monografías
ALTA CALIDAD EN INVESTIGACIÓN JURÍDICA
tirant lo blanch

+Lectura GRATIS en la nube

JAIME RODRÍGUEZ-ARANA

LA FORMA Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO

monografías

LA FORMA Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

María José Añón Roig
Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia

Ana Cañizares Laso
Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Málaga

Jorge A. Cerdio Herrán
Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho. Instituto Tecnológico Autónomo de México

José Ramón Cossío Díaz
Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y miembro de El Colegio Nacional

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot
Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Owen Fiss
Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la Universidad de Yale (EEUU)

José Antonio García-Cruces González
Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED

Luis López Guerra
Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid

Ángel M. López y López
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla

Marta Lorente Sariñena
Catedrática de Historia del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid

Javier de Lucas Martín
Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política de la Universidad de Valencia

Víctor Moreno Catena
Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid

Francisco Muñoz Conde
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

Angelika Nussberger
Catedrática de Derecho Constitucional e Internacional de la Universidad de Colonia (Alemania). Miembro de la Comisión de Valencia

Héctor Olasolo Alonso
Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario (Colombia) y Presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya (Holanda)

Luciano Parejo Alfonso
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid

Tomás Sala Franco
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia

Ignacio Sancho Gargallo
Magistrado de la Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo de España

Tomás S. Vives Antón
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia

Ruth Zimmerling
Catedrática de Ciencia Política de la Universidad de Mainz (Alemania)

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

LA FORMA Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO

JAIME RODRÍGUEZ-ARANA
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de A Coruña

tirant lo blanch
Valencia, 2022

Copyright © 2022

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

© Jaime Rodríguez-Arana

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELFS.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email:tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
DEPÓSITO LEGAL: V-3552-2021
ISBN: 978-84-1378-843-2
MAQUETA: Disset Ediciones

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf

Índice

I. INTRODUCCIÓN..... 9

II. FORMA Y TÉCNICA NORMATIVA..... 25

III. EL PODER Y LA FORMA 31

IV. LA RELEVANCIA DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO..... 39

V. SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA 51

VI. FORMA Y JURISPRUDENCIA..... 61

XVII. ETICA, DEMOCRACIA Y FORMA 93

VIII. ESTADO MATERIAL Y FORMAL DE DERECHO. 109

IX. SOBRE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD..... 115

X. LA CONCEPCIÓN DE LA FORMA EN EL PENSAMIENTO ABIERTO, PLURAL, DINÁMICO Y COMPLEMENTARIO. 131

XI. SOBRE LA FORMA EN EL DERECHO..... 141

XII. LA FORMA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO..... 157

XIII. LA FORMA EN LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA..... 163

XIV. ESPECIAL REFERENCIA A LA FORMA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. 177

XV. LA FORMA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO..... 185

XVII. REFLEXIÓN CONCLUSIVA..... 217

I. INTRODUCCIÓN.

La forma en el Derecho, en las ciencias sociales en general, es una cuestión muy antigua. En la filosofía, por ejemplo, animó nada menos que a Aristóteles a formular su famosa teoría hilemórfica en la que planteaba con su proverbial sabiduría que las realidades físicas, las cosas para entendernos, estaban compuestas de materia y forma. La materia sería el sustrato físico que precisa de la forma para que esa realidad sea precisamente la que es. Por tanto, como decía Aristóteles, la materia no puede existir sin la forma y la forma no puede existir sin la materia. Son dos caras de la misma moneda que se necesitan, que se dan en el mundo físico en una relación de complementariedad. Simplificando mucho, se podría afirmar que la materia es aquello de lo que la cosa está hecha y la forma esa propiedad que hace que una cosa sea lo que es y no otra distinta.

No es nuestro propósito, ni mucho menos, adentrarnos en el mundo de la filosofía, de la gnoseología o de la ciencia del conocimiento, pero la teoría hilemórfica tiene, en el mundo del Derecho, más que la doctrina de las formas de Platón, gran relevancia. Por una poderosa razón, el Derecho, frente a la Moral o a la Ética, que discurren en el plano del interior de los seres humanos, precisa de existencia exterior. Necesita exteriorizarse porque se refiere a la expresión, a la manifestación, a la proyección externa de la justicia, de esa perpetua y constante voluntad de dar a cada uno lo suyo. La justicia precisa disponer de presencia física, lo que acontece a través de todas y cada una de las fuentes del derecho, que no son más, ni menos, que formas de la misma justicia.

Por eso, en el Derecho, especialmente en el Derecho Público, la forma tiene una capital relevancia, porque prima el interés general, que es un concepto esencialmente vinculado a la forma, a la garantía, a la publicidad, elementos que sin una adecuada presencia exterior no podrían desplegarse en la realidad.

En el Derecho Privado, como veremos, impera la libertad de formas y, aunque es verdad que con el paso del tiempo las formalidades han ido adquiriendo mayor importancia, lo cierto y verdad es que el primado de la autonomía de la voluntad no se da en las relaciones jurídico administrativas, donde la transparencia y la publicidad requie-

ren de la existencia de formas a través de las que podamos conocer las actuaciones de los Poderes públicos sin excepción.

En el Derecho Privado, dónde desde siempre ha existido libertad de forma, tal realidad no significa que pueda darse un acto jurídico sin forma. Si así fuera se estaría confundiendo forma con formalidad o solemnidad, olvidando que la voluntad de todo acto o negocio jurídico, sea público o privado, debe ser exteriorizado[1] pues no puede permanecer en secreto por obvias razones. Tendrá grados diferentes de exteriorización, pero debe ser exteriorizado pues, de lo contrario, estaríamos en el mundo de la Moral que es un ámbito distinto dónde se trabaja sobre las intenciones y las deliberaciones interiores. La vida jurídica es vida de relación, regulada por el Ordenamiento jurídico, vida que ordinariamente es producto de la voluntad humana, personal, o de la voluntad de Entes públicos, que es la causa de los efectos jurídicos. Desde la Teoría del Derecho, podemos afirmar que, en efecto, toda relación social, para su constitución precisa, por sencilla y elemental que sea, una forma jurídica.

A lo largo del tiempo, el par materia-forma, se ha entendido de muy diferentes maneras. Unas veces, se valora especialmente la forma en detrimento de la materia y nos situamos en el formalismo, el estructuralismo o el positivismo. Y, en otras, prevalece la materia sobre la forma y aparece el doctrinarismo, principialismo o esencialismo. En esta investigación se parte del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario y nos vamos a situar en un plano de equilibrio entre ambas maneras de entender la realidad. Es verdad, quien podrá negarlo, que en ocasiones encontraremos equilibrios más o menos inestables, quizás más formales o más sustanciales. Esto es así porque partir de una formulación categórica y dogmática, estática, para entender la importancia de la materia en el Derecho, especialmente en el Derecho Administrativo, es fundamental para avanzar el pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario.

La concepción formal o procedimental del Derecho, de gran prestigio y general aceptación en el Derecho Público, especialmente en el Derecho Administrativo, corre, cuando se entiende al margen de la sustancia o de la materia, de los valores, un grave peligro. Me refiero

---

1 L. ENNECCERUS, Tratado de Derecho Civil, Barcelona, 1950, T. I, p.119

a la excesiva ritualización, a la obsesión o idealización de la forma, que poco a poco va desnaturalizando el fin al que debe servir: la realización de la justicia.

Por eso, cuando se renuncia a la sustancia jurídica en beneficio de la simple forma, se acaba negando nada menos que la justicia porque el silogismo que identifica el Derecho con la Ley, dice Sánchez Pedroche, es incapaz de dar cuenta de los variados problemas que pueden darse en la realidad social en la que es necesario aplicar la norma[2]. Primero, porque la forma jurídica sin vinculación a la justicia podemos decir que no es forma jurídica y, segundo, porque la realidad social, la materia prima sobre la que trabaja el Derecho, debe ser tenida en cuenta, y muy en cuenta. Cuando la realidad, cuando la vitalidad de la realidad se margina, entonces la forma se desconecta de su sentido y acaba siendo un instrumento del poder o una pura abstracción, tal y como la reciente historia europea del siglo pasado pone de manifiesto.

En España, la reacción a la deriva formalista o positivista la encontramos, por lo que se refiere al Derecho Público, en el artículo 103 constitucional, cuando se dispone que la Administración pública actúa con pleno sometimiento a la ley y al Derecho. Es decir, los Poderes públicos están sujetos al conjunto del Ordenamiento jurídico, y, por ello a los principios generales del Derecho. Este precepto está inspirado en la Ley Fundamental de Bonn, escrito para evitar que a través de una ley formal pudieran regresar al poder ideologías y sistemas de corte racista o xenófobo, como tristemente aconteció en el pasado, con las consecuencias que todos sabemos.

En este sentido, la doctrina de la Ley como previa al Derecho, propia del formalismo positivista, plantea que el Derecho se agota en la Ley y a ella debe servir, mientras que las demás fuentes del Derecho solo tendrán sentido en la medida en que sean coherentes con los mandatos establecidos en ella. Esta aproximación, muy presente en la formación de los estudiantes del Derecho del siglo pasado especialmente, también por desgracia en los de este momento, debe ser superada por una visión más amplia del principio de legalidad, que debe abrirse a los principios generales del Derecho si es que pretende

---

2 J.A. SÁNCHEZ PEDROCHE, Forma y materia en Derecho Tributario, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2004, p.7

que a su través brille con luz propia la justicia y el respeto, protección y defensa de los derechos fundamentales de la persona.

Una perspectiva más realista, de corte sustancialista, pero sin renunciar a las formas, plantea el Derecho como previo a la Ley y como presupuesto de su desarrollo, aplicación e interpretación. Tal concepción de la ciencia jurídica encuentra anclaje seguro en la vuelta a los valores –la materia, lo sustancial- que se plasman entre otros en los principios generales del Derecho[3].

Por otra parte, el contenido y la interpretación constitucional, a poco que se conozca la Carta Magna, nos permite afirmar que son precisamente los valores constitucionales, los valores que han de presidir el conjunto del Ordenamiento jurídico, pues la Constitución es de aplicación preferente y directa. Razón de más para comprender cabalmente la relevancia de la dimensión material del Derecho y la importancia de concebir la forma como el vehículo de expresión, de exteriorización de dichos valores constitucionales.

Como es sabido, el 6 de diciembre de 1978 se promulgó la vigente Constitución española, una Norma Fundamental que plasma de forma magistral una serie de valores y principios a los que debe ajustarse el conjunto del Ordenamiento jurídico.

En efecto, en los valores y principios constitucionales reside el espíritu constitucional, el centro de donde procede el dinamismo y las virtualidades de la Constitución. Ese conjunto de valores, recogidos tanto en el preámbulo como en el articulado, dan sentido a todo el texto constitucional y deben impregnar el régimen jurídico y el orden social colectivo. Es decir, se trata de las directrices que deben guiar nuestra vida política, no sólo la de las instituciones, la de todos los españoles, nuestra vida cívica.

En el preámbulo constitucional, como es bien sabido, se señalan, en primer lugar, la justicia, la libertad y la seguridad como los tres valores constitucionales más importantes. En la idea de justicia late la convicción de que hay algo debido al hombre, a cada hombre, a cada mujer. Por encima de consideraciones sociológicas o históricas, más allá de valoraciones económicas o de utilidad, el hombre, el ciu-

---

3 Ibidem

dadano, cada vecino, se yergue ante el Estado, ante cualquier poder, con un carácter absoluto: esta mujer, este hombre, son lo inviolable; el poder, la ley, el Estado democrático, se derrumbarían si la dignidad de la persona no fuere respetada.

En la preeminencia de la libertad se está expresando la dignidad del hombre, constructor de su propia existencia personal solidaria. Y finalmente, la seguridad, como condición para un orden de justicia y para el desarrollo de la libertad, y que cuando se encuentra en equilibrio dinámico con ellas, produce el fruto apetecido de la paz.

El segundo de los principios señalados en el preámbulo constitucional, siguiendo una vieja tradición del primer constitucionalismo del siglo diecinueve –una tradición cargada de profundo significado-, es el principio de legalidad o de juridicidad. Mejor principio de juridicidad porque el poder público se somete a la Ley, y al Derecho. La ley es, debiera ser, la expresión de la voluntad popular. La soberanía nacional se manifiesta a través de la ley. El principio de legalidad no significa otra cosa que respeto a la ley, respeto al proceso de su emanación democrática, y sometimiento a la ley, respeto a su mandato, que es el del pueblo.

En virtud del principio de juridicidad, el Estado de Derecho sustituye definitivamente a un modo arbitrario de entender el poder. El ejercicio de los poderes públicos debe realizarse en el marco de las leyes y del Derecho. Todos, ciudadanos y poderes públicos, están sujetos –así lo explicita el artículo 9 de la Carta Magna- a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico. Por eso, el imperio de la Ley supone la lealtad constitucional e institucional, concepto central del Estado de Derecho que hoy también debemos recordar. El principio de juridicidad tiene una profunda significación porque desde la llegada del Estado de Derecho el poder público, y por ello la Administración pública, han de caminar en el marco de la ley, de forma y manera que la subjetividad reinante en el Antiguo Régimen, se sustituye ahora por la objetividad y racionalidad desde las que la ley y el reglamento operan para el mejor servicio a los intereses generales.

No podía ser de otra manera: la justicia, la libertad y la paz son los valores supremos que deben impregnar y orientar nuestro Ordenamiento jurídico y político. Respetar la ley, la ley democrática, emanada del pueblo y establecida para hacer realidad aquellos grandes va-

lores y principios, es respetar la dignidad de las personas, los derechos inviolables que les son inherentes, el libre desarrollo de sus existencias personales y en sociedad.

El Estado de Derecho, el principio de legalidad así entendido, el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular, deben, pues, enmarcarse en el contexto de otros principios superiores que le dan sentido, que le proporcionan su adecuado alcance constitucional. No hacerlo así supondría caer en una interpretación mecánica y ordenancista del sistema jurídico y político, privando a la ley de su capacidad promotora de la dignidad del ciudadano. Y una ley que en su aplicación no respetara ni promoviera efectivamente la condición humana –en todas sus dimensiones- en cada persona, sería una norma desprovista de su principal valor.

En puridad, la naturaleza de la Constitución y de los valores constitucionales constituyen el canon de validez de las Leyes. Estas, son inconstitucionales si contravienen, no solo la letra de las Norma de las Normas. También si lesionan valores o principios constitucionales.

La pugna formalismo-sustancialismo es antigua, tanto como la polémica sobre la importancia de la materia y la forma en orden a explicar la naturaleza de las realidades físicas. En el tiempo en que estamos, la reacción frente al formalismo procede de la constatación de la insuficiencia del positivismo, del procedimentalismo, del estructuralismo, o del normativismo para fundar un Ordenamiento jurídico en el que brille con luz propia la justicia. Más bien, estas doctrinas que absolutizan la forma, se quedan en la cáscara, en el envoltorio, en la imagen podríamos decir, y no llegan al meollo porque en este tiempo, en una situación de emergencia humanitaria, afirmar que en la forma, "per se", radica la justicia, es deudora de visiones ingenuas y poco realistas[4].

Por otra parte, identificar antiformalismo con antijuridicismo , como señala Sánchez Pedroche, no es del todo exacto pues el antiformalismo surge para preservar la seguridad jurídica, hoy tan vapuleada, y para garantizar una interpretación adecuada, completa, de la norma

---

4 Vid sobre esta cuestión R. BERGALLI, Coordinador, Sentido y razón del Derecho, En foques socio-jurídicos para la sociedad democrática, Barcelona, 1992, pp. XVI y XVII

jurídica, conforme a los valores constitucionales, alejada de posturas maximalistas a que la hermenéutica puede conducir[5]. En realidad, el antiformalismo es una reacción al formalismo y al positivismo, que se quedan prendidas de una sola dimensión del Derecho. El sustancialismo, por supuesto, en la medida que trae consigo una separación completa de la forma, también sería censurable pues la norma no es pura abstracción, precisa incardinarse en la realidad concreta.

Debemos a Norberto Bobbio fundamentalmente la clasificación de los sentidos del formalismo jurídico en su libro sobre el problema del positivismo jurídico[6]. La primera acepción, la más común y también las más falaz, se refiere a que la justicia de un determinado acto jurídico viene determinada por su conformidad o no a la ley formal. Esta idea está muy extendida a pesar de que su seguimiento al pie de la letra ha provocado, como sabemos, grandes perjuicios a la humanidad. En las Facultades de Derecho de muchos países es el primer mandamiento del normativismo y educa a los futuros operadores jurídicos en un pensamiento único y plano hoy tan frecuente. Se identifica justicia con legalismo, algo de funestas consecuencias como el tempo en que estamos demuestra todos los días.

El formalismo jurídico como concepción –adjetiva- de la justicia, significa que la justicia solo está en la forma, en la sujeción a un formato preestablecido. Solo es justo lo que se adecúa al procedimiento, al proceso, a la pura formalidad. A día de hoy, con todo lo que ha pasado, y pasa en el mundo, mantener a capa y espada una teoría formalista de la ética parece desproporcionado. Pensar que la ética reside única y exclusivamente en el cumplimiento del deber jurídico, prescindiendo de su naturaleza o fin, y que solo es justo lo conforme a la legalidad, sin referencia a los principios o a los valores, es altamente peligroso para la salud moral de nuestras sociedades pues no está escrito, menos contrastado, más bien lo contrario, que en la forma se encuentra necesaria y mecánicamente el bien moral. La idea hegeliana de que el Estado es la encarnación del ideal ético, hoy practicada por tantos gobernantes,

---

5 J.A. SÁNCHEZ PEDROCHE, Op. Cit., p. 8

6 N. BOBBIO, El problema del positivismo jurídico, México, 1992, pp. 13 y ss.

La cuestión, antigua como pocas, la encontramos, es bien sabido, en la tragedia griega Antígona de Sófocles, donde se pone de manifiesto que la ley es válida si es justa. A partir de entonces la pugna entre positivistas y iusnaturalistas ha sido constante y, en ocasiones amarga, pero en este tiempo parece que lo más sensato es lo que algunos denominamos positivismo o iusnaturalismo abierto que, pare el tema que nos ocupa, plantea que la ley debe ser expresión de la justicia para merecer tal nombre.

Para Bobbío, entre el legalismo iusnaturalista y el formalismo ético, a pesar de su antagonismo, existe una coincidencia al interpretar la justicia ambas corrientes como un orden igualitario representado por una regla formal a la que se someten y que vincula por igual a todos los destinatarios de la misma[7]. Que ese orden esté representado por la ley natural o por una ley positiva, no afecta, argumenta Bobbio, a la analogía jurídica de ambos razonamientos -la justicia de la norma depende de su conformidad a ella o la justicia está en función de la validez de la norma-, según la cual se debe hacer aquello que ha sido establecido o ha sido convenido por la regla superior independientemente de cual sea el objeto de la misma[8]. Lo importante para esta versión del formalismo, no para el iusnaturalismo, es la sumisión a la regla, sin tener en cuenta la naturaleza de su objeto.

En segundo lugar, el formalismo jurídico es una teoría del Derecho, en cuya virtud el Derecho es considerado como una forma (generalmente constante) respecto a un contenido (generalmente variable)[9]. Es decir, lo realmente decisivo del Derecho es la forma, el procedimiento, el proceso, mientras que la sustancia que contiene es lo de menos. En otras palabras, la licitud o moralidad del sustrato es irrelevante porque lo realmente relevante es el envoltorio, la mera formalidad, que es lo permanente.

Como sabemos, Kant en la Crítica de la razón práctica (1788) identifica la forma con la idea de libertad como autonomía montando su concepción del Derecho sobre esta premisa. Por eso, para el filóso-

---

7 E.H. LLANO, El formalismo jurídico y la teoría experiencial del Derecho, Valencia, 2009, p. 38

8 Ibidem

9 N. BOBBIO, El problema del...pp. 13 y ss

fo prusiano, el Derecho es el conjunto de condiciones [10]bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de libertad. Es decir, el Derecho establece formalmente las reglas sobre cómo deben actuar en sus relaciones los individuos sin entrometerse en lo que deben hacer. No importa el contenido de una relación jurídica sino que, como señala Llano, ante un negocio jurídico como la compraventa, el Derecho no nos indica que es lo que debemos comprar, sino como debemos hacerlo para que el contrato sea vinculante para ambas partes y surta las pertinentes consecuencias jurídicas[11].

Para Kelsen, profundamente normativista, y por ello, formalista, el Derecho es pura forma, planteando el aislamiento de lo normativo de lo social, de manera que un hecho es jurídico en la medida en que una norma le atribuya determinadas consecuencias[12] . La realidad, impregnada de valores y de principios, por tanto, no cuenta. Solo es relevante si está prevista en la norma.

En tercer lugar, el formalismo jurídico se puede plantear como una Ciencia del Derecho, el normativismo, en la que la construcción dogmática de la investigación no tiene como finalidad ni la explicación causal ni la justificación teleológica de un instituto, sino la determinación de su estructura normativa[13]. El fin de la institución o de la categoría jurídica o la causa deben desaparecer de la investigación jurídica, para centrarse en la estructura normativa.

La ciencia jurídica es una ciencia eminentemente formal. Es decir, no tiene por objeto hecho alguno del mundo físico ni su explicación, solo los tiene en cuenta para su calificación normativa y su imbricación en la construcción del sistema jurídico. En este sentido, el Derecho sería un conjunto de calificaciones normativas de comportamientos donde la función de la investigación científica del Derecho se resuelve en una reconducción de los comportamientos dentro de

---

10 I. KANT, La metafísica de las costumbres, Madrid, 1994, pp.38-39

11 EH LLANO, El formalismo jurídico y la teoría experiencial del Derecho, Valencia, 2009, p.40

12 H. KELSEN, Teoría Pura del Derecho, Mexico, 2000, pp. 47 y ss,.

13 N. BOBBIO, Op. Cit., pp 13 y ss.

la estructura del Derecho, así como en una contínua constitución y reconstitución de esa misma estructura[14]

El cuarto significado del formalismo jurídico Bobbio lo refiere a la interpretación, a una teoría de la interpretación jurídica que atribuye al intérprete una función más bien declarativa del derecho existente, frente a quienes otorgan preferencia a la investigación de los fines y de los intereses sociales[15]. En este marco se encuentra la denominada jurisprudencia de conceptos, en cuya virtud la hermenéutica sistemática y lógica prevalece sobre la interpretación histórica y finalista. El Juez no es más que un mero declamador de la norma, mientras que, para la denominada jurisprudencia de intereses, de base sociológica, el Juez, además, y, sobre todo, tiene un poder creador del Derecho. En este caso el Juez hace gala de una interpretación en la que se consideran elementos como la equidad, la eficacia jurídica, la realidad social, la coyuntura política o las circunstancias económicas. De ahí que tanto una como otra corriente; una al basarse sobre la forma como lo permanente y, la otra, sobre lo material, como lo único relevante, puedan dar lugar, a situaciones problemáticas.

También desde esta perspectiva, por supuesto, la tesis de la complementariedad y, en todo caso, de la forma como medio para la justicia, probablemente sea la mejor solución, huyendo así de maximalismos y teorías desproporcionadas.

El formalismo jurídico, por tanto, es una doctrina que hunde sus raíces en la pura externalidad, en la silueta de la norma, en su formato al margen de otras consideraciones. Ni la realidad social, ni la conformidad a los valores del Estado de Derecho, ni los fines o las causas de las normas tienen consistencia para explicar el sentido de la norma.

Es frecuente, desde otro punto de vista, identificar el formalismo jurídico con el vitalismo jurídico de Nietsche. Algo sorprendente puesto que el vitalismo si a algo se refiere es la realidad, a la vida misma, a lo que es. Sin embargo, tal consideración debemos descartarla puesto que para el filósofo alemán lo real está en esencia estructurado según una infinidad de relaciones de fuerza donde cada fuerza lucha por el

---

14 N. BOBBIO; Giusnaturalismo e positivismo giuridico, Milan, 1972, p.90

15 N. BOBBIO, El problema… pp 13 y ss.

reforzamiento de su dominación, dicho de otro modo, de su poder[16]. He aquí una buena confesión de lo que encierra el formalismo: la lucha por el poder a través del medio fuerza, de la dominación, la lucha por la forma es la lucha por el poder y quien dispone de la forma, dispone del poder porque en esta perspectiva los valores, el Estado de Derecho, el fin o la causa, no son más que elementos irrelevantes que no resisten al poder de la forma.

El formalismo jurídico, como es lógico, centra su estudio en la estructura formal del Derecho sin importar nada, o muy poco, su contenido, menos incluso los valores a los que la norma debe estar ordenada en un Estado social y democrático de Derecho. Se trata de un análisis del Derecho desde una única perspectiva. Por el contrario, la doctrina de la experiencia jurídica, patrocinada por Capograsi y sus discípulos Opocher, Cotta y Frosini, parte del pensamiento plural y tiene bien presente la pluralidad de aspectos que confluyen en la realidad del Derecho.

Mientras que el formalismo jurídico atiende preferentemente a cómo se produce el Derecho , las doctrinas experiencialistas ponen su mirada en lo que el Derecho es y en lo que el Derecho regula[17]. Por eso, en puridad, el formalismo jurídico, que se fija en cómo surge a la vida jurídica el Derecho, debería tener en materia hermenéutica una relevancia ceñida a su función, mientras que el experiencialismo jurídico, por su propia naturaleza, se refiere a cuestiones de más envergadura como son la esencia del Derecho y su objeto mismo. Sin embargo, el formalismo jurídico, rebasando el ámbito que le es propio a la forma, ha desplazado al contenido, y a los valores, para convertirse el mismo, la pura forma, en el único contenido y valor del Derecho constituyendo una auténtica contradicción. Que es lo que acontece cuando la negación del valor se convierte, valga la redundancia, en el único y principal valor.

Igual que la materia y la forma están, deben estar, inescindiblemente unidos entre sí, y que no se entiende una sin la otra y viceversa, como acertadamente señala Llano Alonso, no existe un antagonismo

---

16 F. NIETSCHE, Fragmentos póstumos, en Antología, Barcelona, 1988, pp. 155 y ss.

17 N. BOBBÍO, Il positivismo giuridico, Torino, 1961, Madrid1993, p.154

real entre ambas maneras de comprender el Derecho[18]. Al menos no se encuentra la animadversión furibunda que existió entre el iuspositivismo y el institucionalismo junto a las principales corrientes sociológico-jurídicas, como pueden ser el realismo jurídico, la jurisprudencia de intereses, el movimiento del Derecho Libre, el uso alternativo del Derecho o los llamados Critical legal Studies[19] .

Hoy, el rígido formalismo jurídico, deudor de doctrinas de otros tiempos, ha ido evolucionando a una especie de neoformalismo. Es decir, frente a una concepción completamente neutral y avalorativa del Derecho, hoy el formalismo en muchas ocasiones precisa reformular su absoluta neutralidad abriéndose en alguna medida a los contenidos materiales del Derecho. El problema es que está apertura, tímida, a los valores, en muchas ocasiones conduce a erigir el principal valor en una presunta neutralidad que no es más que el formato, el envoltorio, el sobre, a través del cual aparece con toda su crudeza la fuerza, la obsesión por el poder y el mando.

El experiencialismo jurídico, en palabras de Pérez Luño, busca una comprensión omnicomprensiva del Derecho que permite conjugar la forma con el contenido, reivindicando la necesidad de captarlo en su entero desenvolvimiento desde su fundamentación axiológica, su génesis en las conductas sociales, su plasmación normativa, así como su aplicación y cumplimiento por los operadores jurídicos y los ciudadanos[20].

A Kant debemos, a partir de su teoría de la razón pura, una de las principales bases para el formalismo, mientras que, en sentido opuesto, el historicismo empírico de la razón vital de Dilthey se nos presenta como el principal basamento histórico del experiencialismo. Obviamente, no es este es lugar apropiado para profundizar en las doctrinas iusfilosóficas que han servido de soporte a las teorías formalistas o a las doctrinas sustancialistas o principialistas, porque en Derecho Público, especialmente en Derecho Administrativo, la forma ha de ser el medio para que se realice la justicia. Sin embargo, dada la

---

18 F. LLANO ALONSO, El formalismo jurídico y la teoría experiencial del Derecho, Valencia, 2009, p. 22

19 Ibidem

20 E. PÉREZ LUÑO, Teoría de la experiencia jurídica. Una concepción de la experiencia jurídica, Madrid, 2005, p.41