiento jurídico-administrativo. Como habrá podido observarse, el terreno es movedizo y, por tanto, rico en opiniones contradictorias. A nuestro juicio, por encima de las opiniones expuestas, queda flotando el argumento recogido en nuestra jurisprudencia y en parte de la doctrina que proclama la imposibilidad de aplicación al Derecho administrativo del artículo 6.º del Código civil y, por ende, de los principios generales del Derecho a falta de ley. En ello estriba la cuestión fundamental.

Permítasenos una opinión. En nuestro sentir, lo que debemos hacer es plantear el problema correctamente. Tal correcto planteamiento lo desdobra en dos consideraciones: 1.ª ¿Es el artículo 6.º del Código civil aplicable al Derecho administrativo? 2.ª ¿Son los principios generales fuente del Derecho administrativo?

(34) Hemos resumido su trabajo *Los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo francés contemporáneo*, en REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, núm. 6, págs. 289 y sig.

1.ª ¿Es el artículo 6.º del Código civil aplicable al Derecho administrativo? Los que niegan tal posibilidad se basan en que, a falta de texto legal, nos hallaremos en presencia de un acto de la potestad discrecional y que, por tanto, el Tribunal contencioso habrá de declararse incompetente; a diferencia del Juez civil, dicen, que tiene la obligación, aun a falta de texto, de fallar sobre el fondo del asunto. A nuestro juicio, yerran los que así piensan, dado que olvidan lo que sea la potestad discrecional en relación con el principio de legalidad de la Administración, y que, además, por otra parte, confunden la potestad discrecional con las lagunas del Derecho administrativo.

La potestad discrecional no es para la Administración lo que la autonomía de la voluntad es para los particulares. Es axioma del estado de Derecho que toda actividad administrativa, sea discrecional o reglada, ha de tener por base más o menos directa un texto legal. De esta manera la potestad discrecional no supone ausencia de ley, sino precisamente ley que la consagra. Imaginemos un caso, el de la situación de los funcionarios en los casos de alteración de términos municipales. Sabido es que el Reglamento de población y términos municipales sólo ha regulado algunas de las hipótesis en ciertos casos de alteración y respecto, únicamente, de determinados funcionarios.

Muchos otros supuestos no se encuentran resueltos en la ley. ¿Podría considerarse que es discrecional la actividad administrativa que fijara la situación? Indiscutiblemente, creemos que no, y estimamos que, si entablado el contencioso el Tribunal se declarase incompetente por tratarse de potestad discrecional, la declaración de incompetencia sería producto de la confusión entre laguna de la ley administrativa y poder discrecional de la Administración (35).

De aquí podemos concluir que, al menos de *lege ferenda* y técnicamente, el artículo 6.º de nuestro Código civil es de aplicación al Derecho administrativo y que no existe incompatibilidad doctrinal entre dicho precepto y nuestra Ley de lo Contencioso, puesto que el Código civil se plantea el problema de las lagunas del Derecho y la Ley de lo Cont-

(35) CAETANO, obra cit., pág. 96. Obsérvese la diferencia que hace entre la interpretación favorable a la potestad discrecional en los casos de silencio previsto por el legislador y el caso en que tal silencio no fuera previsto. A su juicio, en este supuesto, estamos ante una laguna que hay que integrarla y en cuya integración pueden jugar decisiva importancia los principios generales del Derecho.

cioso el de la potestad discrecional, y laguna y discrecionalidad son conceptos distintos, por lo que la antinomia resulta difícil de comprender.

2.ª ¿Son los principios generales fuente del Derecho administrativo? La cuestión es de trascendencia indiscutible para nuestra disciplina, ya que una respuesta afirmativa autorizaría el recurso contencioso-subjetivo por lesión de Derecho administrativo consagrado en un principio general del Derecho. Por otra parte, plantearía el problema de los límites que los principios generales del Derecho pueden suponer para la potestad discrecional. Sería necesario discutir en el terreno del contencioso-objetivo si la lesión de un principio general del Derecho podría dar lugar a la desviación de poder. En fin, se trata de un problema fundamental para nuestra disciplina y de infinitas posibilidades prácticas y teóricas.

Todos los problemas fundamentales han de ser estudiados despacio. Este con más razón si tenemos en cuenta que la elaboración del concepto de principios generales del Derecho se ha realizado en la doctrina del Derecho civil, sin que hayan faltado tampoco en su construcción los filósofos del Derecho. Mas el Derecho administrativo no puede conformarse a permanecer al margen de la elaboración de un concepto que ha de serle tan fundamental.

El Derecho administrativo, concebido tantas veces como un Derecho especial, tiene que olvidarse de tales concepciones y configurarse como lo que es, como el Derecho común de la Administración pública (36), y, por tanto, no limitarse a recibir los conceptos fabricados por el Derecho común privado.

El concepto de los principios generales del Derecho tiene una doctrina y una interpretación propia y borrosa. La aspiración debe ser entrar en ella y traerla a nuestro campo, donde juega un papel tan importante como el que pueda jugar en el Derecho común privado y donde presenta posibilidades fecundas.

(36) BALLBÉ: *Derecho administrativo*. Separata de la «Nueva Enciclopedia Jurídica», Barcelona, 1949, pág. 79.

II.—CONCEPCIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.

1.—*Origen y evolución de los principios generales del Derecho hasta el Código civil español.*

Para comprender el verdadero significado de una institución, nada mejor que remontarse a sus orígenes y seguir su trayectoria hasta nuestros días. Ello permite al investigador observar el motivo histórico por el que nace una determinada figura jurídica y contrastar así, al cambiar con el tiempo los motivos que le dieron vida, si la institución ha cambiado de naturaleza o si, por el contrario, sigue desempeñando el mismo papel que en otros tiempos llenara.

Según FEDERICO DE CASTRO, hasta la época moderna no adquiere importancia teórica el problema de la naturaleza de los principios generales del Derecho. Ello se debe a la dirección individualista del Derecho que, negando los principios generales al contienzo y elaborándolos luego, dará, favorecida por la razón práctica de la insuficiencia de las leyes y el deseo de conseguir mayor fuerza para sus ideas, un nuevo valor al concepto de aquéllos. Con el iusnaturalismo individualista serán acogidos los principios generales del Derecho en el movimiento codificador (37).

No quiere decir ello que la diferenciación entre normas escritas y reglas no formuladas, pero con fuerza normativa, fuera desconocida de los derechos antiguos. Tampoco puede decirse que el problema de las lagunas de las leyes fuera desconocido por los juristas antiguos. Así GUILIANO escribe: «Neque leges, neque senatus consulta ita scribi possuet, ut omnes casus, qui quandoque inciderint, comprehendatur» (38). En los casos en que el Juez se encuentra sin norma, se debe resolver, en sentir de GUILIANO a través de la analogía: «Non possuet omnes articuli singillatim aut senatus-consultis comprehendere; sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui jurisdictioni praesst, ad similia procedere atque ita jus dicere debet» (39). En el pensar de FADDA y BENZA, la inagotable

(37) Obru cit., pág. 406.

(38) D. I. 3, 10 (cfr. 3, 4, 5, 6, 12, del mismo título).

(39) Fra. 12 del mismo título.

fuente del *ius gentium* y del *aequum et bonum* proporcionaba a los romanos la solución a las frecuentes lagunas del Derecho escrito (40).

Si bien la cuestión de las normas no escritas y de las lagunas de la ley se da en los pueblos antiguos, la doctrina de los principios generales del Derecho en la forma moderna aparece, como hemos dicho, con la dirección individualista del mismo (41).

En el número IV del preámbulo a las leyes civiles del Reino de Cerdeña, de 16 de enero de 1827, se remitía al Juez en los casos no previstos a la jurisprudencia romana. El Reglamento legislativo para los Estados pontificios, de 10 de noviembre de 1834, consignaba en su párrafo I que las leyes del Derecho común, moderadas según el Derecho canónico y la constitución apostólica, serán la norma del Juez civil en lo dispuesto en el Reglamento. El Código civil del Cantón Ticino de 14 de julio de 1837, que entró en vigor al principio del año siguiente, consignaba que lo no determinado será regulado y decidido de conformidad con lo prescrito para casos análogos, y, en defecto de analogía, según las disposiciones del Derecho común (42).

«En las materias civiles, decía el artículo 11 del proyecto de título preliminar del Código francés, el Juez, a falta de ley precisa, es un ministro de equidad. La equidad es la vuelta a la ley natural y a los usos aceptados en el silencio de la ley positiva.» Este pasaje está suprimido en la redacción definitiva del Código Napoleón (43). Sin embargo, ello no

(40) Notas al *Diritto delle pandette* de WINSCHIED. Notas al libro I, en vol. IV, Torino, 1926, pág. 18. Los textos latinos citados están tomados de estos autores.

En los pueblos germánicos de la Edad Media, cuando el Derecho de una ciudad era adoptado por otra, los de aquélla eran consultados por los de la segunda y daban normas para los casos nuevos. En FADDA y BENZA, obra cit.

Sobre la concepción jurídica de la Edad Media, en orden a la diferenciación de ley escrita y precepto no formulado, véase DE CASTRO, obra cit., pág. 406. Véase asimismo pág. 405, sobre la diferenciación griega entre ley escrita y no escrita, basada esta última en la equidad y la tradición.

(41) No debemos olvidar el sentido de la diferenciación antigua, ya que a ella ha de remitirse en su teoría de los principios generales del Derecho un autor de la talla de PACCHIONI, *I principii generali di Diritto*, en «Archivio Giuridico», 1924, páginas 133 y sig.

(42) No debemos tampoco olvidar la remisión que los citados textos hacen al Derecho común o a la jurisprudencia romana, porque en ellos han de encontrar argumentos los defensores de la tesis que mantiene que los principios generales del Derecho se refieren a un Derecho positivo.

(43) Para un administrativista no debe pasar inadvertido el hecho de que el Proyecto hablaba de Juez de materias civiles. Cita FEDERICO DE CASTRO cómo la

quiere decir, aun a pesar del hermetismo exegetico contemporáneo al *Code*, que el Código no tuviera lagunas. Ya PORTALIS dijo en la exposición de motivos: «Habrà, pues, indudablemente una multitud de circunstancias en que el Magistrado se hallará sin ley. En semejantes casos, conviene dejar al mismo la facultad de suplirla por las luces naturales, por lo que le inspiren el buen sentido y la razón. Nada más pueril que el pretender tomar precauciones suficientes para que nunca falte al Juez un texto preciso que aplicar» (44).

El artículo 6.º del Código austríaco dice así: «Si no se puede decidir una cuestión jurídica ni conforme a las palabras ni según el sentido natural de una ley, se tendrá en cuenta lo que se decida por la ley, en los casos semejantes y los fundamentos de otras leyes análogas. Si resultase aún dudoso el caso, se decidirá, de acuerdo con las circunstancias, cuidadosamente recogidas y maduramente pesadas, según los principios jurídicos naturales.» Señala DE CASTRO que, dirigida la redacción por profesores de Derecho natural, hay que interpretar que se pretendía imponer un reenvío a las doctrinas de la Escuela. No obstante, CLEMENTE DE DIEGO pone en boca de ZEILLER, el más influyente quizá de los redactores del Código austríaco, la siguiente afirmación: Las leyes civiles deben ser completas... Si el legislador parte de los principios generales del Derecho, si él establece generales y claros conceptos sobre los múltiples modos de actos jurídicos, si de ellos deriva las reglas generales para el juicio de los derechos y obligaciones que surjan, si él establece un Juez ilustrado y capaz de pensar y le permite subir en la aplicación a las mismas fuentes de que él se sirvió en la concepción o redacción de la ley... es de esperar que no sean muchos los peligros de insuficiencia de ésta. Como fuentes primeras, bien que subsidiarias en su oficio de suplir la legislación positiva, nombra él la razón y la experiencia» (45). Afirmación que nos recuerda la exposición ascensional de FADDA y BENZA, que les llevará a su tesis de los principios generales del Derecho positivo. No

fórmula del Proyecto se conserva en el artículo 21 del Digesto de la Ley civil de Luisiana de 31 de marzo de 1808, aún vigente en el territorio de Orleáns. Obra citada, pág. 107, nota 1.

(44) *Curso de Legislación integrado por los mejores informes y discursos leídos y pronunciados al tiempo de discutirse el Código de Napoléon*. Barcelona, 1839. Tomo I, pág. 99. En DE BUEN: *Las normas jurídicas y la jurisdicción judicial*. «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1916, págs. 86 y 87.

(45) En DE DIEGO: *El artículo 6.º del Código civil español*. «Revista de Derecho Privado», 1914, pág. 5.

conviene olvidar que, dada la redacción del Código austriaco en relación con el pensamiento de ZEILLER, no sería fácilmente rechazable la opinión que viera en su artículo 6.º una remisión tácita a los principios generales del Derecho positivo, previa a la remisión a los principios jurídicos naturales.

El texto del artículo 15 del Código civil albertino, de 20 de junio de 1837, es muy parecido al del 6.º del Código austriaco. Sin embargo, en nuestra materia produce un cambio importante, en cuanto que sustituye la expresión «principios jurídicos naturales» por la de «principios generales del Derecho». Cuando una cuestión, dice, no se puede decidir por la letra ni en el sentido natural de la ley, se tendrá en cuenta lo que decida la ley en los casos semejantes o en los fundamentos de otras leyes análogas; permaneciendo el caso dudoso, deberá decidirse según los principios generales del Derecho, habida cuenta de todas las circunstancias del caso.

El artículo 3.º de las disposiciones preliminares del Código civil italiano de 1865 establecía que cuando una controversia no se puede decidir con una precisa disposición legal, se tendrán en cuenta las disposiciones que regulan los casos semejantes o materias análogas; cuando el caso permanezca todavía dudoso, se decidirá según los principios generales del Derecho. Hay que hacer notar, por ser una cuestión de importancia, que en el proyecto ministerial se utilizó la frase «principios de Derecho natural». DE CASTRO se muestra inclinado a creer que, a pesar del cambio introducido en relación al Código austriaco, no se pensó en un concepto diferente al de «principios jurídicos naturales» que aquél consagrara (46).

Esta es también la tesis de DEL VECCHIO, que cita como argumento el que en toda la discusión que dió lugar el cambio no fué realizada ninguna negación del Derecho natural. Cita también ciertas fórmulas propuestas que indican, a su juicio, la falta de intención positivista que inspiró a los autores del Código (47).

(46) DE CASTRO, obra cit., págs. 407 y 408. Cita DE CASTRO (en nota) la opinión mantenida por algunos de que el cambio fué debido para evitar la indeterminación que el concepto «principios de Derecho natural» podía tener, conforme a la rita transmitida por JUSTINIANO (*quod natura omnia animalia docuit*).

(47) DEL VECCHIO: *Sui principi generali de' Diritto*, en «Archivio Giuridico», 1921, págs. 36 a 39.

Por el contrario, FADDA y BENZA piensan que en las deliberaciones realizadas por el Consejo de Estado sobre el artículo 15 del Código albertino y el 3.º del Proyecto de Código italiano se dieron razones que son las que verdaderamente justifican el cambio producido. Se habló de la insuficiencia de unos preceptos inmutables y del peligro de un Derecho natural de acuerdo con las nuevas exigencias (48).

El moderno Código italiano ha sustituido la frase «principios generales del Derecho» por la de «principios generales del ordenamiento jurídico del Estado». Con lo cual, expresa ZANOBINI, se ha puesto fin a la largamente debatida cuestión de si los principios generales del Derecho debían ser entendidos como Derecho natural o como los del Derecho positivo (49).

La Ley de 7 de junio de 1929 del Estado de la Ciudad del Vaticano establece, en su artículo 22, que «cuando una controversia civil no puede decidirse con una norma precisa contenida en las fuentes contenidas en los artículos precedentes, el Juez, teniendo en cuenta los principios del Derecho divino y del Derecho natural, además de los principios generales del Derecho canónico, decide aplicando el criterio que seguiría si fuese legislador». Como puede observarse, el precepto en cuestión mezcla principios generales de diversos ordenamientos y contiene la decisión, ya establecida en el Código civil suizo, de que el Juez actúe como lo haría de legislador.

Con técnica distinta, al parecer, del Código italiano, se nos presentan los Códigos alemán y suizo. Dentro de su técnica se concede gran importancia al arbitrio del Juez para que juzgue con arreglo a lo justo (50). Como señalaran GARCÍA ALAS y GARCÍA ARCÜELLES, el legislador alemán, haciéndose intérprete de las ideas de su tiempo, da un amplísimo concepto de la ley, concepto que la hace compatible con todos los progresos jurídicos y que no excluye ninguna posible fuente del Derecho. El artículo 2.º de la ley de Introducción dice «ley en el sentido del Código, y de esta ley, es toda norma jurídica» (51).

(48) FADDA y BENZA, obra y lugar cit., pág. 22.

(49) ZANOBINI, obra cit., vol. I, pág. 84, note 70.

(50) *Las normas jurídicas y la función judicial*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», núm. 130, 1917, pág. 345.

(51) *Las fuentes del Derecho y el Código civil alemán*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», núm. 130, 1917, págs. 329 y 330.

«En el recién desaparecido Estado alemán dominó la idea del Derecho como or-

El artículo 1.º del Código civil suizo se expresa en los siguientes términos: «La ley se aplica a todas las cuestiones jurídicas a las cuales puede referirse la letra o el sentido de una de sus disposiciones. En los casos no previstos por la ley, el Juez decide con arreglo a la costumbre, y en defecto de ésta, según las reglas que él establecería si fuera legislador. Deberá inspirarse en este caso en la doctrina y la jurisprudencia más autorizada.» DE BUEN, aun considerándolo inferior al Código alemán, dice que no hay que olvidar que por su técnica especial el Código suizo deja al arbitrio de los Jueces lo que debe dejar, ya que sus artículos dan margen para buscar lo justo allí donde esté (52).

Con estos antecedentes, y prescindiendo de la redacción de otros Códigos, como el portugués y los hispanoamericanos, creemos que podemos ya enfrentarnos con el Código civil español en relación con los Códigos extranjeros que sobre él pudieron ejercer influencia. Para DE CASTRO, la redacción del artículo 6.º del Código civil español pudiera hacer pensar que en ella se recibían ideas del Código italiano o del austriaco y que, por tanto, dicho precepto era de importación. Mas, frente a tal posibilidad, señala el ilustre profesor sevillano que si se consideran los antecedentes de nuestro Derecho histórico se verá lo equivocado de tal afirmación. Para él habrá influido el ejemplo extranjero en la declaración de nuestro Código, pero el pensamiento, e incluso la fórmula, son propios del Derecho tradicional español. El artículo 6.º sólo se extranjerizará si es interpretado con arreglo a teorías extrañas a nuestra tradición.

Si bien el proyecto de 1851 no señalaba los principios generales del

denamiento de la vida de la comunidad popular. El Derecho de esta comunidad estaba fundamentalmente contenido en el Derecho escrito —la ley—, pero también había un Derecho informal, no escrito, que colmaba las lagunas legales y proporcionaba el espíritu necesario para la interpretación de las leyes anteriores si la interpretación se efectuaba de acuerdo con la naturaleza y las exigencias del Estado nacionalsocialista.

La teoría de los principios generales del Derecho como fuente del Derecho positivo quedaba así sustituida por la de principios deducidos del espíritu y exigencias de aquel Estado. Era una especie de Derecho natural social, y se insertaba en la legislación positiva por el propio imperio de la idea de la comunidad popular.» Ver HUBER, *Verfassungsrecht des Grossdeutschen Reiches*, pág. 199. LABENZ, *Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens*, 1938. En GARCÍA OVIEDO, obra cit., 1948, pág. 44, nota 98.

(52) DE BUEN, lugar cit., pág. 346. DE CASTRO ha puesto de relieve que el Consejo Federal, en 9 de abril de 1941, señala, después de la legislación federal y convenios internacionales, a los principios generales reconocidos del Derecho marítimo antes que el Juez decida como legislador. Obra cit., pág. 408, nota 4.

Derecho en los casos de falta de ley, sólo se debió a que tal consignación era considerada como superflua, por ser evidente para los juristas españoles. Con la aceptación del término, sigue diciendo DE CASTRO, no se ha modificado en nada la situación jurídica anterior al Código (53).

Opinión contraria, al parecer, sostiene DE BUEN, quien después de hacer un detenido estudio de la situación anterior al Código, remontándose hasta la Edad Media, termina con estas palabras: «El examen de nuestras tradiciones jurídicas nos revela que nuestros legisladores, al redactar los artículos 5.º y 6.º del vigente Código civil, pasaron por encima de aquéllas y se fundaron en ajenas corrientes. ¿Motivos? Nuestra crítica debe ser un tanto severa; para apartarse de la tradición jurídica de un país, debe el legislador guiarse por motivos más profundos que los que impulsaron a los legisladores españoles...» (54).

Para DE BUEN, la situación legal anterior a los principios generales del Derecho que introdujo el Código civil era la llamada doctrina legal, cuya frase surgió por primera vez en el Real Decreto de 4 de noviembre de 1838 y que aceptaron las leyes adjetivas de 1855 y 1881. El cambio de expresión (principios generales del Derecho, en lugar de doctrina legal) operado por el Código civil debe ser interpretado, dice DE BUEN, en el sentido de que el legislador quiso dar una mayor amplitud al Juez, librándole más de la Ley. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, dice, no lo ha entendido así (55).

A nuestro juicio, no existe contradicción entre el pensamiento de DE CASTRO y el de DE BUEN en lo tocante al mayor o menor acomodo que

(53) Obra cit., págs. 418 y 419. «La base 1.ª de la ley de 1888 impone el criterio a seguir: interpretar el artículo 6.º conforme al capital pensamiento del Derecho histórico patrio.» GARCÍA GOYENA no permite dudar del pensamiento con que se redactara el proyecto; después de aludir a los Códigos sardo (art. 15) y austriaco (artículo 7.º) y de referirse a la actividad del Juez, agrega: «La equidad, tan recomendada en el Derecho, no es otra cosa que la razón o justicia natural y ésta debe ser el verdadero suplemento de las leyes expresas.» GÓMEZ DE LA SERNA creía en la existencia de principios inmutables que están en la conciencia del género humano. No son leyes, sino leyes de leyes, reglas de orden superior que siempre se suponen, aunque no se reduzcan a fórmulas oficiales de la ley ni pasen por las solemnidades de una publicación que nadie necesita para conocerlas. En nuestra doctrina, dice DE CASTRO, la teoría primera y más generalmente admitida por los autores para explicar el contenido de los principios generales era la de identificarlos con los del Derecho natural. Citas tomadas de DE CASTRO, págs. 418 y 419.

(54) Artículo citado, «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», número 130, 1917, pág. 20.

(55) Idem id., págs. 15 y 17.

los principios generales del Derecho pudieran tener en nuestra tradición jurídica. Ciertamente, DE BUEN critica al artículo 6.º por no acomodarse a nuestra tradición. En su pensamiento la tradición española no consideraba al Juez como un autómatas, sino que ha sido siempre partidaria de una cierta personalidad en el juzgador (56). Su crítica a los artículos 5.º y 6.º del Código se basa precisamente en el olvido de la tradición. Mas la crítica no debe llegar en ese sentido, a los principios generales del Derecho, ya que estima, como hemos visto, que su formulación por el Código indicaba el deseo, tan arraigado, según él, en nuestra tradición, «de dar una mayor amplitud al Juez, libertándole más de la ley» (57).

Al llegar a este punto podemos considerar terminada la evolución legal que «los principios generales del Derecho» han seguido hasta venir a integrarse en nuestro ordenamiento en el artículo 6.º del Código civil. Tenemos también estudiado el significado de nuestra tradición jurídica en orden al concepto de principios generales del Derecho. Tradición jurídica española que no debe ser olvidada si queremos encontrar el verdadero sentido que los principios generales del Derecho pueden desempeñar en nuestro ordenamiento.

Por nuestra parte, debemos hacer notar que a través del estudio realizado se ha puesto de relieve cómo el concepto de principios generales del Derecho surge más en relación con el problema de las lagunas de la ley que con el de las fuentes del Derecho. Mas la cuestión de la integración de las lagunas de la ley está, sin embargo, íntimamente ligado con el de las fuentes del Derecho. Al llegar aquí surgen interrogaciones capitales. Todos los medios con que cuenta el Juez para integrar las lagunas de la ley y fallar en cada caso concreto, ¿son fuentes del Derecho? Si las fuentes de Derecho suponen la creación o positivización de una norma jurídica, ¿los principios generales del Derecho son norma? Indiscutiblemente no todos los principios constituyen norma jurídica en sentido téc-

(56) «Para las Partidas, como para el Espejo de Suavia, en cambio, el Juez no es sólo un aparato de subsumir, una máquina de juzgar, un autómatas jurídico, no debe limitarse a poner su inteligencia abstracta en la averiguación del Derecho; debe infundir en su actividad su voluntad y su entusiasmo.» Añadé: «¡Cuán lejos está el ideal trazado por ambos libros del ideal del Juez soñado por los ardientes defensores de la división de poderes!» Palabras de DE BUEN, lugar cit. «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», núm. 129, pág. 353.

(57) Trabajo cit., «R. G. L. y J.», núm. 130, 1917, pág. 17.

nico. Todas estas cuestiones son fundamentales para saber si los principios generales del Derecho son o no fuentes del Derecho. ¿Todos los principios generales del Derecho quedan positivizados como normas, en virtud del artículo 6.º de nuestro Código civil, o, por el contrario, adquieren fuerza positiva en virtud de la sentencia que los acoge? ¿El artículo 6.º del Código civil ha querido expresar, como suele entenderse, que los principios generales del Derecho son fuente del Derecho español? ¿Qué debe entenderse por principios generales del Derecho?

Fácilmente podrá comprenderse las serias dificultades que la cuestión encierra, aumentadas en nuestra patria merced al concepto de doctrina legal, ya admitido en España en la ordenación aljetiva cuando el Código se promulgó. El concepto de infracción de doctrina legal motivo del recurso de casación, según nuestra ley de Enjuiciamiento civil, ha servido para desfigurar el concepto de principios generales del Derecho, ya que la jurisprudencia se ha pronunciado con frecuencia sobre los principios generales del Derecho en función del concepto de doctrina legal. En su lugar oportuno será tratado este problema, y también se estudiará la específica situación del Derecho administrativo en orden al concepto de doctrina legal. Quede aquí formulada la cuestión como indicadora del peligro que puede encarnar el conocer el concepto de principios generales del Derecho a través de la jurisprudencia.

2.—*Los principios generales del Derecho en la doctrina.*

Para llegar a poder formar opinión, estimamos oportuno pasar revista al juicio de los autores sobre lo que sean los principios generales del Derecho. Es necesario conocer cuál haya sido el concepto que la doctrina española haya formado sobre los principios generales del Derecho y su valor en nuestro ordenamiento una vez consagrados por el artículo 6.º de nuestro Código civil. Han sido, en especial, los civilistas quienes han detenido su pensamiento más hondamente sobre la cuestión.

CLEMENTE DE DIEGO dedicó profundo estudio al problema de las fuentes del Derecho en nuestro Código civil. A su juicio, existe una notable imprecisión en la delimitación del concepto de los principios generales del Derecho. Estas son las ideas madres que informan el sistema de un

Derecho positivo, verdades universales y axiomas del Derecho. En este sentido, aun existiendo solución concreta en la ley es indudable, dice, que no se aplicaría con plena certidumbre sin el asidero de los principios generales del Derecho. Entendidos en este sentido, suben, a su juicio, en la práctica judicial de fuente de tercer grado a norma primaria de aplicación. Sin embargo, sigue diciendo, en este concepto los principios generales del Derecho no se aplican por sí mismos, sino en cuanto fuentes de conocimiento de la Ley, dando claridad a las soluciones contenidas en ella.

Pero junto a este concepto se presentan los principios generales del Derecho, continúa, realizando una función con virtualidad propia, dando soluciones no contenidas en la ley. Tal función se realiza en defecto de ley y de costumbre. Esta doble función de los principios generales del Derecho ha sido confundida y no debidamente matizada por la jurisprudencia.

En opinión del citado autor, tres son las hipótesis en las que la ley puede presentarse defectuosa en relación a un caso concreto. Tales hipótesis son la oscuridad, la insuficiencia y el silencio. La primera se puede subsanar por interpretación, y asimismo la insuficiencia. El silencio de la ley puede ser relativo y absoluto. El primero puede también ser superado a través de la interpretación. El silencio absoluto requerirá, por el contrario, otra fuente: en nuestro Derecho, la costumbre del lugar o los principios generales del Derecho.

Nuestro Código expresa: «Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre, y en su defecto, los principios generales del Derecho.» CLEMENTE DE DIEGO se pregunta: ¿Cuándo podrá decirse que no existe ley exactamente aplicable a un caso controvertido? El núcleo de una ley, escribe, está constituido por la regla elemental del Derecho, que es un juicio o una proposición condicional, compuesto a su vez de hipótesis (el punto controvertido), y de tesis (afirmación expresiva del Derecho y deber ínsito en aquella relación, de la ordenación jurídica conveniente del caso en cuestión). El problema es ver si el caso está o no comprendido en el supuesto de la regla (hipótesis). Cuando coinciden el punto controvertido y la hipótesis de la regla no hay problema; se resuelve con arreglo a la tesis de la norma.

Por el contrario, cuando el punto controvertido no coincide con exactitud en la hipótesis legal, no puede decirse que haya ley exactamente aplicable. ¿Es entonces, se pregunta DE DIEGO, cuando debemos pasar a las otras fuentes del artículo 6.º? A su juicio, no. Hay que hacer rendir a la ley el máximo de su virtud normativa, la cual se encuentra, más que en su periferia, en su interior sustancia. Al lado de las soluciones expresas están las soluciones latentes e implícitas que no por ello dejan de ser soluciones legales.

Así como la costumbre y la ley tienen límites, los principios generales del Derecho no tienen, como medio de llenar las lagunas en nuestro Derecho, más límites que los del Derecho mismo. No hay cuestión jurídica que, a falta de ley o de costumbre, no encuentre solución merced a los principios generales del Derecho. El Juez, mediante la técnica y la ciencia, ha de encontrar la regla aplicable al caso huérfano de solución legal; su proceso es el de la indagación del Derecho vivo, todavía no recogido en las fórmulas de la ley ni aprisionado en la práctica consuetudinaria.

DE DIEGO se plantea el problema fundamental de la consideración del principio como norma. Al ser traídos los principios a la categoría de normas de Derecho, tendrán que convenir con éstas en ser dictados de razón y convicciones jurídicas que declaren la ordenación de una relación de la vida social. Hay principios, agrega, que están incorporados a la ley y son normas jurídicas definentes. Otros van en ellas implícitos y están como latentes en las disposiciones concretas de las mismas. Tanto unos como otros tienen, a su juicio, razón de principio y de precepto. En los primeros aparece en primer plano el carácter de norma; en los segundos, el de principio. Es cierto, dice DE DIEGO, que el principio habla a la razón y la norma a la voluntad, pero por ser uno (el principio) y otra (la norma) de Derecho, ambos ligan a la voluntad y son ordenación de la razón al bien. Sin embargo, la diferenciación entre principio consagrado como norma y principio no formulado tiene una gran importancia, ya que a los primeros no hay necesidad de indagarlos y sí a los segundos. La especialidad de éstos, considerados en su aspecto de norma, consiste en ser proposiciones abstractas cuyo grado de abstracción es superior a la ley. Su virtud imperativa procede no tanto de sí mismos cuanto de la ley o precepto que los recoge o del nexo lógico y necesario que les liga con las normas concretas de un Decreto positivo. Su decla-

ración no es obra de la sociedad, ni del Poder legislativo. Es obra de la ciencia y de la técnica del jurista; de aquí que no aparezcan formulados sino en periodos de intensa cultura y de gran desarrollo del Derecho. Sin embargo, aunque no formulados por la sociedad ni por el Poder legislativo, sino por el jurista, su valor no reside en éste, sino en aquéllos.

Otro punto fundamental que la cuestión de los principios generales del Derecho plantea es el de si se trata de principios del ordenamiento positivo o del Derecho natural. Veamos la postura de CLEMENTE DE DIEGO. En primer lugar, estima no existe un abismo entre una y otra tesis. Desde luego, dice, los principios aludidos son los informadores de nuestro Derecho. Sin embargo, la base de inducción de aquellos principios de Derecho es amplia, más de lo que aparece al limitar el concepto de éstos a los de nuestro ordenamiento. Limitar los principios generales del Derecho a los de un determinado ordenamiento positivo, se pregunta, ¿no es confesar la esterilidad de tales principios para su función integradora de la legislación? A su juicio, al ser insuficientes los principios del Derecho positivo, para no oponerse a la inexcusabilidad del fallo del artículo 6.º del Código, hay que buscar la solución en la propia realidad social, investigada con criterio científico, fecundizada e iluminada por los principios de razón y de justicia, y para ello el intérprete goza de más amplia libertad, pues tiene que construir la solución *ex novo* del fondo mismo del ambiente social que le rodea.

Los principios generales del Derecho se presentan en tres estadios, a juicio de DE DIEGO. En el primero, ofreciendo solidez y confirmación a la solución que en la ley o costumbre se encuentra. En el segundo, fecundando las reglas aisladas que en la ley se encuentran y ampliando el círculo de su eficiencia y aplicación, deduciendo de la masa de disposiciones concretas del Derecho positivo los más generales principios. Tal forma específica y técnica de aplicación de los principios generales del Derecho está encomendada principalmente a la analogía, bien de la ley, bien del Derecho. Finalmente, una tercera fase en la que se presentan completando el Derecho positivo y creando nuevas reglas de solución, formulando un Derecho nuevo fuera y aparte del promulgado. En esta tercera función la labor del intérprete se acerca a la del legislador; se trata, en un palabra, de la investigación libre del Derecho.

El Código civil español da por supuesto, según DE DIEGO, el primer estadio, y consagra formalmente el segundo. Los principios no valen por

sí mismos sino en razón del nexo lógico y necesario que los une al Derecho positivo. El Código civil llegó sólo hasta aquí. creía que el Derecho positivo está dotado de una elasticidad que por sí mismo, y a virtud de la analogía, se completaba, sin que se agotase jamás su potencia normativa.

En opinión del autor cuya doctrina glosamos, es necesario recurrir al tercer estadio, en que se nos pueden presentar los principios generales del Derecho, ya que, agotada la fecundidad de los de la ley, ni puede dejar de juzgar ni puede olvidarse la justicia que preside a las relaciones jurídicas concretas. El Código civil suizo consagra este estadio. Nosotros, dice, nos encontraríamos siempre con un obstáculo, ya que, si bien el término principios generales del Derecho no puede ser más general y no contiene limitación alguna, a no ser la de que los principios sean objetivos. Mas, añade, interpretando prudentemente esos principios, no son otros que los de la propia legislación. Sin embargo, termina DE DIEGO, no existe una oposición tajante entre el artículo 6.º del Código civil y el sistema del Código suizo que no supone la libertad y amplitud que a primera vista pudiera pensarse. En el pensamiento de CLEMENTE DE DIEGO los principios generales del Derecho aparecen como fuentes del Derecho inmediatas y subsidiarias de segundo grado (58).

Para DE BUEN, la jurisprudencia no ha sabido utilizar las ricas posibilidades que el establecimiento de los principios generales del Derecho como fuente formal ofrece. A su juicio, tal concepto constituye un instrumento de evolución jurídica, interpretado desgraciadamente con gran timidez. Merced a dicha interpretación, los principios generales del Derecho han quedado reducidos a la misera suerte que le cupo a la doctrina legal antes de la promulgación del Código civil.

Es cierto, dice, que no puede hacerse coincidir los principios gene-

(58) La síntesis sobre el pensamiento de DE DIEGO en relación con los principios generales del Derecho ha sido verificada sobre sus conocidos tratados, y en especial sobre los siguientes trabajos: *Fuentes del Derecho civil español*, 1922, páginas 179 y ss. (en especial). *El artículo 6.º del Código civil español*, «Revista de Derecho Privado», I, pág. 1. *La función jurisdiccional de los Jueces y la aplicación del Derecho en general*, ídem id., pág. 73. *Las fuentes del Derecho civil común en general según el Código civil español*, ídem id., pág. 33. *El método en la aplicación del Derecho*, ídem id., II y III, págs. 258 y 286, respectivamente. *La analogía en el Código civil español*, ídem id., I, págs. 370 y ss., y Discurso leído en la solemne apertura de los Tribunales de 16 de septiembre de 1940.

rales del Derecho y el Derecho natural, mas es también erróneo el pensar que los principios generales del Derecho coinciden con el concepto de principio del Derecho positivo nacional. El legislador, al formular los principios generales del Derecho, sólo formula una exigencia en relación con las normas positivas, y es la de que no se produzca desarmonía o incongruencia.

Por principios generales del Derecho debe entender, según DE BUEN, además de los inspiradores de nuestro Derecho positivo, los elaborados o acogidos por la ciencia del Derecho, o que resulten de los imperativos de la conciencia social. Para su observancia han de reunir dos requisitos: a) Que encajen en el sistema de nuestro Derecho positivo; b) Que estén recogidos en nuestra legislación, o se impongan por su misma evidencia o porque los apoye la doctrina más autorizada (59).

CASTÁN ha estudiado con detenimiento el problema de las fuentes y la aplicación del Derecho. A su juicio, la remisión que el Código civil hace a los principios generales del Derecho concede un amplio margen de libertad al Juez, sin caer en los peligros de arbitrariedad, mejor que las concepciones individualistas de la escuela del Derecho libre. Los principios generales del Derecho garantizan la aplicación del Derecho dentro de criterios objetivos y nacionales. Ellos pueden conciliar las exigencias de la creación complementaria del Derecho con las del reconocimiento de una ley natural suprema, con los imperativos y ventajas de la seguridad y unidad que deben presidir el sistema jurídico positivo. El Juez, cuando no encuentre ley exactamente aplicable, goza de una amplia libertad en el uso de las fuentes subsidiarias.

Frente a la tesis de DE CASTRO, sostiene CASTÁN que el artículo 6.º establece la jerarquía de las fuentes y que, por tanto, los principios generales del Derecho son fuente secundaria o de aplicación subsidiaria, si bien coincide con DE CASTRO en que para aplicar la ley hay que vivificarla con los principios generales del Derecho que pueden ser de Derecho positivo y de Derecho natural.

(59) Véase *Introducción al estudio del Derecho civil*, ed. de la «Revista de Derecho Privado», pág. 323. Además, *Las normas jurídicas y la función judicial*, publicado en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», núms. 129 y 130, años 1916 y 1917.

En otro lugar observa CASTÁN la amplitud con que la moderna doctrina concibe a los principios generales del Derecho. A su juicio, la amplitud que debe darse a los mismos, que fundamentalmente son los del Derecho positivo vigente, viene recogida en estos dos supuestos: a) Que los principios generales del Derecho no deben extraerse sólo del Código civil, sino del total ordenamiento jurídico, del que forman parte leyes especiales y una ley política fundamental, que pueden recoger, mejor que el Código mismo, el estado actual de la conciencia jurídica patria; b) Agotada la orgánica potencialidad de la legislación positiva, podrá el Juez buscar en la doctrina científica, suficientemente unánime y autorizada, y en los resultados de su propia investigación de los ideales de justicia y de las realidades de la vida social, la solución del caso no previsto (60).

Con los principios generales del Derecho, dice DE CASTRO, se alude directamente a un tipo de exteriorización del Derecho, a los criterios de valoración no formulados, a la que se reconoce fuerza de evidencia jurídica. ¿Dónde se encuentra la fuerza social o fuente que crea y da vigor jurídico a los principios? A esta pregunta contesta DE CASTRO que lo mejor será seguir la pista a cada tipo de principio y determinar su peculiar causa de eficacia. Las reglas del Derecho natural se encuentran por encima de la realidad social, y aun siendo la medida del Derecho positivo, necesitan, sin embargo, la positivación para formar parte del ordenamiento positivo. Estas reglas de Derecho natural pueden positivarse de varias formas, convirtiéndose en leyes o en costumbres, pero sólo merecerán el nombre de principios generales del Derecho natural cuando la recepción se hace por la comunidad y sin que se formule una regla específica.

Los principios sociales que expresan la convicción de un pueblo, sigue diciendo DE CASTRO, son creación del vivir de la comunidad, y, a la vez su autoridad se deriva de la misma comunidad. Coinciden el origen de

(60) *Elaboración y aplicación del Derecho*, empezados a publicar en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1944, págs. 176 y ss. *La actividad modificativa o correctora de la interpretación e investigación del Derecho*, Murcia, 1946. *Orientaciones modernas en materia de fuentes del Derecho privado positivo*, en libro homenaje a don Felipe CLEMENTE DE DIEGO, Madrid, 1940. Véanse, además, sus conocidos tratados y *La equidad y sus tipos históricos en la cultura occidental europea*, Madrid, 1950. *La idea de equidad y su relación con otras ideas morales y jurídicas afines*, Madrid, 1950.

su contenido y el de su eficacia jurídica; así como la ley es la expresión de la voluntad de la comunidad a través de la voluntad política, los principios generales no tienen formulación y suponen la convicción nacional. Por otra parte, así como la costumbre, sin ser formulada, tampoco supone un uso social, los principios no requieren ese uso para su afirmación; les basta cualquier modo de revelar su existencia.

Las directivas políticas, enunciadas por la minoría que redacta el programa de gobierno, llegan con más dificultad a convertirse en principios generales del Derecho. O se incluyen en una ley, o la positivación se produce por la aceptación de la comunidad, en cuyo caso adquieren carácter de principios generales.

Como podrá observarse, la positivación de los principios generales del Derecho se produce por la comunidad, de donde se deduce, dice DE CASTRO, que tenga una significación primaria entre las fuentes. Los principios generales del Derecho aparecen en esta forma en tres tipos fundamentales: principios de Derecho natural, principios tradicionales y principios políticos. Estos últimos, además de estar subordinados a la fuerza legitimadora del Derecho natural, no habrán de contrariar los principios nacionales para su mejor eficacia social.

Las funciones de los principios generales del Derecho en relación con el Derecho positivo son las siguientes: a) Constituyen el fundamento del ordenamiento positivo; ellos no son la consecuencia del ordenamiento positivo, sino, por el contrario, constituyen su fundamento; b) Orientan la labor de interpretación; c) Son fuente en caso de insuficiencia de ley y de costumbre; son de esta manera la fuente inagotable del Derecho y el expediente arbitrado para resolver el problema de las lagunas de la ley.

A juicio de DE CASTRO, los principios generales del Derecho están fuera de la estricta subordinación jerárquica de las fuentes del Derecho. Es erróneo pensar que el artículo 6.º del Código civil es el que establece la jerarquía de las fuentes en nuestro ordenamiento. Es el artículo 5.º del Código el único que señala la preferencia sustancial de las normas, y ni éste ni el 6.º dicen nada de si la Ley o la costumbre pueden derogar los principios generales del Derecho o viceversa. El artículo 6.º del Código civil lo que hace es señalar una regla práctica indicando al Juez el modo de fallar. Los principios generales del Derecho no pueden estar

sometidos a un orden escalonado de preceptos, porque son los inspiradores de todo el ordenamiento jurídico (61).

Hasta seis distintas tendencias ha observado STOLFI en la doctrina italiana. Para unos se trata de los principios del Derecho natural; para otros, de la equidad; para otros, del Derecho romano. los contenidos en las obras de los antiguos intérpretes, los admitidos generalmente por la ciencia o los extraídos del sistema de la legislación vigente (62). Sin embargo, hace notar CASTÁN que fundadamente todas las tendencias se refieren a dos grandes direcciones, las iusnaturalista y filosófica y la positiva o histórica (63). Finalmente, ha hecho resaltar ZANOBINI que el moderno Código italiano, al referirse a los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado, ha resuelto en favor de la tesis positivista la larga y debatida cuestión (64).

No vamos a traer aquí todas y cada una de las distintas opiniones, pues ello sería desorbitar este trabajo; pero necesariamente hemos de hacernos eco de aquellas que más fundamentalmente han influido en la determinación del concepto que estudiamos.

Para FADDA y BENZA los principios generales del Derecho se refieren a los del Derecho italiano, son las máximas en que él se informa. No son principios vagos o indeterminados, sino concretos y determinables con sano método. Ese método, dice, es el que proclama SCIALOJA. Consiste en abstraer y generalizar de las disposiciones legales hasta llegar al concepto más general para, una vez obtenido éste, volver a descender al caso concreto, juzgándose de esta manera como lo hubiera hecho el propio legislador si hubiese previsto el caso.

Los mismos autores se plantean el problema de si, una vez inducido y generalizado el principio, termina la actividad del intérprete de tal manera que la resolución del caso se obtenga por la libre actividad judicial. A su juicio, no puede decirse que el Juez crea las normas, ya que la aplicación de los principios deducidos a los hechos nuevos no puede calificarse de creación. La solución no queda al arbitrio del Juez, sino

(61) DE CASTRO, obra cit., véanse los capítulos relativos a fuentes del Derecho (primero de la tercera parte) y al de los principios generales del Derecho (cuarto de la tercera parte).

(62) *Diritto civile*, tomo I, págs. 613 y sig.

(63) CASTÁN: *Orientaciones modernas...*, cit., pág. 168.

(64) ZANOBINI: *Corso...*, vol. I, pág. 84, nota 70.

que necesariamente viene dada por la combinación de los hechos con el principio general existente. De igual manera que las reacciones químicas se producen necesariamente por la combinación de los elementos, así también la solución de los casos nuevos se produce necesariamente al aplicarle los principios dados (65).

DEL VECCHIO considera que entender por principios generales del Derecho tan sólo los del Derecho positivo supone dejar sin resolver el problema que el legislador quiso resolver mediante la remisión a los principios generales del Derecho a falta de ley aplicable. Si por vía de inducción se obtienen los principios generales del Derecho positivo, éstos serán incapaces para resolver los casos que la vida, en su continuo fluir, puede presentar. Así como el Derecho positivo presenta lagunas, los principios generales del Derecho positivo pueden ser insuficientes para llenarlas.

A juicio de DEL VECCHIO, no puede pensarse en una contradicción entre la fórmula del Código italiano (de 1865) y la del Código austríaco, ya que, si es cierto que el proyecto de aquél hablaba de principios de Derecho natural, el artículo 3.º habla de principios generales del Derecho; el cambio no se operó para excluir al Derecho natural. Tal alteración sólo se produjo, sigue diciendo, para evitar la incertidumbre de la expresión, pero nunca puede encontrarse en dicho cambio un argumento en favor de la tesis positivista e histórica. Creer que existen tantas series de principios generales del Derecho como ordenamientos positivos es negar la existencia de una *ratio iuris* de carácter universal que inspiró a los autores del Código civil italiano.

Debe existir, sigue diciendo, una correspondencia entre lo que se deduce racionalmente de la naturaleza intrínseca de las cosas y las expresas normas legislativas. Cuando se da tal coincidencia, los principios generales viven las mismas normas positivas. Pero en ocasiones las reglas legales presentan lagunas, sea porque el legislador no ha previsto ciertas contingencias, sea porque, habiéndolas previsto, se abstiene deliberadamente de regularlas. En tales casos, señala DEL VECCHIO, aparece la necesidad de recurrir a los principios de razón jurídica natural que recaen sobre toda relación humana y social. De esta necesidad, dice, ha dado testimonio solemne el Código al reconocer a los principios genera-

(65) *Diritto delle pandette...*, cit., notas al libro I en vol. IV, págs. 22 y ss.

les del Derecho el medio supremo de integración de las normas positivas (66).

PACCHIONI ha intentado formular una tesis que tanto difiere de la tesis positivista como de la iusnaturalista. El Derecho actual se presenta fundamentalmente como Derecho codificado o legal. El antiguo Derecho, illice, se presentaba, por el contrario, como un Derecho jurisprudencial, constituido en su mayor parte por la opinión de los doctores o por las decisiones judiciales. Había, pues, una diferenciación entre *leges e iura*, en la que encontraban solución todos los posibles problemas jurídicos. En aquel entonces predominaba la *iura* sobre las *leges*. Hoy se han invertido los términos, ya que predominan las *leges* sobre la *iura*. Sin embargo, hoy sigue subsistiendo la antigua diferenciación merced al concepto de principios generales del Derecho.

Realmente, expresa PACCHIONI, los hechos sociales, el uso, la doctrina y la jurisprudencia son también hoy fuente del Derecho. La contraposición entre *leges e iura*, que expresa en el campo de las fuentes del Derecho el eterno contraste entre Estado y sociedad, no ha desaparecido totalmente. En su pensamiento, los principios generales del Derecho, en contraposición a las singulares disposiciones de la ley del artículo 3.º del Código (a la ley exactamente aplicable, diríamos los españoles), no es más que la expresión actual de la antigua contraposición entre *leges e iura*. Ni la ley ni los principios del Derecho positivo sirven para resolver todas las controversias posibles; sin embargo, los principios de la *iura* constituyen el gran manantial inagotable al que envía el propio legislador cuando la ley no da elementos para decidir (67).

3.—La confusión producida por la deformación del concepto de doctrina legal en nuestra Patria.

Como habíamos dicho en otro lugar, la cuestión de los principios generales del Derecho ha sido oscurecida en nuestra Patria por el concepto de doctrina legal. Cuya infracción es motivo del recurso de casación, según lo establecido en la ley de Enjuiciamiento civil.

(66) DEL VECCHIO: *Sui principi generali dell Diritto*, «Archivio Giuridico», 1921. páginas 33 y ss.

(67) PACCHIONI: *I principi generali di Diritto*, «Archivio Giuridico», 1924. páginas 134 y ss.

Así, ha podido decir MALRO MIGUEL Y ROMERO que los civilistas sostienen, después de la promulgación del Código civil, que la jurisprudencia no es ya fuente del Derecho, «olvidando que la ley de Enjuiciamiento civil continúa subsistente y que, según ella, puede fundarse el recurso de casación en el fondo, tanto en la infracción de la ley como en la de doctrina legal, siendo sabido que ésta no es ni más ni menos que la jurisprudencia uniforme sentada en sus fallos por el Tribunal Supremo» (68). A juicio de este autor, la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal, elevada a la categoría de doctrina legal, no sólo resulta antepuesta en el terreno práctico a los principios generales del Derecho, sino que pretende anularlos, contrariando el artículo 6.º del Código civil (69).

De manera determinante se expresa: sólo pueden estimarse principios generales del Derecho de obligatoria observancia aquellos que este Tribunal haya admitido o admita como tales, y sólo éstos podrán invocarse para fundar un recurso por infracción de doctrina legal (70).

La confusión reinante entre doctrina legal y principios generales del Derecho se debe, a nuestro juicio, a dos razones fundamentalmente: 1.ª A cierta jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre principios generales del Derecho; 2.ª A la deformación del concepto de doctrina legal.

En efecto, el Tribunal Supremo a veces ha negado valor a los principios generales del Derecho que no hayan sido admitidos como doctrina legal. Para poder prosperar en casación la infracción de principios de Derecho es preciso, conforme al artículo 1.729 de la ley de Enjuiciamiento, citar regla o sentencia que autorice el principio de Derecho aplicable (71). De aquí que se haya dicho que los principios generales del

(68) *Los principios generales del Derecho y la doctrina legal como fuentes jurídicas en España*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», núm. 170, 1941, pág. 348. «Los artículos 1687, 1691, 1692 y 1729 de la ley de Enjuiciamiento, dice, están en vigor, puesto que no han sido derogados por el Código civil. La ley de Enjuiciamiento civil considera como doctrina legal la establecida en reiterados fallos de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, fundado en las leyes o en las reglas o principios generales del Derecho, que es lo que propiamente se llama jurisprudencia.» Página 350.

(69) *Idem id.*, pág. 353.

(70) *Enciclopedia Seix, Casación*, de VICENTE AMAR. «¿Dónde encontraremos estos principios generales del Derecho que no están en las leyes? ¿Qué autoridad nos los dará a conocer y establecerá los que realmente son de aplicación? Esta labor es la que el legislador confía a la institución encargada de fijar la jurisprudencia, al Tribunal de Casación.» En lugar cit., tomo V, pág. 287.

(71) Sentencias 19-6-1933, 30-5-1898, 10-5-1902 y 7-2-1935. En ocasiones no se ha llegado a exigir que el principio sea admitido en dos sentencias.

Derecho no son fuente porque o están contenidos en la ley o en la jurisprudencia.

DE CASTRO explica esta actitud defensiva del Tribunal Supremo en relación con los principios generales del Derecho por el escaso número de Magistrados en relación con el elevado de recursos de casación. El pretexto más fértil de recursos hubieron de ser los principios del Derecho por su propia concreción, y por ello se adoptó esa actitud defensiva (72).

En nuestra opinión, existe una razón fundamental para explicar esa actitud defensiva del Tribunal Supremo en casación. Hasta el momento presente hemos visto cómo se les ha dado a los principios generales del Derecho una interpretación amplísima, la que corresponde a la cantera inagotable de las soluciones jurídicas a falta de ley y de costumbre. Se ha interpretado el artículo 6.º como norma dirigida al Juez ofreciéndole los principios generales del Derecho como manantial imperecedero de soluciones. En casación ya no ocurre lo mismo, ya no se invocan los principios generales del Derecho exclusivamente como medio seguro e infalible con el que el Juez cuenta para fallar los casos no resueltos expresamente. Ahora se invocan como auténtica fuente del Derecho, y en este sentido de fuente del Derecho se impone una concepción más severa, más estricta de los principios generales del Derecho. Eso es lo que, a nuestro juicio, hay que ver en la jurisprudencia, a veces excesivamente formalista, del Tribunal Supremo en materia de principios generales del Derecho.

La segunda causa que considerábamos era la deformación operada en el concepto de doctrina legal, que ha venido a confundirse con jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo. No existe la antinomia pretendida (73) entre la ley de Enjuiciamiento civil y el artículo 6.º del Código civil. Ella sólo será posible si se confunde, como se ha hecho, la doctrina legal con la jurisprudencia (74), o cuando, sin confundirlas, se dé a la jurisprudencia el carácter de constitutiva de la doctrina legal.

El concepto de doctrina legal fué introducido en nuestra Patria por

(72) Obra cit., pág. 430.

(73) GUASP: *Comentarios a la ley de Enjuiciamiento civil*, Madrid, tomo I página 46. MIGUEL Y ROMERO, lugar cit., pág. 348.

(74) Sentencias de 28 de abril de 1894, 1 de junio de 1892, 6 de octubre de 1899 y 8 de marzo de 1933.

el Decreto de 4 de noviembre de 1838. Según DE CASTRO, se añadió a la posibilidad de recurrir por infracción de ley la de hacerlo por infracción de doctrina legal, para dar un medio de casar las sentencias que, aunque respetuosas con la letra de la ley, violasen su sentido o los principios jurídicos que mereciesen los nombres de tales (75).

El artículo 3.º del Decreto de 4 de noviembre de 1838 sólo permitía fundar el recurso de casación en cuanto al fondo por infracción de la ley clara y terminante. En su artículo 7.º se decía que habrá que citar la ley o la doctrina legal infringida (76). Por una parte, se habla de violación de ley clara y expresa, y por otra, de infracción de doctrina legal (77), sin aludir para nada a la jurisprudencia del Supremo, como tampoco lo hace la ley de Enjuiciamiento civil.

La doctrina legal no es, según Federico de CASTRO, el modo habitual de resolver los Tribunales una cuestión, como tantas veces se ha afirmado (78). Para PRIETO CASTRO la doctrina legal es la que surge de la ley misma o resulta lógicamente de ella (79). Ha sido tan sólo el excesivo formalismo en algunas sentencias del Tribunal Supremo lo que ha hecho confundir la doctrina legal con la jurisprudencia de aquel alto Tribunal. De aquí que se haya pensado en la antinomia entre el artículo 6.º del Código civil y la ley de Enjuiciamiento civil, antinomia que se ha pretendido salvar en ocasiones buscando el encaje de la jurisprudencia con los principios generales del Derecho (80).

La diferencia entre doctrina legal y jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido puesta de manifiesto por Federico de CASTRO. Doctrina legal es la que tiene valor normativo conforme a la que se ha de fallar el pleito. Doctrina jurisprudencial es una clase de doctrina que sirve

(75) Obra cit., pág. 430.

(76) *Gaceta* de 6 de noviembre de 1838. La ley de 11 de noviembre lo reproduce salvando algunas incorrecciones que se deslizaron en la primera edición.

(77) Se aprecia un cierto paralelismo entre este Decreto y el Código civil. Se habla en aquél de la ley clara y expresa y de doctrina legal. El artículo 6.º del Código civil habla de ley clara y aplicable y en su defecto y en el de costumbre de principios generales del Derecho. Decía GÓMEZ DE LA SERNA: «Violando uno de estos principios, ¿sería justo decir que no hay ley expresa y terminante que los proclame, y, por tanto, no hay tampoco posibilidad de restablecerlos en un fallo de casación si hubiese algún Tribunal que en un momento de extravío los hallara?» La respuesta, dice DE CASTRO, será admitir la casación por infracción de doctrina. Obra cit., pág. 430.

(78) *Idem id.*, pág. 430.

(79) *Derecho procesal civil*, vol. II, pág. 367.

(80) DE CASTRO, obra cit., pág. 508.

para autorizar, que crea una presunción en favor de una interpretación o de un principio que no resulta expresamente declarado en la ley. Doctrina legal y doctrina jurisprudencial aparecen así unidas, pero no confundidas, en el momento de la admisión del recurso. De aquí que el catedrático de la Central, trasladando este pensamiento al campo de los principios generales del Derecho, haya dicho que en la jurisprudencia del Supremo se exige, a los efectos de la casación, que el principio general del Derecho alegado merezca el concepto de doctrina legal, admitiendo como *indicio* de ello que haya sido admitido por la doctrina jurisprudencial (81).

De la discriminación anterior puede claramente deducirse que no pueden confundirse la doctrina legal con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ni tampoco ésta con los principios generales del Derecho. Los principios generales del Derecho tienen propia eficacia sin necesidad de su admisión por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sin embargo, la admisión de aquéllos por la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal crea una presunción de eficacia a su favor.

Para los estudiosos del Derecho administrativo interesa poner en claro el juego que el concepto de doctrina legal y el de jurisprudencia tienen en el orden jurídico-administrativo. En primer lugar, al no existir una casación contra los fallos de los Tribunales provinciales de lo contencioso, no cabe admitir en nuestro Derecho el concepto de doctrina legal a la manera en que el Tribunal Supremo ha interpretado a la ley de Enjuiciamiento civil. En segundo lugar, y dando a la doctrina legal el equívoco sentido antedicho, la jurisprudencia de las Salas 3.^a y 4.^a del Tribunal Supremo no merece el concepto de doctrina legal, a los efectos de la casación (82).

4.—Juicio.

Existen en el artículo 6.^o del Código civil dos posibilidades en orden al juego de los principios generales del Derecho. Es la primera la con-

(81) DE CASTRO, obra cit., págs. 431 y 511.

(82) Las sentencias de 23 de abril de 1929 y 3 de marzo de 1935 establecen que las resoluciones de la Sala de lo Contencioso-administrativo, muy respetables, no pueden servir de norma para que sus apreciaciones deban servir de pauta o guía a las otras Salas, que se desenvuelven y aplican el Derecho en orden distinto del relativo al contencioso-administrativo.

tenida en la propia letra y sentido del artículo. Se indica al Juez la manera de fallar cuando no existe ley exactamente aplicable ni costumbre del lugar. Quedan entonces los principios generales del Derecho como único medio de resolver. En este supuesto la interpretación que hay que dar de los principios generales del Derecho ha de ser necesariamente amplia, y ello por dos razones: primera, porque por hipótesis no hay ley ni costumbre aplicable; segunda, por la necesidad de hacer compatible a los principios generales del Derecho con la obligación que se impone al Juez de fallar en todo caso. De aquí que nos parezca acertada la tesis de DE CASTRO que incluye dentro de los principios generales del Derecho a los de Derecho natural, los tradicionales, los políticos y los evidentes.

Junto a esta posibilidad existe en el artículo 6.º otra, a nuestro juicio, fundamental en el orden de la admisión como fuente de los principios generales del Derecho. Me refiero a la posibilidad de ser invocados ante los Tribunales para que con arreglo a ellos se falle el asunto. Aquí necesariamente se impone no un criterio más estricto del concepto de principios generales del Derecho, sino una comprobación de que el principio invocado es principio general del Derecho. Al mismo tiempo se tendrá que alegar que dicho artículo es de aplicación al caso controvertido, que éste no encuentra, por tanto, solución en la ley que rija la materia debatida ni en la costumbre, y en el caso en que el principio invocado sea de Derecho positivo, habrá que razonar que informa también a la legalidad, que, de no ser imperfecta, debió resolver el punto controvertido.

De aquí que podamos terminar afirmando el carácter de fuente de los principios normativos generales del Derecho, en el sentido de que pueden ser invocados ante los Tribunales. Mas su alegación en juicio no puede ser hecha alegremente, invocando el principio sin más: es necesario conexionalo con la ley imperfecta que debió resolver el asunto controvertido. Esta afirmación presenta en el Derecho administrativo muy serias objeciones, sobre todo desde el punto de vista del Derecho constituido, al que se ha entendido en el sentido de que exige para que prospere un recurso contencioso-administrativo la invocación del precepto escrito que reconozca el derecho subjetivo lesionado, requisito imposible de cumplir en los casos de laguna de la legislación administrativa. Tan interesante cuestión es objeto de nuestra atención en los siguientes epígrafes.

III.—LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO, LA POTESTAD DISCRECIONAL Y LAS LAGUNAS DE LA LEGISLACIÓN ADMINISTRATIVA.

1.—*Principio de legalidad, potestad discrecional, autonomía de la voluntad y laguna de la legislación administrativa.*

Para estudiar el problema y para llegar, o, mejor dicho, para intentar llegar a una adecuada solución, nada mejor que realizar un correcto planteamiento de la cuestión. Ello se consigue, a nuestro juicio, relacionando la potestad discrecional con el llamado principio de legalidad de la Administración. De tal conexión habrá de resultar con claridad la diferencia existente entre tres conceptos que aparecen con frecuencia confundidos y cuya separación es de tal manera capital para nuestro estudio, que sin ella no podrá llegarse a buen fin. Tales conceptos son: potestad discrecional, laguna de la legislación administrativa y autonomía de la voluntad.

Centrada la cuestión en la forma antedicha, ha de estudiarse previamente la relación que existe entre el principio de legalidad de la Administración y la potestad discrecional. A diferencia del Derecho privado, en el que los particulares pueden realizar todo lo que no esté prohibido por la ley, en el Derecho administrativo los entes públicos sólo pueden realizar la actividad que caiga dentro de las atribuciones que la ley les señale. El Derecho administrativo no es tan sólo un límite de la actividad administrativa, sino también, modernamente, su fundamento y razón de ser. La Administración, como ha señalado BALLBÉ, sólo puede lo que cae dentro de su competencia (83).

El principio de legalidad de la Administración no es ni puede ser entendido como la necesidad de que la obligación atempere su conducta

(83) *Derecho administrativo*, Separata de la «Nueva Enciclopedia Jurídica», Barcelona, 1949, pág. 63.

«El Derecho administrativo tiene como fundamental piedra de toque para equilibrar la licitud de cada acto que se presente como acto administrativo el siguiente: «Quæ non sunt permissæ, prohibita intelligentur», referido a la Administración.»

a la legislación vigente. Ello es, desde luego, cierto, pero incompleto. Lo esencial del principio de legalidad es que cada actividad de la Administración encuentre un fundamento y una razón de ser directa o indirecta, inmediata o mediata, en una ley formal (84).

De aquí que pueda concluirse que la potestad discrecional, cuyo ejercicio da lugar a una actividad administrativa discrecional, ha de encontrar también su fundamento y su razón de ser en una ley. «La discrecionalidad, como BALLBÉ dice, no se funda en la ausencia de preceptos jurídicos que limiten la actividad de la Administración, sino en la atribución, por el Derecho, de una libertad de apreciación» (85).

La potestad discrecional es atribuida a los administradores por el legislador de una manera reflexiva, y constituye por ello su atribución una verdadera voluntad del legislador y no una imprevisión. «Ha habido, pues, un desplazamiento en la discrecionalidad, dice LÓPEZ RODÓ. Antes se movía al margen de la ley. Ahora es una libre apreciación de la ley, y por lo mismo, se apoya siempre en una ley. No se encuentra al margen de la ley, sino dentro de ella. Pero esta ley no esclaviza a la Administración, no desciende al detalle, como la de los revolucionarios franceses, sino que deja la apreciación de estos detalles a los órganos administrativos» (86).

De cuanto llevamos dicho aparece con claridad la diferencia que existe entre la potestad discrecional de la Administración y el principio de la autonomía de la voluntad. Este supone libertad de actuación en lo no prohibido por la ley; aquélla supone libertad de actuación cuando la ley autoriza dicha libertad. La autonomía de la voluntad y la potestad discrecional suponen ambas el reconocimiento de un margen de libertad en el ordenamiento jurídico, pero mientras aquélla se reconoce por vía general, salvo en los casos prohibidos, la potestad discrecional se va concediendo en forma dosificada para cada caso concreto. La potestad discrecional no supone una facultad amplia y general de la que el administrador puede usar siempre que no encuentre prohibiciones legales. Supone, por el contrario, una facultad de actuación concreta que

(84) MERKL: *Teoría general del Derecho administrativo*, cd. española, pág. 223.

(85) Lugar cit., pág. 64.

(86) *La discrecionalidad de la Administración en la doctrina extranjera*, en «Revista de Estudios de la Vida Local», 1947, pág. 16.

la ley le concede en cada caso determinado. Ello no quiere decir que en ocasiones la potestad discrecional venga formulada en términos amplios, mas lo fundamental es que la mayor o menor amplitud de dicha potestad encuentra razón de ser en la ley que la autoriza.

Estudiado el entronque entre el principio de legalidad y la potestad discrecional, y diferenciada ésta del principio de autonomía de la voluntad, abordamos ahora la diferenciación existente entre potestad discrecional y laguna de la legislación administrativa. En muchas ocasiones se observa la posibilidad de cuestiones que, perteneciendo a la competencia de un órgano de la Administración, no se encuentran reguladas por la ley. Pensemos en nuestro presidente de la Diputación, en cuyas atribuciones entran todas las facultades de gobierno y administración de los intereses peculiares de la provincia que no estén atribuidas de modo expreso a la Diputación (87). No puede negarse la amplitud de sus atribuciones; todo lo que afecte a los intereses peculiares de la provincia entrará en las atribuciones de la Diputación o del presidente. Mas la legislación provincial española puede dejar, y de hecho deja, muchas cuestiones sin regular. En tales casos tenemos órganos competentes y no tenemos ley aplicable a la cuestión jurídica planteada. ¿Podría decirse en tales casos que el órgano competente habría de actuar en el ejercicio de la potestad discrecional? A nuestro juicio, no puede decirse en tales casos y en términos generales que su actividad pertenece al orden discrecional.

Cuando ello ocurre no estamos en presencia de tal potestad, sino que nos encontramos en presencia de una laguna, o para mejor decir, ante una imperfección de la ley (88). Ahora bien, toda ausencia de ley no es laguna o imperfección. En ocasiones, el legislador habrá preferido callar voluntariamente para autorizar con ello el ejercicio de la potestad discrecional. Aunque tal técnica legislativa no es aconsejable, cabe admitir su posibilidad de existencia. A este respecto, señala CAETANO que cuando la ley calla intencionadamente respecto de ciertos casos o de ciertas formalidades, hay que interpretarla en el sentido de dar discrecionalidad a las autoridades. Frente a ello señala el profesor portugués el si-

(87) Artículo 6.º Decreto de 22 de abril de 1949.

(88) Para Federico de CASTRO es aconsejable prescindir de la palabra laguna de la ley y sustituirla por la de imperfección de la ley. Obra cit., pág. 478.

lencio de la ley, en el que ni siquiera pensó el legislador; se trata de una imprevisión y, por tanto, de una laguna de la ley (89).

Según este pensamiento, cuando nos encontramos ante una ausencia de ley administrativa, lo primero que se plantea es un problema de interpretación. ¿La intención del legislador fué conceder potestad discrecional y por ello calló? Caso de solución negativa, nos encontraremos frente a una laguna o imperfección en la legislación administrativa.

Según lo expuesto, puede fácilmente deducirse la diferencia que existe entre potestad discrecional y laguna de la legislación administrativa. Esa diferencia entre uno y otro concepto no implica un antagonismo, ya que donde existe una laguna o imperfección de la ley pueden también existir ciertas facetas de la potestad discrecional. La laguna o imperfección legal supone ausencia de legislación por imprevisión del legislador, sin que ello excluya la posibilidad de que si el legislador hubiera regulado el caso hubiera concedido en ciertos momentos el ejercicio de la potestad discrecional. Lo fundamental para nosotros es que la integración de las lagunas habrá de realizarse según el criterio del artículo 6.º del Código civil, es decir, según los principios generales del Derecho, a falta de costumbre del lugar. Y serán precisamente los principios generales del Derecho los que dirán, en su función integradora, si aun dentro de la laguna de la legislación cabe la potestad discrecional.

De esta manera queda bien claro que no existe ni con mucho esa antinomia entre el artículo 6.º del Código civil y el orden jurídico administrativo. No existe tampoco antinomia entre potestad discrecional y principios generales del Derecho, ya que éstos, en su función integradora, pueden ser los consagradores de la propia potestad discrecional en los casos de lagunas de la ley. El artículo 6.º del Código civil se refiere, como dijimos en otro lugar, al problema de las lagunas o imperfección de la ley, mientras que la incompetencia de jurisdicción del artículo 1.º de nuestra ley de lo Contencioso se refiere a la potestad discrecional.

Podemos, pues, afirmar que el artículo 6.º del Código civil, que se refiere al Juez competente y al problema de las lagunas de la ley, debiera tener verdadera eficacia en el ordenamiento jurídico-administrativo. El juego de los principios generales del Derecho podrá llegar incluso a

(89) Obra cit., pág. 96.

proclamar que dentro de la laguna de la legislación existen cuestiones que pertenecen a la potestad discrecional.

2.—*El artículo 6.º del Código civil y la potestad discrecional.*

Cabe preguntarse: ¿el ejercicio de la potestad discrecional supone en el administrador una actitud idéntica a la del Juez ante la laguna de la ley? ¿Tendrá el administrador que buscar en los principios generales del Derecho el contenido del acto en su aspecto discrecional? Para los que pensamos que entre laguna de la ley y potestad discrecional existen las diferencias que hemos puesto de relieve, se resuelve la cuestión negando toda semejanza entre la actitud del Juez ante la laguna de la ley y la del administrador en el ejercicio de la potestad discrecional.

El administrador, actuando discrecionalmente, no tiene que encontrar la solución adecuada en los principios generales del Derecho. El artículo 6.º del Código civil no rige para la potestad discrecional. Tal vez pudieran parecer estas afirmaciones un tanto heterodoxas. Los que así piensan revelan que su heterodoxia se debe a una falta de ortodoxia en su concepción de la potestad discrecional, de los principios generales del Derecho y del planteamiento del problema que resuelve el artículo 6.º del Código civil.

La potestad discrecional produce efectos jurídicos, y por tanto, no es algo ajeno al Derecho. Pero ello no quiere decir que la determinación concreta del contenido del acto, en su aspecto puramente discrecional, se verifique con arreglo a criterios jurídicos. La potestad discrecional, en su origen, en sus efectos y en su elemento teleológico, es plenamente jurídica; pero en su ejercicio concreto, en su determinación, supone ausencia de criterio jurídico siempre que el administrador se acomode al fin de la ley y actúe dentro de la competencia y de acuerdo con las formas exigidas.

Los principios generales del Derecho no son aptos para determinar el contenido de la potestad discrecional porque la aplicación de los principios generales del Derecho presupone la existencia de una cuestión jurídica que precisamente brilla por su ausencia en la determinación del contenido de los actos administrativos en su aspecto puramente discrecional. El supuesto de hecho de la norma contenida en el segundo pá-

rrafo del artículo 6.º del Código civil es que el punto controvertido sea una cuestión jurídica. La discrecionalidad no lo es. Como acertadamente dice LÓPEZ RODÓ, ésta supone un juicio de oportunidad, pero no de legalidad (90).

Sin embargo, lo dicho anteriormente no quiere decir que en el ejercicio de la potestad discrecional el administrador pueda violar los principios generales del Derecho. Ello es otro problema totalmente diferente. Al igual que el administrador, en el ejercicio de su potestad discrecional, no puede violar lo preceptuado en otras disposiciones administrativas, tampoco puede violar los principios generales del Derecho. Lo fundamental es que éstos, en el ejercicio de la potestad discrecional, se presentan como límites exteriores, pero nunca como determinadores del contenido que ha de darse a la potestad discrecional.

Quede para su lugar oportuno el estudio comparativo del juego que realizan sobre la potestad discrecional los principios generales del Derecho y el elemento teleológico de la ley. Lo que aquí interesa dejar en claro es que la actitud del administrador ante la potestad discrecional es esencialmente diversa de la del Juez ante los principios generales del Derecho en los casos de laguna o imperfección de la ley. En otras palabras: el artículo 6.º del Código civil no tiene aplicación para potestad discrecional.

3.—*El artículo 6.º del Código civil y las lagunas de la legislación administrativa.*

El problema de las lagunas o imperfecciones de la ley se plantea en el Derecho privado principalmente en función de los Jueces y Tribunales. Para los particulares, que son los directamente realizadores del Derecho civil, el problema de las lagunas no se presenta con la acuciante gravedad con que se presenta en relación con los Jueces y Tribunales. Los particulares gozan de la autonomía de la voluntad, que encuentra sus límites en las prohibiciones legales. El problema de las lagunas no se presenta para ellos en forma tan directa e inmediata como se presenta

(90) *La discrecionalidad de la Administración en el Derecho español*, en «*Revista de Estudios de la Vida Local*», 1947, pág. 493.

para el Juez, el cual, en ausencia de ley, no goza de esa autonomía y tiene siempre que fallar de acuerdo con los criterios objetivos señalados en el artículo 6.º del Código civil.

En el Derecho administrativo el problema de las lagunas del ordenamiento se presenta con mayores dificultades. Los que administran no son los particulares, sino los órganos y autoridades de la Administración. De aquí que la cuestión de las lagunas e imperfecciones de la legislación administrativa se plantea en forma directa e inmediata, no sólo para los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, sino también para los propios órganos de la Administración activa, deliberante, consultiva y de vigilancia, que no gozan por lo general, como ya dijimos, del principio de la autonomía de la voluntad, característico del Derecho privado.

La cuestión se plantea para los particulares con características más interesantes que las que presenta el problema en el Derecho privado. No debe olvidarse que para recurrir en vía contenciosa exige nuestra ley de 22 de junio de 1894 la lesión de un derecho administrativo establecido en favor del recurrente por una ley, reglamento u otro precepto de carácter administrativo. Difícilmente podrá invocarse tal precepto en una materia que constituye una laguna del ordenamiento. De aquí la enorme importancia que para los particulares presenta la cuestión de las lagunas del Derecho administrativo.

El problema se presenta en nuestra disciplina con unas características propias que no han sido debidamente percibidas. Su solución afecta en forma directa e inmediata a los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, a los propios y diversos órganos de la Administración y a los particulares. *No conviene olvidar, en este sentido, el carácter revisor que tiene nuestra jurisdicción contenciosa y, por tanto, ante ella han de debatirse cuestiones jurídicas sobre las cuales ya se hayan pronunciado los órganos administrativos, los cuales se ven afectados por la cuestión, tanto en el ejercicio de la potestad de mando como en el de la llamada potestad jurisdiccional administrativa, previa a la jurisdicción contencioso-administrativa solemne y litigiosa.* Con relación a los órganos administrativos, el problema de las lagunas de la ley administrativa se relaciona también con la potestad reglamentaria de la Administración, planteándose el problema de cuándo y hasta qué punto puede la Admi-

nistración, por vía reglamentaria, llenar las lagunas o imperfecciones de la ley.

En este apartado han de ser objeto de nuestro estudio la situación de los Tribunales de la jurisdicción contenciosa ante el problema de las lagunas. Asimismo, examinaremos la posición de los órganos administrativos ante las lagunas de la legislación en los casos concretos.

Por lo que se refiere a los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, ya ha sido resuelta por nosotros en otro lugar de este trabajo la pretendida antinomia que nuestro Tribunal Supremo ha querido ver entre el artículo 6.º del Código civil y la jurisdicción contencioso-administrativa, incompetente para el examen de cuestiones de índole discrecional. La sentencia de 7 de diciembre de 1914 proclamó solemnemente que, al no haber ley aplicable al caso de que se trata, esta jurisdicción no puede aplicar el artículo 6.º del Código civil y acogerse a los principios generales del Derecho. Según el artículo 1.º de la ley de 1894 les está vedado a los Tribunales el conocer de tales cuestiones. La pretendida antinomia entre el artículo 6.º del Código civil y la jurisdicción contenciosa se centra en dos puntos fundamentales. Uno, la índole discrecional de una materia en la que no existe ley aplicable; el otro, la imposibilidad de alegar un derecho administrativo lesionado, al no existir disposición positiva que lo consagre. Con relación al primer punto, nada nuevo hay que añadir a lo ya dicho. No es igual discrecionalidad que laguna de ley, y, por tanto, no puede existir antinomia entre dos preceptos cuyas normas tienen diversos supuestos de hecho.

Con relación a la inexistencia de derecho administrativo preexistente en favor del recurrente al no haber ley aplicable, quede aquí tan sólo formulada la jurisprudencia constante de que la incompetencia de jurisdicción por falta de lesión de Derecho administrativo subjetivo, más que una incompetencia de jurisdicción, implica la resolución del fondo del asunto (91).

(91) ARIAS DE VELASCO puso de manifiesto la inexistencia en nuestro ordenamiento de la diferencia entre requisitos de admisibilidad y requisitos de fondo. *El recurso por exceso de poder*, «Revista de Derecho Público», 1934, págs. 65 y 66.

La jurisprudencia confirmadora de lo expuesto en el texto es reiterada; sin embargo, la sentencia de 25 de octubre de 1934 proclamó que es necesario apuntualizar o concretar el derecho preexistente y cabe la disposición que a favor del demandante lo establece: no bastando a esos efectos a una resolución que perjudicada o razones de

Como hace resaltar BALLBÉ, la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia contencioso-administrativa ha evolucionado considerablemente en relación con los principios generales del Derecho. Así, la sentencia de 16 de marzo de 1940 admite el principio de que «donde existe la misma razón ha de aplicarse igual disposición»; la de 2 de junio de 1941, el de que «se prohíbe distinguir donde la ley no establece distinción», y la de 7 de julio de 1941, el de que «nadie puede enriquecerse en daño de otro» (92). La sentencia de 15 de diciembre de 1942 proclama que, aun sin precepto reglamentario expreso, sería de aplicación el principio elemental de justicia de que nadie puede ser condenado sin que previamente se le oiga. El mismo principio fué también recogido en la de 15 de octubre de 1907. La sentencia de 29 de septiembre de 1933 consideró de aplicación al caso de autos el principio de que el error vicia el acto jurídico.

Es plausible en sumo grado la evolución operada en nuestra jurisprudencia. Sin embargo, creemos que se impone la solemne declaración de la posibilidad de aplicación a la jurisdicción contencioso-administrativa del artículo 6.º del Código civil, aun cuando tal afirmación está potencialmente recogida en algunas de las sentencias citadas, sobre todo en la de 15 de diciembre de 1942, que establece que la audiencia del interesado es requisito que ha de cumplirse aun en ausencia de texto reglamentario expreso, en virtud del principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído. La falta de texto expreso hace que estemos en presencia de una laguna que habría de integrarse con arreglo a los principios generales del Derecho. Según lo expuesto, podemos afirmar que el artículo 6.º del Código civil debe regir en el Derecho administrativo y ha de aplicarse por los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa.

El otro supuesto que en esta ocasión queremos abordar es el que se

equidad o simples principios de ética o jurídicos». Siguiendo esta tesis, declaró la incompetencia de jurisdicción.

Para comprender el verdadero alcance de esta doctrina conviene hacer notar que en el caso de autos el recurrente ni siquiera concretaba cuáles eran tales principios, sino que se limitaba a invocar en forma general los principios generales del Derecho. Por otra parte, como ya hemos dicho en el capítulo I, la invocación de los principios generales del Derecho no ha de hacerse alegremente, sino poniéndolos en conexión con el caso y con la ley que debiera regular la materia si no fuera imperfecta.

(92) «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1942, pág. 429.

refiere a la actitud de los órganos administrativos cuando se encuentran ante una laguna o imperfección de la legislación. No conviene olvidar que el artículo 6.º del Código civil se refiere a los Jueces y Tribunales y que en nuestro caso el problema se refiere a los órganos, principalmente, del Poder ejecutivo. El Código civil impone a los Jueces y Tribunales la obligación de fallar en los casos de ausencia, oscuridad o silencio de la ley, y si no cumplen tal obligación, incurren en responsabilidad. ¿Será tal obligación extensiva también a los órganos de la Administración en los casos de laguna o imperfección de la ley? Hay que partir de la competencia del órgano para la cuestión planteada, ya que si no la tiene procederá la declaración de incompetencia. Suponiendo la competencia del órgano, ¿recaerá sobre él la misma obligación que recae sobre los Jueces y Tribunales según el artículo 6.º del Código civil?

A nuestro juicio, hay que proceder por distinciones. Si la cuestión se presenta en el ejercicio de la potestad de mando o en la de gestión sin que se plantee por la petición de ningún particular, el órgano administrativo habrá de resolverla si así lo exige el interés público, ya que éste no puede quedar en suspenso por una imperfección de la ley, y, caso de no resolver, podrá incurrir en responsabilidad. Dejemos para luego el problema de cómo ha de resolver (93).

Distinto es el caso de que en el ejercicio de la potestad jurisdiccional de la Administración los órganos de ésta tengan que resolver cuestiones, sea en vía de petición, sea en vía de alzada, planteadas por los particulares, para las que no existe ley aplicable. En tales supuestos, la obligación que el artículo 6.º impone a los Jueces y Tribunales se presenta para los órganos de la Administración con características propias y especiales.

También en este caso hay que proceder por distinciones. En los supuestos en que no sea de aplicación la doctrina del silencio administrativo y se encuentre regulado el procedimiento administrativo general, se impone la obligación de resolver, siempre que el expediente lo inicie,

(93) No quiere decir lo expresado en el texto que la responsabilidad en que puede incurrir el administrador sea del mismo tipo que la que el artículo 6.º establece para Jueces y Tribunales.

la petición o recurso del particular (94). Constituye, pues, una obligación la de resolver, cuyo incumplimiento puede dar lugar a una responsabilidad distinta de la establecida en el artículo 6.º del Código civil (95).

Supuesto distinto sería el de que estuviese expresamente admitida la teoría del silencio administrativo en la rama de la Administración, en la que se presentase la laguna de la ley. Conviene observar cómo, en virtud de tal teoría, varía fundamentalmente la posición del administrador con relación a la del Juez ante la laguna de la legislación. A éste se le impone que resuelva expresamente; el silencio del administrador adquiere, por el contrario, un significado jurídico. En ambos casos el punto objeto de la cuestión es resuelto, sea de manera expresa en el supuesto de la sentencia, sea por ministerio de la ley en los casos de silencio del administrador. El Juez o Tribunal que rehuse fallar incurre en responsabilidad; hemos visto cómo también pueden incurrir en una responsabilidad especial y distinta los administradores que incumplan la obligación de resolver los expedientes en los casos en que no sea de aplicación la doctrina del silencio administrativo. Cabe preguntar: ¿la admisión del silencio administrativo descarga al administrador de la responsabilidad que pudiera corresponderle por no fallar a su debido tiempo? A nuestro juicio, convendrá distinguir en la práctica entre la responsabilidad con relación a los particulares y la que puede exigirle la propia Administración. También conviene distinguir la responsabilidad que puede producirse en los casos de silencio positivo o negativo y en los casos en que el silencio produzca conjuntamente efectos positivos y negativos.

Puede manifestarse, en términos generales, que, aun cuando las autoridades y funcionarios administrativos tienen la obligación de resolver

(94) Distinto es el caso de que se trate del ejercicio de la potestad correctiva o disciplinaria, en la que el expediente se inicia por lo general por la orden de proceder, exista o no denuncia del particular.

El llamado procedimiento de gestión, para cuya iniciación se exige por lo general la orden administrativa, puede ser archivado sin terminarse. Distinta es la cuestión de si se debe o no anunciarse al particular que pidió su iniciación la decisión de que se archive. Según expresan GUAITA MARTORELL y SUBIRACHS RICART, las reclamaciones que se formulen contra el reparto de cupos forzosos no se contestarán cuando sean desestimadas, en virtud de la doctrina contenida en ciertas Circulares de la Comisaría General de Abastecimientos en España. «Revista de Estudios de la Vida Local», 1950, página 566, y *El silencio administrativo en la legislación de Abastecimientos*, en «Revista Moderna de Administración Local», septiembre de 1948, núm. 451, págs. 241-3.

(95) Véanse Bases 8, 11, 16, 17 y 18 de la ley de 19 de octubre de 1889.

los expedientes que se hayan formado a consecuencia de las peticiones de los particulares, en los casos de existencia de lagunas de la ley tal obligación no coincide con la del artículo 6.º del Código civil, ni su incumplimiento produce la misma responsabilidad que en dicho precepto se establece. Aun cuando la doctrina del silencio, en los casos en que se admita, implica una resolución al caso planteado, ello no releva a los órganos administrativos de la obligación que tienen de resolver en los plazos legales. El incumplimiento de tal obligación implicará la existencia de responsabilidad, que podrá matizarse según los distintos aspectos que reconoce la doctrina administrativa (96).

Examinada la diferente responsabilidad a que puede dar lugar el incumplimiento de la obligación de resolver, según se trate de Jueces o de administradores, procede que estudiemos ahora la manera cómo han de resolver los funcionarios administrativos cuando se encuentren ante un caso para el cual no existe legislación exactamente aplicable. En otras palabras: ¿puede extenderse a los órganos de la Administración la norma contenida en el segundo párrafo del artículo 6.º del Código civil, que remite a la costumbre del lugar, y, en su defecto, a los principios generales del Derecho?

A nuestro juicio, el administrador, al enfrentarse con una laguna del ordenamiento, debe resolver en el ejercicio de su función administrativa según los principios generales del Derecho, a falta de costumbre del lugar (97).

No quiere decirse con ello que la función del administrador en estos casos se confunda con la del Juez, ya que en éstos, como en todos los supuestos, existe una diferencia, que no es el caso de señalar, entre las funciones administrativas y jurisdiccional en relación con el Derecho. Lo que queremos decir es que en estos casos el administrador, en su

(96) Merecen citarse a este respecto los artículos 75 y 85 del Reglamento de Procedimiento económico-administrativo de 29 de julio de 1924.

Por lo que se refiere a la responsabilidad civil que los particulares pueden exigir a los funcionarios por no fallar en el tiempo reglamentario, conviene indicar que es difícil de concebir en los casos en que se admita el silencio administrativo.

Para ver la diferente responsabilidad que se establece para los Jueces y para los administradores como consecuencia del incumplimiento de la obligación de resolver, véase el Código penal, artículos 357 y 358, y también las Bases 16, 17 y 18 de la ley de 19 de octubre de 1889.

(97) Prescindimos en este trabajo del examen de la costumbre como fuente del Derecho administrativo.

función, se encuentra, como el Juez, en la suya, regulado por los principios generales del Derecho (98). Resulta curioso el observar cómo el precepto de nuestro Derecho que intenta resolver el problema de las lagunas de la legislación en general presenta él mismo una laguna. El artículo 6.º del Código civil presenta la laguna de no haberse planteado la actitud de los órganos de la Administración en los casos de laguna. Sólo se ha planteado el problema en relación con los Jueces y Tribunales.

4.—*Los principios generales del Derecho, el fin de la ley y el «mérito» en sus diferentes relaciones con la potestad discrecional.*

Para terminar el estudio de los principios generales del Derecho y la potestad discrecional conviene separar las conexiones que existen entre tal potestad y los diferentes conceptos que se agrupan bajo los nombres de fin de la ley, oportunidad y mérito y principios generales del Derecho. Ha de ofrecer interés la matización de las diversas revisiones a que puede estar sometida la potestad discrecional, según se violen en su ejercicio los principios generales del Derecho, el fin de la ley, el mérito.

Como dijimos en otro lugar, los principios generales del Derecho no determinan el contenido de la potestad discrecional. Los órganos de la Administración, en el ejercicio de tal potestad, no han de encontrar la medida oportuna siguiendo la pauta marcada en el artículo 6.º del Código civil, dado que este precepto se refiere no a la discrecionalidad, sino a las lagunas de la ley. A pesar de ello, dijimos que no puede considerarse nulo el papel que los principios generales del Derecho juegan

(98) Como ya se indicó en el capítulo I, la aplicación subsidiaria de los principios generales del Derecho supone la existencia de una laguna de la ley que el axioma constituye un auténtico principio general del Derecho y que sea de aplicación a la cuestión planteada. Los principios generales del Derecho han de ser atemperados en su aplicación por los Jueces y órganos de la Administración según las especiales características del Derecho administrativo. Así, el principio «*pacta sunt servanda*» será aplicado teniendo en cuenta la facultad que la Administración posee de modificar en ciertos casos lo establecido en el pliego de condiciones.

Puede afirmarse que tanto los Jueces como los órganos de la Administración aplicarán preferentemente los principios generales del Derecho administrativo, lo cual no priva ni subordina la aplicación al orden jurídico administrativo de los principios generales del Derecho. Véase ALVAREZ GENDÍN, *Manual de Derecho Administrativo*, citado, pág. 159.

en el ejercicio de la potestad discrecional. Constituyen un límite exterior que no puede ser violado por el contenido de los actos discrecionales, ya que en este sentido se producirá un desbordamiento de la potestad discrecional invadiendo la esfera de la potestad reglada, cuya norma la constituirían los preceptos administrativos y, en su defecto, los principios generales del Derecho.

Si bajo el pretexto del ejercicio de la potestad discrecional se vulneraran los principios generales del Derecho, tal actuación debiera ser objeto, al menos teóricamente, de una revisión jurisdiccional que podría ser contencioso-administrativa de tipo subjetivo si el principio infringido consagraba un auténtico derecho subjetivo administrativo a favor de algún posible recurrente, o contenciosa de carácter objetivo si al vulnerarse el principio normativo se produjera una nueva lesión de interés y no de derecho subjetivo (99).

Puede afirmarse, en términos generales, que en el ejercicio de la potestad discrecional, en relación con los principios generales del Derecho, caben las más variadas posibilidades de actuación, todas ellas correctas, en tanto en cuanto no lesionen los referidos principios generales.

Diferente es el papel que juega el fin de la ley en el ejercicio de la potestad discrecional. El primer problema que se plantea es el de la diferenciación existente entre principios generales que orientan a una ley y fin de la misma. El fin supone la aspiración a que se quiere llegar con la ley. Los principios suponen los pensamientos generales normativos que han orientado la labor del legislador para la consecución del fin de la ley (100). No es lícita la utilización de la potestad discrecional concedida por una legislación por motivos ajenos al fin para el que la ley concedió tal potestad. Dicha actuación constituiría una infracción del elemento teleológico de la ley (101). Ejercicio semejante de la potestad

(99) Para la fundamentación de tales hipótesis, véase el apartado referente al recurso contencioso-administrativo y los principios generales del Derecho.

(100) El fin de una ley de Sanidad es mejorar el estado de la salud pública; para ello el legislador habrá podido orientarse en principios de centralización o de descentralización. Sin embargo, el fin de la ley ha de acomodarse, sin confundirse, con los más elevados principios generales del Derecho natural.

(101) La ilegalidad de la desviación de poder ha querido verse también en un defecto de incompetencia. Se dice que hay que distinguir entre competencia externa e interna. Aquélla implica la facultad de producir un acto, y la interna la de producirlo únicamente en los casos queridos y previstos por la ley. En la desviación de poder existe aquélla, pero no ésta. Dice ALBERT: «Si un prefecto usa de sus poderes

discrecional da lugar al recurso por desviación de poder en los países en que se admite. Tal recurso implica la protección del elemento teleológico de la ley y es uno de los motivos de apertura del contencioso objetivo.

Al igual que los principios generales del Derecho, el fin de la ley no afecta, en el ejercicio de la potestad discrecional, al contenido del acto siempre que éste se dicte de acuerdo con dicho fin. La diferencia entre principios generales del Derecho y fin de la ley se observa en que la violación del fin de la ley da lugar a un recurso contencioso objetivo, mientras que la violación de los principios generales del Derecho puede dar lugar al recurso contencioso-administrativo, en sus dos modalidades. Por otra parte, el fin de la ley no es en el acto discrecional algo extrínseco al mismo, sino que tiene que confundirse con el propio fin del acto, mientras que los principios generales del Derecho no suponen más que un límite extrínseco al acto discrecional (102).

Finalmente, junto a los principios generales del Derecho y al fin de la ley, la oportunidad y el mérito se relacionan también con la potestad discrecional. La primera juzga el contenido del acto discrecional según las circunstancias cronológicas y tópicas en las que el acto se produjo. Juzga de la bondad de la medida tan sólo en conexión de las circunstancias. La conveniencia juzga del contenido del acto según la mayor o menor bondad de la medida adoptada. Examina si el órgano administrativo usó de la potestad discrecional de acuerdo con las normas de un buen

respecto a la reglamentación de la circunscripción por los canales de navegación, no con fines de policía (salubridad, seguridad), sino para resolver una discordia entre ribereños, incurre en desviación, pues ha usado de sus facultades indebidamente, usurpando atribuciones propias de la autoridad judicial.» *Le controle juridictionnel de l'Administration*, 1926, págs. 236-237.

(102) Recientemente, MARTÍNEZ USEROS, mediante una propia y personal concepción del abuso del Derecho, ha traído este concepto al campo jurídico administrativo, manteniendo la eficacia del mismo en relación con la desviación de poder. Para el citado autor, el abuso del derecho se da cuando en el ejercicio de un derecho subjetivo, al realizar su esencial finalidad —actuar el interés del titular—, se produce una alteración en el equilibrio que debe existir entre el interés social, de que sean respetados los derechos individuales, y los restantes intereses que a la sociedad, como entidad orgánica, cumple realizar. Supone, pues, el abuso del Derecho el ejercicio consciente de un derecho subjetivo de consecuencias dañosas para el interés social prevalente. El abuso del Derecho es para la desviación de poder lo que el género es a la especie, dice MARTÍNEZ USEROS, dado que no caben actos que sin suponer desviación de poder implican abuso de Derecho. *La doctrina del abuso del Derecho y el orden jurídico administrativo*, Madrid, 1947.

administrador. Oportunidad y conveniencia no se refieren a criterios jurídicos, sino, por el contrario, juzgan sobre la idoneidad del acuerdo adoptado, en función de las circunstancias o en función de la medida en sí. El examen de los actos discrecionales en orden a la conveniencia y en orden al mérito da lugar a la llamada revisión de mérito. Una tal revisión no puede merecer el concepto de jurisdicción en el sentido jurídico de la palabra. De ella puede decirse, con VACCHELLI, que es función ajena a la de los Tribunales el juzgar sobre la mayor o menor oportunidad y conveniencia de los actos administrativos (103).

La función jurisdiccional estriba en la resolución de una cuestión de Derecho, controlar la oportunidad es precisamente lo contrario de ella: resolver una cuestión de hecho. Una jurisdicción de mérito entraña una invasión del Juez en la órbita de las funciones propias de la Administración (104).

Una jurisdicción revisora sobre el mérito puede llegar a despojar al funcionario de la libertad que la ley le dió al entregarle la potestad discrecional. Así como con arreglo al control del fin de la ley y de los principios generales del Derecho caben varias soluciones correctas en el ejercicio de la potestad discrecional, el control del mérito implica necesariamente la existencia de una exclusiva solución: la más conveniente, la más oportuna. Un control de esta naturaleza puede acarrear la negación de la potestad discrecional.

Quedan de esta forma matizadas las diferentes relaciones que mantienen con la potestad discrecional los principios generales del Derecho, el fin de la ley y el mérito. Los primeros mantienen en el ejercicio de la potestad discrecional distintas medidas correctas. Su infracción puede producir teóricamente tanto el contencioso objetivo como el subjetivo. Su función es ajena a la potestad discrecional, constituyendo sólo un límite extrínseco. El fin de la ley autoriza también diversas medidas correctas, pero no constituye algo ajeno al acto discrecional, sino que se incorpora al propio fin del acto. Su infracción da lugar a una de las mo-

(103) *La difesa giurisdizionale dei Diritti dei cittadini verso l'autorità amministrativa*, en ORLANDO, *Primo Trattato*, Milano, 1901, vol. III, pág. 824.

(104) No quiere decir lo expresado en el texto que la llamada jurisdicción de mérito no produzca efectos de Derecho.

dalidades del contencioso objetivo: la desviación de poder (105). Finalmente, el mérito, rígidamente seguido, implica una exclusiva solución en el ejercicio de la potestad discrecional: la más oportuna y conveniente. Su infracción da lugar a una revisión que no se amolda a los criterios básicos de una jurisdicción en sentido técnico.

(105) Una construcción interesante sería el acercamiento de la doctrina de los principios generales del Derecho y la desviación de poder configurando como auténtico principio general del Derecho el de que los administradores no pueden utilizar su competencia para fines distintos de los que la ley le impuso. Admitir la doctrina de los principios generales del Derecho implicaría en tal caso admitir la desviación de poder.