

Método jurídico y Derecho Administrativo: la investigación de conceptos jurídicos elementales*

Giampaolo Rossi

SUMARIO: 1. COMPLEJIDAD DEL PROBLEMA DEL MÉTODO.— 2. CIENCIA Y TÉCNICA. MÉTODO JURÍDICO Y MÉTODO CIENTÍFICO. LÓGICA Y CIENCIA.— 3. MÉTODO DEDUCTIVO E INDUCTIVO; ENFOQUES NORMATIVISTAS Y SUSTANCIALISTAS. CENTRALIDAD DE LOS PRINCIPIOS O DE LAS NORMAS.— 4. MÉTODO DEL ANÁLISIS Y DE LA BÚSQUEDA DE CONCEPTOS JURÍDICOS. TEORÍA GENERAL Y CONCEPTOS ELEMENTALES.

1. COMPLEJIDAD DEL PROBLEMA DEL MÉTODO

La reflexión sobre el método, en todas las disciplinas jurídicas, y en general en cada una de las ramas de la ciencia, tendría que tener un efecto clarificador; al evidenciar las problemáticas desde las que se parte y las reglas que se adoptan para guiar la investigación, se tendría que contribuir a que los resultados que se obtienen sean más claros, más evaluables.

En cambio no es así: los escritos sobre el método jurídico son a menudo los más difíciles de comprender.

* Esta contribución deriva de un informe extraído del encuentro del grupo S. Martino, Siena 2003 y, a pesar de la posterior reelaboración, mantiene de forma voluntaria un modo de exposición discursivo y de incitación a los estudiosos más jóvenes que, por otra parte, puede demostrarse, en esta fase, idóneo para afrontar la problemática del método.

La razón está, probablemente, en la contigüidad que la cuestión del método tiene con aquella que es objeto de la investigación (en este caso: ¿qué es el Derecho?)¹ y por lo tanto con las premisas que forman su base, incluso de manera inconsciente, de naturaleza filosófica, política, cultural²; también el carácter del estudioso influye sobre la elección del método induciéndolo, por ejemplo, a preferir el problemático o el dogmático³.

Estas características, estas interferencias y superposiciones, son propias de cada rama de la ciencia y aún más de las ciencias «humanas» o «sociales», porque la complejidad del objeto de estudio y la mayor inherencia de las convicciones subjetivas en el análisis científico dificultan la individuación de parámetros objetivos de investigación, y por tanto de resultados que tengan carácter científico⁴.

Se podría pensar que la ciencia del Derecho dispone, entre las ciencias humanas o sociales, de un anclaje mayor a datos de objetividad dado que está en presencia de un elemento constituido por la norma y hace referencia a fenómenos más inmediatamente definibles (los que producen «efectos jurídicos»), a sujetos individualizables y separables para el perfil específico que interesa al Derecho en lo que se refiere al conjunto de los sujetos humanos (los «jurídi-

¹ Esto añade dificultad sobre dificultad siendo conocida la incertidumbre sobre el concepto mismo del Derecho: véase entre otros L.A. HART, *Il concetto di diritto*, 1961, trad. it., Torino, Einaudi, 1965 que manifiesta que «pocas preguntas sobre la sociedad humana han sido formuladas tan insistentemente y han sido resueltas por pensadores serios de maneras tan diversas, extrañas e incluso paradójicas como la pregunta «¿qué es el Derecho?» y N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, Milano, Comunità, 1977, 115, se pregunta problemáticamente: «¿qué Derecho?» muchos autores contestan que se puede reflexionar sobre el método jurídico independientemente del tema del Derecho en general. Sostiene N. BOBBIO, (*Metodo*, in *Noviss. dig. it.*, 602) que la cuantiosa literatura sobre el método jurídico coincide con la literatura sobre la ciencia del Derecho y sobre la interpretación. Pero el mismo autor subraya la distinción entre teoría general del Derecho y filosofía del Derecho, ID., *Scienza e tecnica del diritto*, Torino, Giappichelli, 1934, 27.

² La innegable conexión entre método, concepción del Derecho y premisas filosóficas e ideológicas desde las que se mueven los estudiosos es remarcada por varios autores. Entre otros U. SCARPELLI, *Il metodo giuridico*, in *Riv. dir. proc.* 1971, IV, 36 sostiene que en los contrastes metodológicos a menudo se esconden finalidades divergentes admitidas. «El método jurídico... lleva siempre una toma de posición implícita en lo que se refiere al problema filosófico-político de la legitimidad del ordenamiento jurídico». A veces esto sucede también de manera consciente: T. ASCARELLI, *Dispute metodologiche e contrasti di interpretazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1953, VII, 115, señala como la elección del método se realiza generalmente no por razones de validez lógica sino por la idoneidad de alcanzar un fin por encima de otro. Esto explica como al reflexionar sobre el método jurídico muchos autores recurren a terminologías (y por lo tanto conceptos) filosóficas y sociológicas viejas o nuevas no inmediatamente comprensibles. Cuando se trata de términos aristotélicos, como la «tópica», se puede pedir su conocimiento a la mayoría de los estudiosos, aunque no faltan controversias sobre su significado. Hay incluso quien arguye que el término «tópica» se muestra desagradable: L. MENGONI, *Ancora sul metodo giuridico*, in *Riv. it. dir. proc. civ.*, 1984, 321. Muchos términos que son utilizados por otros autores son mucho más complejos pero no es ésta la sede para dar cuenta de ello.

³ Al concluir la reflexión sobre el pensamiento de T. ASCARELLI, N. BOBBIO (*Dalla struttura alla funzione*, cit. 273) observa: «es imposible disociar esta concepción de la jurisprudencia de toda la personalidad de ASCARELLI, de su carácter de hombre curioso, inquieto, siempre preparado para nuevas exploraciones, en búsqueda de nuevos horizontes».

⁴ Esto explica cómo el problema de la metodología en las ciencias sociales se ha convertido en una materia de estudio y de enseñanza autónoma. Los textos son muy numerosos: véase entre otros, A. ANTISE-RI, R. MUCCI (por), *Metodologie delle scienze sociali*, Roma, Borla, 1995. La búsqueda de perfiles de objetividad en las ciencias sociales se encuentra con particular vigor en M. WEBER, *Il metodo nelle scienze sociali*, Torino, Einaudi, 1974. Sobre el tema sigue siendo un clásico E. DURKEIM, *Le regole del metodo sociologico*, trad. it., Milano, Comunità, 1969.

cos», individuales o colectivos) y a actores aún más individuables (los legisladores, los jueces, los operadores del Derecho).

En efecto, cualquier valor que se quiera dar a la «norma», es decir que se la considere la fuente del Derecho o el objeto del estudio jurídico, o el elemento de los supuestos de hecho complejos (que incluyen los intereses, los principios, la interpretación y tantos otros) con los que ésta vive y produce efectos jurídicos, no cabe duda de que el dato normativo existe y ofrece al jurista perfiles de objetividad mayores de los que disponen, por ejemplo, el filósofo o el sociólogo.

Pero esta misma mayor simplicidad en la reflexión jurídica, además de dejar grandes márgenes de elección subjetiva, sobre los que se volverá, tiene en sí también inconvenientes nada despreciables: puede dar al jurista una más fácil ilusión de objetividad de su pensamiento, induciéndolo a absolutizar las simples opiniones y a oponerse a las de los demás en los términos de exacto-equivocado, verdad-error, que, cuando no están fundadas en datos inequívocos, pertenecen a un enfoque metodológico no científico.

2. CIENCIA Y TÉCNICA. MÉTODO JURÍDICO Y MÉTODO CIENTÍFICO. LÓGICA Y CIENCIA

Esta consideración sugiere intentar la formulación de algunas proposiciones claras también a costa de alguna simplificación.

La primera es que es necesario distinguir la ciencia jurídica de la técnica jurídica, así como en todas las disciplinas es necesario distinguir la ciencia de la técnica; la segunda proposición (ya, en parte, implícita en la primera) es que no se puede plantear de manera aislada, por sí solo, el problema del método jurídico (en general o en Derecho administrativo en particular): existe, en realidad, un método.

Sobre la primera cuestión, la distinción entre ciencia y técnica jurídica: cualquiera que sea la forma en que se quiera definir la ciencia, no cabe duda de que ésta consiste en la búsqueda del aumento de los conocimientos. Conocimientos entendidos en el sentido más amplio, comprensivo por tanto de las concienciaciones, de las comprensiones de hechos, de reglas, de conexiones; también de problemáticas: individualizar una problemática es un resultado que tiene valor científico.

Esto quiere decir que el trabajo científico parte de un no-conocimiento y, tras haber asumido su concienciación, intenta llegar al conocimiento, a entender, a conocer lo que no ha sido ya conocido, entendido.

El asumir la concienciación del problema precede a todo posible descubrimiento. Muchas peras se cayeron sobre la cabeza de mucha gente; cuando una cayó sobre la cabeza de Newton empezó el proceso cognitivo de la ley de la gravedad. El problema del método científico es el del modo correcto para llegar desde el no-conocimiento al conocimiento, en el sentido de idoneidad para perseguir el objetivo.

La técnica jurídica, en cambio, concierne a la utilización de la instrumentación del Derecho: individualización de los supuestos de hecho, de las normas, de la jurisprudencia, de los procedimientos, de los modos de interpretación. También el estudioso tiene que conocer la técnica del Derecho, pero hay técnicos del Derecho decididamente más preparados que el estudioso (un buen consejero de Estado está, en general, más preparado en la técnica de Derecho que un profesor de Derecho administrativo). La finalidad del técnico del Derecho no es la de hacer crecer los conocimientos, y cuando intenta hacerlo demuestra la mayoría de las veces que sería mejor que no lo hiciese (a menos que no sea también un estudioso, como a veces sucede). Y es cierto también lo contrario: un estudioso de Derecho no es, necesariamente, un buen abogado, juez o administrador).

Esta distinción está, de alguna manera, presente en todos los trabajos dedicados a la ciencia jurídica y al método jurídico, pero casi siempre se confunde en la prosecución de los escritos que hacen referencia indistintamente a la ciencia y a la técnica jurídica, al problema de la interpretación, a la función del jurista⁵.

Sobre el segundo punto, la especificidad del método jurídico: ¿existe un método jurídico que se justifique en cuanto tal? La casi totalidad de los trabajos de los juristas sobre el método jurídico están cerrados en sí mismos, en el mundo del Derecho o también, a menudo, en algunas de sus partes. En general, la premisa es que el Derecho es una ciencia, es así también porque ello no ha sido refutado por los juristas; abandonándose, más tarde, esta premisa para adentrarse exclusivamente en la problemática del método jurídico en la disciplina específica⁶.

En ocasiones se afronta el tema para afirmar el carácter de ciencia jurídica de una disciplina. VITTORIO EMANUELE ORLANDO sostuvo que el Derecho público se rige por un método jurídico para explicar que, a diferencia de como se opinaba, no tenía que ser confundido con la ciencia de la política⁷.

Otras veces, en cambio, se discute sobre el método jurídico cuando en realidad (es un riesgo común a toda discusión sobre el método científico) la discusión versa sobre la concepción del Derecho antes que sobre el método a utilizar en la ciencia jurídica⁸.

⁵ Sobre el tema véase N. BOBBIO, *Scienza e tecnica del diritto*, cit. Gran parte de los autores trata conjuntamente sobre el papel de los estudiosos del Derecho y el del juez, véase entre tantos D.V. SANTOSUOSO, *Metodo e ruolo della dottrina giuridica (appunti per una ricerca)* in *Giur. it.* 1990, 4, pp. 331 ss.; N. LIPARI, *Il problema dell'interpretazione giuridica*, in *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*, Bari, Laterza, 1972, pp. 50 ss.; N. IIRTI, *Il diritto come ricerca*, in *Riv. dir. civ.* 1986, I, pp. 339 ss., C. PERELMANN, *Il ragionamento giuridico*, trad. it. *Diritto, morale, filosofia*, Napoli, Guida, 1973, pp. 139 ss.

⁶ Así también K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, trad. it., Milano, Giuffrè, 1966, como menciona también S. VENTURA en la *Presentazione*.

⁷ V.E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto amministrativo*, in *Diritto pubblico generale*, I, 1889, Milano, Giuffrè, 1940, pp. 3 ss. Su V.E. ORLANDO v. G. CAPOGRASSI, *Il problema di V.E. Orlando*, in *Opere*, Milano, Giuffrè, 1959, IV, 357. Niega la especificidad de un método jurídico F. CARNELLUTTI, *Metodologie del diritto*, Padova, Cedam, 1939, 32 ss, e ID., *Nuove riflessioni intorno al metodo*, in *Scritti giuridici in onore di A. De Marsico*, I, Milano, Giuffrè, 1960, 154.

⁸ En esta clave hay que leer también la disputa entre S. CASSESE e A. ORSI BATTAGLINI: S. CASSESE, *Alla ricerca del Sacro Graal (A proposito della Rivista di diritto pubblico)* in *Riv. trim. dir. pubb.* 1995, pp 789 ss., sostiene que ya no se puede hablar de «método jurídico» en singular pero sí de «métodos jurídicos» en plural.

El carácter cerrado del debate sobre el método jurídico lleva a menudo, además, a atribuir a los juristas, con frecuencia a los más recientes, observaciones que en cambio se remontan en los siglos y son fruto de un patrimonio común a todas las ciencias.

Estas observaciones no comportan la consecuencia de que se tenga que negar un carácter también específico al método científico de cada una de las ciencias y de las ramas de cada una de éstas. Partiendo de algunos elementos base que son propios a cada ciencia es evidente que hay en consecuencia perfiles específicos para grupos de disciplinas y otros aún más específicos para cada una de las disciplinas.

Existe por tanto un tejido metodológico común a todas las ciencias, y perfiles específicos, por lo menos, a las grandes familias y después aun más específicos para cada una de sus partes⁹. Pero esto no quita que se trate igualmente de ciencia y por tanto las especificaciones no pueden crear, desde los fundamentos, todas las categorías metodológicas y menos aún contradecir las que son comunes a la ciencia en cuanto tal; teniendo por lo menos que compartir con la totalidad de la comunidad científica las diversas polaridades que desde siempre conviven y se encuentran en el interior de ésta.

Aquí hay que introducir otra distinción: la distinción entre lógica y ciencia. El término «lógica» puede ser entendido en las dos acepciones siguientes, la aristotélica de estudio del pensamiento, y en este sentido coincide con la ciencia, y la de linealidad, de no-contradicción del pensamiento.

En este sentido más limitado, la lógica no coincide con la ciencia; es una de las partes esenciales de la instrumentación, del método de trabajo del estudioso, así como lo son el conocimiento, la concienciación de las problemáticas, la capacidad de análisis y de síntesis. También el principio de no-contradicción es una regla lógica (pre-científica), como lo es el recoger el núcleo de un problema y no limitarse a girar en torno a él, el separar los perfiles esenciales de un supuesto de hecho o de un acontecimiento, distinguiéndolos de aquellos que son marginales, el no absolutizar lo opinable, el no adherirse acríticamente a las modas, el evitar tanto las simplificaciones como las generalizaciones impropias. Está claro que entre las reglas base del pensamiento (que se requieren también en el pensar y el actuar común) y los criterios del método científico existen interrelaciones, no queriendo esto decir que puedan ser confundidos. En este sentido, por ejemplo, sostener que el método científico consiste en el respeto del principio lógico de no-contradicción, no es correcto.

Cada grupo o categoría de objetos o materias requiere un método propio. A. ORSI BATTAGLINI, *Il puro folle e il perfetto citrullo (discorrendo con Sabino Cassese)*, in *Dir. Pubbl.* 1995, pp. 639 ss., se declara de acuerdo con quien opina que el Derecho tiene como objeto las normas y que la «calificación de las normas en cuanto tales sea dada por el hecho de que constituyen un ordenamiento, un sistema predeterminado de leyes legible y calculable, con la finalidad de definir las bases de las relaciones humanas y a delimitar los poderes sociales».

⁹ Ha habido numerosísimas contribuciones sobre el tema: véase por ej. R. von MISES, *Manuale di critica scientifica e filosofica*, 1939, trad. it., Milano, Longanesi, 1950, 312 ss., F.A. von HAVEK, *Labuso della ragione*, trad. it., Firenze, Vallecchi, 1969, 42 ss.; K.R. POPPER, *Logica delle scienze sociali*, in A.A.VV., *Dialettica e positivismo in sociologia*, trad. it., Torino, Einaudi 1972, pp. 106 ss.

3. MÉTODO DEDUCTIVO E INDUCTIVO; ENFOQUES NORMATIVISTAS Y SUSTANCIALISTAS. CENTRALIDAD DE LOS PRINCIPIOS O DE LAS NORMAS

El debate entre los estudiosos ha registrado desde siempre dos distintas opciones metodológicas, ya individualizadas por la filosofía griega, entre método deductivo, basado en la centralidad del principio, del que se deduce la comprensión de los fenómenos, y método inductivo, basado en el fenómeno, del que se obtienen los principios. Se trata de dos métodos enfrentadas entre sí, a veces de manera infantil, considerando cada uno que es el único correcto, mientras que el otro sería un error¹⁰.

La elección entre método deductivo y método inductivo presenta, en el campo de la ciencia jurídica, un perfil específico derivado de la ya recordada «intromisión» de las normas que condicionan la reflexión del jurista.

Es común la observación de que, a partir de la formación de los Principados y de los Estados, la posición central que en el Derecho ha asumido el acto normativo ha inducido a los juristas a considerar el Derecho como descendiente de la norma (de un acto del soberano y después de un órgano de un ente territorial) y por lo tanto a adoptar el único método adoptable con tal premisa: el deductivo.

Esta convicción ha resistido a las diversas versiones que se han sucedido en el tiempo: no sólo en la teoría del Derecho que ha asumido ser «pura» (!), que ha puesto la norma en posición central, pero también en la estructuralista (es la norma la que determina la estructura), en la funcionalista (es la norma la que identifica la función), y en la sistemática (el sistema se rige por las normas)¹¹.

Es también sabido que otros estudiosos siempre han intentado acompañar a éste enfoque el intento de explicar el Derecho partiendo de un ángulo visual distinto: el de «cuerpo social», o de los intereses, o de la «institución»¹².

Esta distinta orientación no ha llegado, ni podía hacerlo, a negar la importancia determinante que tiene la norma pero la ha configurado como parte de un fenómeno complejo: el Derecho nace del encuentro entre la norma y el hecho¹³.

La dialéctica entre impostación normativista –formalista y sustancialista– fenomenológica se ha centrado particularmente en la cuestión de si los «prin-

¹⁰ El problema, como es sabido, se remonta a toda la filosofía griega, a partir de la pre-socrática. Entre los más recientes véase J. STUART MILL, *Sistema di logica deduttiva e induttiva*, trad. it., Torino, UTET, 1988.

¹¹ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1966; AA.VV., *La Sistematica giuridica*, Firenze, Ist. Enc. Ital., 1991. Reflexiones y referencias interesantes se encuentran también en N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, cit.; F. MODUGNO, *Sistema giuridico*, in *Enc, giur.*, vol. XXIX, Roma, Ist. Enc. Ital., 1993, pp. 1 ss.

¹² Referencia a las innumerables obras de pensadores de orientación pluralista; entre los juristas O. GIERKE, D. ROMAGNOSI, S. ROMANO.

¹³ Para el fenómeno jurídico como resultado del encuentro entre hecho y norma S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, Giuffrè, 1935, 63; ID., *I fatti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1946, con prólogo de N. IRTI; A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, Giuffrè, 1939, 3; ID., *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano Giuffrè 1941, 10.

«principios», a los que de manera siempre más amplia la jurisprudencia recurre para resolver casos específicos, tienen un propio valor normativo y, por lo tanto, un fundamento extralegislativo, o bien si han de ser expresados o al menos obtenidos de las normas¹⁴.

Está clara la conexión entre este problema y el del método deductivo o inductivo porque los «principios» nacen de abajo, de la observación, de la experiencia, de la cultura.

La evolución de la doctrina, tanto civilista como constitucionalista, ha registrado una marcada orientación a favor de las tesis antiformalistas que se ha consolidado, por una parte porque la complejidad creciente de las fuentes normativas mismas ha dificultado su ordenamiento en un sistema jerárquico y, por otra parte porque la existencia de juez constitucional y del juez de la Unión Europea ha hecho incontestable el papel creativo del juez, que va más allá de la mera interpretación evolutiva de las leyes. El juez administrativo, en particular, operando en el interior de un sistema normativo más desagregado y con una dinámica de los intereses mucho más articulada, ha dado vida a un sistema jurídico del que es difícil no recoger una amplia procedencia jurisdiccional.

La doctrina administrativista ha estado entre las más sensibles al enfoque sustancialista por el peso más inmediato que tiene en esta materia la dinámica de los intereses y, precisamente, por la reconocida derivación jurisprudencial de muchos de sus institutos. No obstante, en los textos de Derecho administrativo, cuando el problema del origen del Derecho se sale de los razonamientos generales y se traduce en la exposición sistemática de las fuentes, el tema se refiere esencialmente a las normativas.

La razón de esto está probablemente en el enfoque en términos de dialéctica entre autoridad y libertad que ha caracterizado a esta disciplina y por lo tanto en la particular relevancia que en el Derecho administrativo tienen la legitimidad de los actos administrativos y la cuestión, menos presente en las otras disciplinas, del poder reglamentario, en cuanto acto normativo adoptado por autoridades que pueden no tener una directa legitimación democrática.

En efecto, si el Derecho administrativo se ve, y ciertamente lo es, como el proceso de juridificación del poder y de su transformación en deber, no se puede negar carácter central a la búsqueda de un sistema normativo ordenado y de criterios seguros en los modos de atribución, condicionamiento y limitación del deber-poder.

Sin embargo, esto no justifica un enfoque del tema de las fuentes que elija a priori, y considere el único «correcto», el método normativista (deductivo) o el método sustancialista (inductivo). En efecto, el análisis demuestra que a la

¹⁴ Sobre el tema véase G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, Giuffrè, 1993; F. SORRENTINO, *I principi generali dell'ordinamento giuridico nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto*, in *Dir. Soc.* 1987, 183 ss; N. BOBBIO, *Principi generali di diritto*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, UTET, 1966, 889; F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. giur.*, vol. XXIV, Roma, Ist. Enc. Ital., 1991, pp. 1 ss.

pregunta de si los principios tienen un carácter normativo propio o sólo derivado de las leyes, no se le puede dar una respuesta unívoca.

Hay algunos casos en los que son las leyes mismas las que indican los principios como fuentes extralegislativas con valor normativo; así por ejemplo, según el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia, la Corte aplica «los principios generales del Derecho reconocidos por la naciones civilizadas» (art. 38).

Otros están contenidos en normas constitucionales: la imparcialidad, el justo procedimiento, ahora también la subsidiariedad, con un contenido tan indeterminado que consiente al jurista, manteniéndose fiel a la estructura de la norma, atribuir el significado más apto dicha estructura.

La mayoría de las veces es la jurisprudencia la que individualiza principios que no contenidos en ninguna norma (como el de proporcionalidad y razonabilidad o los principios generales comunes a los ordenamientos de los países U.E., aplicados por la Corte de Justicia) o que están contenidos en algunas normas, a menudo del Código Civil, que los jueces extienden como principios generales del ordenamiento (por ej., la buena fe; también la obligación de motivación, antes de la ley 241, era considerada por la jurisprudencia como principio general, aunque estuviese contenida únicamente en el Texto Único sobre los entes locales).

A veces, en cambio, los jueces individualizan los principios de manera inversa, considerando inaplicables a la Administración Pública institutos previstos como generales por el Código Civil (por ej., hasta hace pocos años, el artículo 2043).

El análisis demuestra por tanto que hay principios comunes a todos los sujetos, otros que son propios únicamente de los sujetos privados y otros exclusivos para la Administración Pública y que, en lo que se refiere a la relación principios – normas, las soluciones son las más diversas y por lo tanto no es posible hacer generalizaciones.

A veces el legislador, sobre todo en los últimos tiempos, persigue el principio, en el sentido de que introduce en un acto legislativo un principio ya considerado pacíficamente vigente. En este caso más que absorción del principio en la ley se produce una coincidencia o doble legitimación, cosa que se entiende bien si se piensa que los principios sobrevivirían, como vivían antes de la ley, si la ley fuese derogada.

4. MÉTODO DEL ANÁLISIS Y DE LA INVESTIGACIÓN DE CONCEPTOS JURÍDICOS. TEORÍA GENERAL Y CONCEPTOS ELEMENTALES

Es necesario preguntarse si el debate sobre el método puede limitarse hoy a este tipo de reflexiones que, aunque con términos nuevos y con algún enriquecimiento, vuelve a proponer en sustancia temas conocidos desde hace tiempo.

El hecho de que se haya retomado la reflexión sobre el método es por otra parte sintomático de una insatisfacción por los resultados ya adquiridos, y además se ha producido siempre en los periodos de grandes cambios¹⁵.

No se necesitan palabras nuevas para constatar que hoy en día nos encontramos en uno de estos periodos. En las fases de la transición el riesgo es doble: de no tener esto en cuenta, esforzándose en mantener con vida conceptos agotados, o de tomar conciencia del carácter inadecuado de las viejas categorías, limitándose a una obra destructiva, con una especie de absolutismo relativista.

Tampoco la ciencia jurídica puede abstraerse a la constatación de la fragmentación que induce a las otras disciplinas a desestructurarse. Como ha sido observado en otra sede, el perfil dominante es el de la fragmentación de los sistemas conceptuales: en filosofía y en arquitectura se afirma el desconstruccionismo; en música la dodecafonía, en física la cuántica, en pintura el abstractismo; la sociología en particular con el estructuralismo, se esfuerza en individualizar los criterios de simplificación de los sistemas complejos; también la matemática abandona el método deductivo y busca, a través de la teoría de los conjuntos, modelos racionales para componer las diversidades y las relaciones complejas; a través de la topología, la geometría estudia las transformaciones continuas¹⁶. No se puede pensar que justamente el Derecho pueda ser una isla feliz porque el anclaje a la norma lo preserve de una condición de incertidumbre; por lo contrario, el Derecho es la disciplina que de manera más directa e inmediata registra los cambios de la economía y del tejido social.

Cuanto más el cuadro de conjunto se torna confuso, más se hace necesario buscar raíces de base y éstas se encuentran, como ha sucedido siempre, en datos y conceptos elementales.

Es particularmente útil, pues, volver a las reflexiones sobre el método que han acompañado el nacimiento de la ciencia moderna y que sorprenden justamente por su carácter elemental.

¹⁵ En efecto, el problema del método ha estado siempre presente en la ciencia jurídica. Sostiene L. MENGONI, *Ancora sul metodo*, cit. 321 que la discusión dura desde hace decenas de años, tras el manifiesto antidogmático de T. VIEHWEG, 1953, *Topica e giurisprudenza*, 1953, trad. it., Milano, Giuffrè, 1962; en realidad el debate se remonta a R. von JHERING, *Lo scopo nel diritto*, 1877, trad. it., Torino, Giappichelli, 1972. Pero a lo sumo, como ha sido mencionado anteriormente, las contribuciones han sido dirigidas hacia la profundización del concepto de Derecho y el papel de la jurisprudencia. La escuela de la «jurisprudencia de los intereses» ha dirigido una especial atención al método. J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, 1972, trad. it., Napoli, Esi, 1983; H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, 1965, trad. it., Milano, Bompiani, 1995. Los últimos años registran en efecto un nuevo momento de reflexión directamente dirigido a afrontar la cuestión del método científico en el Derecho y en el Derecho administrativo en particular: además de las contribuciones de U. RESCIGNO, G. CORSO, A. TRAVI y la presente, surgidas del convenio del grupo San Martino (Siena 2003) y publicadas o en curso de publicación en esta revista (véase ya G.U. RESCIGNO, *Il giurista come scienziato*, in *Dir. Pubbl.* 2003, 833; A. TRAVI, *Il metodo nel diritto amministrativo e gli altri «saperi»*, ivi, pp. 865 ss.); véase además, S. VALENTINI, *Divagazioni sul metodo*, in *Le trasformazioni del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1995, 332; L. IANNOTTA, *Dialogo sul metodo: osservazione e ricostruzione delle vicende giuridiche reali*, in *Dir. amm.*, 2003, 133; L. BENVENUTI, *Dogmatica e interpretazione nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002; A. ROMANO TASSONE, *Pluralità di metodi e unità della giurisprudenza*, in *Dir. Amm.* 1998, 651; ID., *Metodo giuridico e ricostruzione del sistema*, in *Dir. amm.* 2002, 11; R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Bari, Laterza, 2002, passim.

¹⁶ V.G. ROSSI, *Introduzione al diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1999, 57.

En efecto, Descartes escribió lo siguiente: «en lugar del gran número de preceptos que encierra la lógica, creí que me bastarían los cuatro siguientes. El primero, no admitir como verdadera cosa alguna, como no supiese con evidencia que lo es... El segundo, dividir cada una de las dificultades que examinare, en cuantas partes fuere posible y en cuantas requiriese su mejor solución. El tercero, conducir ordenadamente mis pensamientos, empezando por los objetos más simples y más fáciles de conocer, para ir ascendiendo poco a poco, gradualmente, hasta el conocimiento de los más complejos. El último, hacer en todo unos recuentos tan integrales y unas revisiones tan generales, que llegase a estar seguro de no omitir nada»¹⁷.

Varios siglos más tarde, al inicio de una fase nueva de los conocimientos, Einstein mantenía que el científico «tiene que conformarse con representar los fenómenos más simples», «la extrema nitidez, claridad, certidumbre se obtienen sólo a expensas de la incertidumbre. La misión más alta del físico es por tanto la búsqueda de estas leyes elementales, las más generales (de las que se parte para alcanzar, a través de simples deducciones, la imagen del mundo). Ningún camino lógico conduce a estas leyes elementales: sólo la intuición, fundada en la experiencia, nos puede llevar a ellas».

Los conceptos y principios son «creaciones libres del espíritu humano», «las ideas y los principios fundamentales, que no se pueden lógicamente hacer más elementales, sustituyen la parte inevitable, racionalmente inalcanzable, de la teoría. El fin capital de toda teoría es hacer casi irreducibles los elementos fundamentales más simples y numerosos posible; se puede apoyar todo el edificio sobre un número menor de elementos conceptuales...»¹⁸.

La pregunta, en este punto, surge espontánea: ¿se aplican o se pueden aplicar estos razonamientos a la ciencia jurídica? La respuesta no se encuentra en términos generales en base a una opinión sobre cuanto tienen en común las diversas partes de la ciencia. La respuesta compartiría, en todo caso, el mismo margen de indeterminación que es propia de la hipótesis.

Reflexionando, de manera sencilla, sobre la experiencia se puede decir que distintas investigaciones que, de manera más o menos consciente, han adoptado este método, han llegado a resultados científicamente aceptables. Muchos de los trabajos que la ciencia jurídica ha producido sobre todo en los últimos tiempos han adoptado el método de poner en la base de la investigación una problemática, de desarrollar sucesivamente un análisis de todos los institutos comprendidos en las varias figuras que proponen los supuestos de hecho objeto de la investigación, individualizado las diferencias y los perfiles comunes, para llegar después a formular así una noción, un concepto jurídico deducido del análisis realizado. En algunos casos la noción comprende todos los perfiles de los supuestos de hecho examinados, llevándolos a un concepto unitario; en otros casos los perfiles

¹⁷ R. DESCARTES, *Discurso sul metodo*, Trad. it., Milano, Mursia, 1992, pp. 48 ss.

¹⁸ A. EISTEIN, *Come io vedo il mondo*, Roma, Newton Compton, 1975, pp. 45 ss.

unitarios han sido individualizados sobre una base común a los distintos supuestos de hecho.

Consíentase traer como ejemplo, por haberlo experimentado, el estudio realizado sobre los entes públicos¹⁹.

Frente a una opinión largamente difundida sobre la inexistencia de rasgos comunes a las varias figuras de entes públicos, la investigación se ha dirigido a comprobar, la existencia o no de una noción unitaria de ente público; a través del análisis de todas las figuras que habían sido reconducidas a aquella noción, la investigación ha podido concluir en la existencia de perfiles relevantes comunes que permiten dar a la noción un valor jurídico y por lo tanto no sólo descriptivo. Queda la incertidumbre sobre si entender esos perfiles comunes como un «núcleo base» del que los otros se ramifican en las específicas diversidades, o sólo un «umbral mínimo», un mínimo común denominador que, como quiera, mantiene juntas las diversas figuras; pero la incertidumbre puede ser tranquilamente remitida a las preferencias individuales porque de ella no derivan particulares consecuencias.

El método de investigación de los datos elementales, es por tanto válidamente utilizable por la ciencia jurídica. Es más, no implica una elección a priori entre método normativista o fenomenológico porque los datos normativos forman parte igualmente, y en ciertos casos parte predominante, de los que han de ser analizados. La investigación de los elementos esenciales consiente individualizar las certidumbres, los niveles de objetividad posibles en el contexto dado. Se pueden extraer muchas consecuencias: por ejemplo, que el tenor literal de la norma o del principio, no siendo casi nunca del todo unívoco, es susceptible de una gama más o menos amplia de vigencias posibles y de diversas interpretaciones, y que el primer deber del científico jurista es el de fijar los puntos que delimitan las posibles vigencias, en vez de absolutizar la que prefiera. A este criterio se debe adecuar también la actividad de los jueces; en efecto, a menudo la Corte Constitucional juzga las leyes en base a su «compatibilidad» con el texto constitucional. Pero, una vez individualizado el núcleo esencial o el umbral-base de un concepto, es erróneo utilizarlo, sin volverlo a poner en discusión, fuera del ámbito que le es propio. Se hace así, por ejemplo, cuando se transfieren categorías de medidas dispositivas (de autoridad o por lo menos unilaterales) a supuestos de hecho que no lo requieren (por ejemplo, a las prestaciones de servicio o de cualquier modo a actividades materiales), o cuando, por el contrario, se utilizan conceptos nacidos de la esfera de la libertad y del consenso a otros supuestos de hecho que responden a circunstancias que tienen fundamento e implicaciones distintas.

La búsqueda de una «teoría general» a la que no puede renunciar el científico jurista, no consiste, por tanto, en el intento de dar a cada conjunto de supuestos de hecho la explicación más omnicomprensiva²⁰ que, al final, hace

¹⁹ G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, Bologna, Il Mulino, 1991.

²⁰ Sobre el tema véase S.M. RETORTILLO, *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y de sus instituciones*, Madrid, Civitas, 1996.

desvanecer toda caracterización significativa, sino, por lo contrario en la individualización de principios base, umbrales mínimos, núcleos esenciales que son propios de los conceptos jurídicos. Hay que aceptar la indicación de Einstein: las leyes más generales son las más elementales²¹.

Estas reflexiones no implican una adhesión a la teoría que en la ciencia filosófica de hoy en día es conocida con el nombre del «minimalismo», si por «minimalismo» se entiende la renuncia de la objetividad, a las ciencias esenciales²²; por el contrario, el método propuesto consiste en el intento de recomponer conjuntos en base a certidumbres esenciales.

Son justamente las nuevas metodologías de las matemáticas las que ofrecen modalidades inesperadas para «crear sistema» sin absolutizar la relatividad de cada uno de los elementos objeto de la reflexión. El enfoque que se extrae de la teoría de los conjuntos puede ofrecer apuntes de especial interés metodológico, siendo el más idóneo para recoger los perfiles comunes de distintos supuestos de hecho y por lo tanto para racionalizar vivencias articuladas más de lo que puede hacerlo la tesis de la pluralidad de los ordenamientos. Esta tesis hace referencia a cuerpos sociales tendencialmente estables: la «clasificación» implica una idea de plenitud, autosuficiencia y por tanto estabilidad y cierre; puede haber «relaciones» entre clasificaciones, pero no interrelaciones, integraciones. En un contexto de desmaterialización, movilidad, desmenuzamiento, el recurso a la noción de sistema se presta mejor a individualizar criterios clasificadores. El sistema se rige por la complejidad porque individualizar las interrelaciones entre figuras, vivencias, acontecimientos que forman parte de un perfil determinado, y en lo que se refiere a otros perfiles componen otros sistemas con otras figuras con las que tienen interrelaciones específicas, homogeneidad; no tiene necesariamente que converger hacia un punto unificador, y es capaz de unir la complejidad en lo posible en el contexto dado²³.

Este enfoque permite además detectar y sistematizar la graduación que es típica de todos los institutos jurídicos en los períodos de transformación en los que las tipologías-límite subsisten, y sería por tanto equivocado negarlas, pero sería también equivocado negar que entre éstas hay una serie articulada de supuestos de hecho que de maneras distintas combinan elementos de ambas: así existen las personas jurídicas «privadas» y las «públicas», pero son numerosísimas las figuras que contienen elementos privatistas y publicistas, dosificados de distintas maneras; así, también, las situaciones subjetivas pueden ser

²¹ Se lee en S. ROMANO: «La verdadera simplicidad se considera de forma errónea como indicio de poco mérito... olvidando que son sencillas las más perfectas obras artísticas y científicas», *Frammenti di un dizionario giuridico* (rist.), Milano, Giuffré, 1983, 112.

²² Véase entre otros, G. VATTIMO E P.A. ROVATTI, *Il pensiero debole*, Milano, Giuffré.

²³ Remítase a G. ROSSI, *Introduzione*, cit. 60. El método de la teoría de los conjuntos, aunque de manera no declarada, es utilizado por varios autores: véase, por ejemplo, A. FALZEA, *Le istituzioni del diritto privato verso l'età contemporanea*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1998, I, 1; F. MODUGNO, *Sistema giuridico*, in *Enc. giur.*, vol. XXIX, Roma, Ist. Enc. Ital., 1993, pp. 1 ss.; L.A. HART, *Il concetto del diritto*, cit. (véase por ejemplo pp. 20, 21); R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, Il Mulino, 1987 (véase por ejemplo, pp. 366, 403).

«protegidas» o «no protegidas», pero la mayor parte de éstas son, en realidad, más o menos protegidas²⁴.

A cada generación de juristas le es consentido y requerido producir, en sus propias disciplinas, la progresión que es posible en el contexto social e institucional en el que vive. La generación que ha producido los resultados más apreciados en la segunda mitad del siglo XX ha tenido la oportunidad de vivir una fase naciente que, tras la Constitución, se consolidó en los años 70 con la llegada del *welfare*; se produjeron y consolidaron así nuevas nociones como el procedimiento en vez de la resolución, la discrecionalidad entendida como ponderación de intereses, la más amplia «utilización» del Derecho privado por parte de las Administraciones públicas, el criterio de la función como clave de lectura del ejercicio del poder y también de Derecho privado de la Administración, el refuerzo de la tutela de las situaciones jurídicas subjetivas con respecto a la Administración pública.

La generación inmediatamente posterior no tenía la posibilidad de inventar nuevas categorías porque esto no le era permitido por el ciclo histórico; no se le puede echar la culpa de haberse equivocado de «siglo», porque no lo había elegido.

Pero ahora, el «siglo» para nuevas investigaciones es el correcto, en el sentido de que ofrece nuevas problemáticas y permite y requiere nuevos métodos, o métodos redescubiertos. La propuesta de un método basado en los ingredientes esenciales de los conceptos jurídicos puede contribuir, al menos, a ofrecer nuevos estímulos de reflexión y de investigación.

²⁴ Para una sistematización «gradualista» véase O. GIERKE, *Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturalistiche*, (1880) Torino, Einaudi, 1943, ID., *Das deutsche Genossenschaftrecht*, Berlino, 1881; R. ORESTANO, *Introduzione*, cit. 428.

