

Determinar lo indeterminado: sobre cláusulas generales y los problemas que plantean

Por MARÍA JOSÉ GARCÍA SALGADO

Universidad de Oviedo

INTRODUCCIÓN: En este trabajo se estudia el tema de indeterminación jurídica en tres planos diferentes: el de la Administración, el legislativo y el jurisdiccional, centrándose en este último. Así, se intenta una distinción entre cláusulas generales y conceptos indeterminados y se analiza brevemente la tesis de la única solución justa; se efectúa, también brevemente, una aproximación a la indeterminación desde los esquemas del análisis económico del derecho y, por último, se aborda la utilización judicial de las cláusulas generales para derogar normas vigentes, tomando como base la sentencia del Tribunal Imperial alemán de 28 de noviembre de 1923 sobre revalorización de una hipoteca y el análisis que Philipp Heck hace de la misma, aplicando las tesis de la Jurisprudencia de Intereses.

1. PLANTEAMIENTO

Las cláusulas generales y los conceptos jurídicos indeterminados constituyen un desafío importante y un insoslayable banco de pruebas para cualquier teoría del derecho o metodología jurídica que no quiera quedarse en mera especulación abstracta alejada de la realidad, ya que reproducen las tensiones más relevantes que se originan en los distintos ámbitos de reflexión jurídica. En el plano de la teoría del derecho, el estudio de las cláusulas generales desemboca en el eterno problema de la relación entre lo jurídico y lo moral; en el plano de la metodología jurídica son producto de la tensión permanente entre el ideal de la determinación plena y el ideal de la plena adecuación, sea

en el momento legislativo o en el momento de aplicación de la norma y con ello del también eterno conflicto entre la seguridad y la justicia. Por último, en la teoría del derecho público y del Estado las cláusulas generales y los conceptos indeterminados han forzado a los juristas a construcciones teóricas de orfebrería para ajustar y armonizar, sobre todo, las relaciones del poder ejecutivo con el poder judicial y las posibilidades de control del primero por parte del último ¹.

En la primera parte de mi trabajo intentaré una sistematización de las cláusulas generales y los conceptos indeterminados, sus características y diferencias; fijar sus virtudes y defectos como instrumentos de técnica legislativa y los problemas que plantean para la interpretación y aplicación de las normas y las herramientas que han surgido para solucionar esos problemas.

La segunda parte tratará de exponer con más detalle las tensiones contenidas en las cláusulas generales y los riesgos que estas conllevan, desde la perspectiva de la metodología jurídica, y a partir del análisis de la famosa sentencia del Tribunal Imperial alemán de 28 de noviembre de 1923, que utilizó la cláusula de buena fe recogida en el § 242 del BGB para derogar la ley monetaria de 4 de agosto de 1914, que imponía el principio de equivalencia nominal de las obligaciones –*Mark gleich Mark*– y para proceder a una revalorización de los créditos estableciendo un nuevo cambio de la moneda. La elección de esta sentencia se justifica por la abundante literatura que generó respecto al papel de las cláusulas generales en el Ordenamiento Jurídico y a sus posibilidades y límites de interpretación y porque se dictó en un momento en que en Alemania los temas de metodología jurídica eran objeto de encendida polémica y vivo debate, y los cambios sociales, económicos y políticos, bruscos y constantes, requerían esfuerzos teóricos continuos para tratar de explicarlos e integrarlos. Por último, el uso (y abuso) que el nacionalsocialismo hizo de las cláusulas generales es especialmente esclarecedor y merece ser relatado una vez más.

2. FORMAS DE EXTERIORIZACIÓN DE LA INDETERMINACIÓN: CLÁUSULAS GENERALES Y CONCEPTOS INDETERMINADOS. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS

La literatura jurídica española acostumbra a utilizar las expresiones «conceptos vagos», «conceptos jurídicos indeterminados» y «cláusulas generales» (aunque esta última es poco frecuente) como sinónimos, para referirse a todo un conjunto de estándares e instru-

¹ De este ámbito, sobra decirlo, son las tensiones entre potestades regladas y discrecionales; actos de gobierno y actos de gestión; margen de apreciación y solución única, etc.

mentos normativos como la buena fe, la diligencia del buen padre de familia, las buenas costumbres, el orden público, la nocturnidad, la alevosía, etc.² En la literatura jurídica alemana, sin embargo, se distingue habitualmente entre cláusulas generales y conceptos jurídicos indeterminados, aunque no haya acuerdo respecto de cuáles sean los criterios que los diferencian y dependan en buena medida de los presupuestos y necesidades de cada investigación.

La forma de explicar la distinción entre conceptos jurídicos determinados y conceptos jurídicos indeterminados de Walter Jellinek³ (1913) o de Philipp Heck (1914: 207 y 219) sigue siendo una herramienta útil para moverse por este pantanoso terreno del lenguaje normativo y se ha convertido en un lugar común⁴. Los conceptos determinados serían aquellos que permiten contestar con seguridad a la cuestión de si un supuesto queda o no comprendido en su campo semántico (los candidatos positivos y negativos de la filosofía analítica), pudiendo por tanto distinguirse en ellos una esfera de certeza positiva y una esfera de certeza negativa (o lo que Heck llamaba un núcleo conceptual, *Begriffskern*)⁵. En los conceptos indeterminados existiría además la esfera de la duda posible, es decir, permitirían incluir y excluir con certeza determinados supuestos (candidatos positivos o negativos), pero respecto de otros muchos existirían dudas (serían los candidatos neutrales) y no sería posible afirmar de forma tajante si quedan comprendidos o no dentro del concepto⁶ (caerían en el *Begriffshof*, halo del concepto). Todo concepto indeterminado tiene por tanto un grado de determinación, unos candidatos positivos y negativos seguros; lo que lo diferencia de un concepto determinado es que tiene además un mayor o menor número de candidatos neutrales, una zona de penumbra más o menos extensa. En el ejemplo propuesto por Jellinek: una norma de 1908 prohibía a los gitanos viajar juntos en hordas (cuadrillas, bandas, tribus). La norma no dice cuántas personas constituyen una horda. Está claro que un único gitano no lo es y tam-

² Así, García de Enterría considera conceptos jurídicos indeterminados, entre otros, la buena fe, la diligencia del buen padre de familia, la negligencia en el derecho civil; los de nocturnidad, alevosía, abusos deshonestos en el derecho penal; la división de la continenencia de la causa, la conexión directa, la pertinencia de los interrogatorios, las medidas adecuadas para promover la ejecución, el perjuicio irreparable, en el derecho procesal; el interés social, el sobreseimiento general de los pagos, en el mercantil (1996: 446).

³ W. JELLINEK, *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung*, 1913, pp. 37 y 38. Lo cito a partir de Koch (1976: 200). También lo recoge Bacigalupo (1997: 194-195).

⁴ Por citar sólo alguna obra: Engisch (1967: 140); García de Enterría (1996: 449); Bacigalupo (1997: 206-211); Koch (1976: 203).

⁵ Según Koch, el esquema trizonal de Jellinek es preferible al bizonal de Heck, porque da cuenta de los candidatos negativos (1976: 204).

⁶ Cfr. Bacigalupo (1997: 208-211); Koch (1976: 202 ss.); Atienza (1985: 16-17), para distinguir entre intensidad y extensión y para las diferenciaciones analíticas más profundas entre las condiciones que deben cumplir estos conceptos.

bién que cincuenta gitanos sí pueden calificarse como tal, pero fuera de esos límites todo son dudas.

Las construcciones de Jellinek o de Heck nos permiten separar, aunque sea con una línea muy fina, los conceptos determinados de aquellos que no lo son, pero dentro del campo de lo indeterminado siguen siendo necesarias algunas precisiones: ¿pertenecen a la misma categoría conceptual «la buena fe» y la «horda»? ¿Tiene sentido distinguir entre «diligencia del buen padre de familia» y «nocturnidad»? ¿Hay diferencias entre «orden público» y «reconocido prestigio y experiencia»? A los primeros conceptos de estos binomios suele, al menos entre los juristas alemanes, considerárselos cláusulas generales. A los segundos, conceptos jurídicos indeterminados.

La distinción no es pacífica y muchos autores ni siquiera la intentan, pero quienes han tratado de establecerla la consideran necesaria, porque de otro modo no se capta el verdadero sentido de las cláusulas generales y no se pueden abordar correctamente los problemas que ocasiona su existencia (Miquel, 1997: 305).

Las normas no son cláusulas generales sólo por contener algún concepto jurídico indeterminado, sino que, como señala R. Weber, únicamente pueden definirse como cláusulas generales aquellas disposiciones en las que el legislador ha utilizado conceptos para la determinación del supuesto de hecho de un grado tan alto de abstracción y de indeterminación que carecerían de núcleo de certeza en un sentido unívoco y claramente comprobable y sólo tendrían zona de penumbra. Las buenas costumbres, la moral, la buena fe o el orden público carecerían de núcleo lingüísticamente aprensible, de modo que la incertidumbre se extiende al concepto en su totalidad (Miquel, 1997: 304). Expuesta de forma tan tajante es quizá una distinción difícil de mantener (¿cómo no van a existir candidatos positivos o negativos en el concepto de buena fe o de orden público?) pero parece aceptable si con ella se pretende expresar que entre las cláusulas generales y los conceptos indeterminados existe una diferencia importante de grado de indeterminación, o, lo que es lo mismo, que el núcleo de certeza en los primeros es más pequeño que en los segundos y, sobre todo, más inestable (comportamientos que hace no muchos años serían sin duda candidatos positivos del estándar «moral y buenas costumbres» son hoy en día y también sin duda candidatos negativos del mismo estándar).

Otra diferencia entre cláusulas y conceptos es que las cláusulas no regulan supuestos de hecho concretos, sino que cierran la regulación de distintos supuestos de hecho, operan en sectores amplios del ordenamiento⁷, indicando a los operadores jurídicos que deben ser

⁷ Hedemann habla de una mayor envergadura –*Spannweite*– de las cláusulas generales frente a los conceptos flexibles o fluidos –*dehnbare Begriff*–. Los conceptos flexibles permanecen como supuestos de hecho o como partes de un supuesto de hecho, mientras que las cláusulas generales se sitúan precisamente por encima del supuesto de hecho. Reconoce sin embargo que la frontera es dúctil (Hedemann, 1933: 53-54).

sensibles a los cambios de valores que en la sociedad se vayan produciendo. Así, contienen una directiva que es potencialmente aplicable a diversas situaciones, sin que, sin embargo, determine su necesaria aplicación a un caso concreto de la vida (Miquel: 304-305), mientras que los conceptos indeterminados sí acostumbran a figurar en supuestos de hecho concretos y es preciso «enfrentarse» a ellos para poder operar con dicho supuesto. Por ejemplo, la cláusula de buena fe en materia contractual recogida por el artículo 1258 del Código Civil opera como una especie de «controlador silencioso» en la mayor parte de los litigios contractuales, ya que para resolverlos se aplican otras normas del ordenamiento que los regulan directamente y sólo excepcionalmente se discute sobre la buena fe. Sin embargo, para nombrar al presidente del Consejo de Estado es necesario que se trate de un «jurista de reconocido prestigio y experiencia en asuntos de Estado» y en materia de expropiación la necesidad de la ocupación ha de concretarse en «bienes o derechos que sean estrictamente indispensables» y la ley utiliza continuamente expresiones como «necesidad» o «solución más conveniente al fin que se persigue» o «justo precio»⁸. En estos casos es imprescindible concretar el sentido de los conceptos mencionados que figuran en los supuestos de hecho para poder operar con la norma, siendo el alcance de estos conceptos más reducido que el de las que hemos denominado cláusulas generales. Según este criterio, la diferencia entre cláusulas generales y conceptos indeterminados no es cualitativa y a priori, sino que depende del lugar y la función que estos ocupen en el ordenamiento jurídico, de forma que el orden público, por ejemplo, puede ser una cláusula general y también, en casos concretos, un concepto indeterminado⁹.

Algo en lo que coinciden todos los autores que se han ocupado de las cláusulas generales es que están necesitadas de relleno valorativo (Canaris, 1998: 93), es decir, que obligan al juez a realizar juicios de valor, sin indicar los criterios desde los cuales se pueda controlar la corrección de esos juicios (Rüthers, 1973: 214; Garstka, 1976: 96, 101). Pero en esto no se diferencian de los conceptos indeterminados, cuya concreción con relación a un supuesto también implica necesariamente un acto valorativo, ya que ninguna de las reglas interpretativas destinadas a averiguar el contenido semántico de esas expresiones proporciona una respuesta unívoca, ni siquiera el recurso

⁸ García de Enterría los considera conceptos claros, conceptos reglados (1995: 260-261) respecto de los cuales no existiría por tanto potestad discrecional para la administración. Tendremos ocasión de criticar la teoría administrativa de la única solución correcta, que entiende que para poder someter a la administración a control judicial es necesario que las normas y los conceptos indeterminados presupongan una única solución correcta, ya que si se admite que cabe cualquier solución entraríamos dentro del campo de la discrecionalidad administrativa y sus decisiones no podrían ser controladas por el poder judicial.

⁹ Hedemann explica que una cláusula general puede devenir en concepto fluido –según su terminología– y que por el contrario un concepto fluido puede llegar a convertirse en cláusula general (Hedemann, 1933: 54).

al método teleológico, que suele servir para hacer pasar por fin de la norma lo que al intérprete mejor le parece (Koch, 1976: 206). Por esa razón, los conceptos indeterminados y las cláusulas generales exigen algo más que un esfuerzo de interpretación cuando deben aplicarse a un supuesto concreto, exigen que el juez procese información, pondere valores y proceda a la construcción del mandato, produciéndose así un desarrollo judicial del derecho pretendido por el legislador.

3. LA TEORÍA ADMINISTRATIVA DE LOS CONCEPTOS INDETERMINADOS O LA TESIS DE LA ÚNICA SOLUCIÓN JUSTA

En este punto es necesario referirnos aunque sea brevemente a la teoría administrativista de la única solución justa o correcta¹⁰, porque caracteriza los conceptos indeterminados de un modo que puede chocar con lo que hasta aquí hemos mantenido. Esta teoría surge en el ámbito del derecho administrativo con el noble propósito de permitir el control judicial de los actos de la Administración y resumidamente funciona con los siguientes argumentos: 1) se quiere impedir que la administración se libere del control judicial haciendo valer su potestad discrecional en los casos en que su actuación se ampara en normas que contienen conceptos jurídicos indeterminados; 2) para ello se distinguen las potestades discrecionales –que permiten optar entre alternativas igualmente justas o, mejor, entre indiferentes jurídicos– de los conceptos jurídicos indeterminados, que, según esta teoría, sólo permiten una única solución justa; 3) con los conceptos indeterminados el legislador busca un resultado concreto y no cualquier resultado (Sainz Moreno, 1976: 194), por eso la Administración debe hacer una búsqueda reglada de esa única solución justa y su control último es de legalidad y, por tanto, accesible al juez (García de Enterría, 1996: 446). Conceptos jurídicos indeterminados como los de urgencia, orden público, justo precio, calamidad pública, medidas adecuadas o proporcionales, etc., no permitirían en su aplicación una pluralidad de soluciones justas, sino una sola solución en cada caso: «o hay buena fe o no la hay, el precio es justo o no lo es, *tertium non datur*» (García de Enterría, 1996: 448)¹¹. La base sobre la que se sustenta esta teoría

¹⁰ Sainz Moreno la identifica (1976: 168).

¹¹ No estamos de acuerdo con este razonamiento; claro que siempre y necesariamente, de hecho, hay una única respuesta judicial; claro que cuando el juez, o la Administración, se han pronunciado, *tertium non datur*, ahora bien, que, de hecho, exista siempre y necesariamente un pronunciamiento jurídicamente fundamentado, no quiere decir que haya sido el único posible en el sentido de compatible con el ordenamiento. No es que los conceptos jurídicos indeterminados permitan una única solución correcta, es que permiten –y demandan– siempre y necesariamente, como todos, de hecho, una única solución y punto. Que sea correcta o no ya es otro asunto. Decir que los conceptos indeterminados prefiguran una única solución porque, de hecho,

es, en palabras de Sainz Moreno, que «todo concepto jurídico significa algo y no cualquier cosa» (1976: 172). Pero con «algo» y «cualquier cosa» no se agota el universo de posibilidades, estamos de acuerdo en que un concepto, por indeterminado que sea, no significa «cualquier cosa», pero sí puede significar «muchos algo». Por eso tampoco nos parece correcta la afirmación de que «cuando el legislador utiliza un concepto indeterminado está predeterminando un resultado concreto y no buscando cualquier resultado» (Sainz Moreno, 1976: 194). Como veremos, parece que la teoría de la legislación confirma que cuando el legislador utiliza conceptos indeterminados está invitando a los operadores jurídicos a que sean ellos quienes los precisen y está renunciando a petrificar un único sentido concreto y con ello una única solución correcta, sin que esto quiera decir que sea válido cualquier resultado (todo concepto tiene candidatos negativos). Cuanto más indeterminado es un concepto más extensa es su zona de penumbra y, en la zona de penumbra, *tertium datur* (Bacigalupo, 1997: 198; Koch, 1976: 206).

La teoría de la única respuesta correcta opera con este esquema: si queremos controlar judicialmente el acto interpretativo o aplicativo de la Administración, necesitamos mantener que el concepto indeterminado predetermina una única respuesta correcta ya que si, por el contrario, asumimos que un concepto indeterminado puede dar lugar a más de una solución correcta, entonces no podremos controlar la decisión interpretativa o aplicativa de la Administración, porque las distintas soluciones potencialmente correctas son fungibles y no hay razón para que la del juez sea preferible a la de la Administración. El uso de conceptos indeterminados generaría a favor de la Administración un margen de apreciación que quedaría fuera del control judicial ¹².

la Administración o el juez van a pronunciarse en un único sentido —o *dictamina* que hay ruina o *dictamina* que no la hay— es falaz e innecesario. Considerar, además, que esa decisión que, de hecho, se ha tomado, es la única correcta o la única justa es una especie de judicialismo ideológico.

¹² Esta será, de hecho, la situación si se consolida jurisprudencialmente la argumentación mantenida por el Tribunal Supremo en su polémica sentencia de 12 de diciembre de 2000 [bien comentada por Bocanegra y Huergo (2000) a cuyo artículo nos remitimos], ya que, si bien no ha excluido del control judicial los actos de aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados, al eximir sorpresivamente a la Administración del deber de motivar dichos actos [sí debe motivar, sin embargo, las decisiones discrecionales en virtud del art. 54.1.f) de la Ley 30/1992] ha convertido ese control judicial en algo prácticamente imposible. Como los autores mencionados se encargan de demostrar se invierte injustificadamente la carga de la prueba, ya que, en lugar de ser la Administración la obligada a aportar las razones de su decisión, controlables por el Tribunal, es el recurrente quien debe probar que la decisión no es racional, lo que, en su caso, llevaría a su anulación por vulnerar el artículo 9.3 CE, que se convierte de hecho en el único canon jurídico de esta clase de actos (Bocanegra y Huergo, 2001: 410) Es más, en el caso que resuelve esta sentencia, el concepto jurídico indeterminado ni siquiera está explícitamente formulado en una norma, sino que es el Tribunal quien lo presupone tácitamente, por lo que siendo como es un artificio lingüístico, podrían convertirse perfectamente todos los supuestos de discrecionalidad en supuestos de conceptos jurídicos indeterminados, haciendo desaparecer la institución de la discrecionalidad y el deber de motivar (Bocanegra y Huergo, 2001: 412).

Por eso, quienes quieren controlarla se empeñan en mantener la tesis de la única respuesta correcta. Y eso que no desconocen las dificultades que puede entrañar encontrar tan milagrosa solución¹³, y así explican que aunque abstractamente el concepto indeterminado no admite más que una sola solución justa en su aplicación a un supuesto de hecho determinado, es igualmente claro que la concreción de esa única solución no siempre es fácil, pero eso no nos autoriza a pensar que la Administración pueda librarse del control judicial; simplemente es más difícil llevarlo a cabo¹⁴.

Habíamos considerado conveniente exponer aquí la teoría de la única solución correcta porque podía chocar con nuestra afirmación de que tanto cláusulas generales como conceptos indeterminados exigían necesariamente juicios de valor previos para poder ser aplicados, y excluían por tanto la posibilidad de hablar de únicas respuestas correctas. Pero entre ambas afirmaciones no necesariamente existe una contradicción, o al menos hay vías para conciliarlas, recurriendo por ejemplo a las teorías más modernas de la argumentación jurídica, que defienden la idea regulativa de la única respuesta correcta como ideal al que tender¹⁵. Pero el punto de partida necesario para situar la discusión en este terreno es abandonar las falaces seguridades de la dogmática más tradicional y, sobre todo cuando los conceptos jurídicos son indeterminados, no hacer pasar como *interpretación y descubrimiento* lo que es *atribución de sentido y creación*, es decir, que no se pretenda que esa única respuesta correcta se alcanza mediante una actividad puramente cognoscitiva¹⁶ y el uso de reglas técnicas neutrales, y que no se oculte el carácter volitivo, valorativo, y creativo que comporta siempre, necesaria e inevitablemente, la utilización de

Es curioso que la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados que siempre tuvo como intención reducir el ámbito de discrecionalidad de la Administración y favorecer el control judicial de sus actos, sea utilizada en esta sentencia para todo lo contrario, haciendo prácticamente inviable la impugnación judicial de dichos actos. La sentencia del TS de 12 de diciembre de 2000 también ha sido comentada por Bacigalupo (2001a, 2001b), que además la compara con la sentencia del TS de 30 de noviembre de 1999, que en un asunto similar llega a la misma conclusión que la sentencia de 2000, pero, curiosamente, con un razonamiento totalmente distinto.

¹³ Sainz Moreno dedica un buen número de páginas a explicar cómo debe ser el razonamiento que conduzca a la única solución justa y las dificultades que este razonamiento entraña (1976: 172 a 187).

¹⁴ Si en todos los derechos distintos del administrativo la fiscalización jurisdiccional de conceptos indeterminados no encuentra impedimentos, tampoco debe encontrarlos en el orden administrativo (García de Enterría, 1996, 450) En contra, considerando precisamente una peculiaridad del derecho administrativo la imposibilidad de dicho control se manifiesta Bachof citado por Koch (1976: 188).

¹⁵ Cito, por emblemática, la obra de Alexy (1989).

¹⁶ Según la sentencia del TSJ de Canarias (Sala de Santa Cruz de Tenerife) de 13 de diciembre de 1996 (Ar. 2248), cuando la Administración aplica conceptos jurídicos indeterminados realiza una operación cognoscitiva perfectamente verificable por terceros, ya que se trata en principio de un juicio técnico o de experiencia y no de una apreciación política o basada en criterios asequibles sólo al órgano administrativo (citada por Bocanegra y Huergo, 2001: 409, nota 10).

conceptos indeterminados. El control de las decisiones será entonces un control de los argumentos invocados para motivarlas, con todas las dificultades que eso entraña, que parece ser hacia lo que tiende la moderna doctrina administrativista¹⁷, cada vez menos necesitada del expediente de la única solución correcta.

Resumiendo: las cláusulas generales se caracterizan, y con ello se diferencian, de los conceptos jurídicos indeterminados porque 1) abarcan una constelación de supuestos relativamente amplia; 2) su grado de indeterminación es muy elevado, y 3) su aplicación se produce sólo de forma mediata, ya que de la cláusula indeterminada no se puede derivar directamente una respuesta, antes el juez, o quien desee invocarla, deberá construir la proposición normativa que la vincule con el caso concreto (Rödig, citado por Garstka, 1976: 101). La teoría de la única respuesta correcta es difícil de conciliar con el juicio de valor que comporta la utilización de todo concepto jurídico indeterminado, salvo que se esté pensando en el planteamiento de las teorías de la argumentación, en cuyo caso puede empezar a discutirse.

4. LA INDETERMINACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DEL PODER LEGISLATIVO. VIRTUDES E INCONVENIENTES

La imprecisión de los términos jurídicos ha pasado de ser considerada un defecto del derecho y un mal endémico que no tiene solución, a valorarse como un aspecto esencial del mismo al que el legislador no debe renunciar (Mackaay, 1980: 256). La discrepancia de valoraciones se comprende si pensamos que las cláusulas generales (y muchos conceptos indeterminados, como los de valor o experiencia)

¹⁷ Vide Atienza (1995), Bacigalupo (1997), Igartua Salaverria (1998). La diferencia entre conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad de la Administración se diluye en muchos casos concretos y aferrarse ciegamente a distinciones teóricas, olvidando el valor siempre funcional que estas tienen, puede conducir a pronunciamientos tan discutibles como los de la sentencia del TS de 12 de diciembre de 2001 ya mencionada. Teóricamente, la diferencia entre el control de la discrecionalidad y el control de la aplicación de un concepto jurídico indeterminado es que en el primer caso los tribunales llevan a cabo un control negativo, esto es, se limitan a controlar la legalidad de la decisión sin entrar a valorar el fondo del asunto mientras que cuando se aplican conceptos indeterminados se entiende que el Tribunal es perfectamente capaz de aplicar directamente el concepto, sustituyendo en su caso la aplicación que hizo la Administración (Bocanegra y Huergo, 2001: 418 y 419). Ahora bien, hay casos en que los conceptos indeterminados no se comportan de ese modo y los tribunales reconocen a la Administración un margen de apreciación porque entienden que la Administración está en mejores condiciones de aplicar el concepto y renuncian a aplicarlo directamente buscando lo que sería la famosa única solución correcta. En esos casos, la Administración se limita a verificar el mismo tipo de control que en los casos, de discrecionalidad (Bocanegra y Huergo: 424 y 425), pero sea cual sea el supuesto y con ello el control de que se trate, lo que es imprescindible para poder llevarlo a cabo es que exista motivación.

funcionan como «ventanas a la ética jurídica» (Dubischar, 1974: 85), como vías que aseguran que el derecho tecnificado será llevado a la práctica en consonancia con los estándares morales que rigen en la sociedad en cada momento, por lo que el juicio que merezcan estará muy condicionado por la concepción que en cada momento se tenga de las relaciones entre el derecho y la moral¹⁸. Y pocas cuestiones hay que hayan sufrido a lo largo de la historia fluctuaciones tan importantes como ésta.

Es evidente que los grandes problemas que plantean las cláusulas generales y los conceptos indeterminados están relacionados con el difícil equilibrio entre seguridad y justicia. Cuanto más indeterminado sea un concepto más difícil será decidir si resulta o no aplicable a un caso concreto y por tanto mayor será la inseguridad jurídica y, en la medida en que la justicia se identifique con la igualdad, mayor será también la injusticia. Pero como el legislador no siempre puede abarcar con una norma las especificidades de la vida, a veces es preferible dejar que sea el juez quien valore el caso concreto y no someterle a las rigideces de unos conceptos muy determinados. Esta es la forma clásica de presentar el asunto y hay que decir que ha cambiado poco. Paradójicamente, los cimientos sobre los que descansa esta argumentación nunca han sido firmes: presuponemos que cuando los conceptos son determinados, y muchas veces ocurre, el juez se limita a aplicarlos sin buscarles los dobleces que no tienen; y sin embargo un análisis de sentencias nos muestra la cantidad de ocasiones en las que el juez encuentra mecanismos *interpretativos* para dejar de aplicar normas aparentemente claras, dibujándonos un legislador «en constante pie de guerra con su lengua materna»¹⁹, que elige siempre las palabras menos adecuadas para expresar lo que se propone, que cuando utiliza conceptos determinadísimos no quiere que estos se apliquen y que, sin embargo, cuando utiliza conceptos indeterminados y cláusulas generales esté diseñando para cada conflicto una única solución correcta.

La utilización de cláusulas generales fue alabada por los juristas nazis porque: 1) su elasticidad permitía adaptar la sentencia al caso concreto –adaptar la sentencia, no aplicar una ley que probablemente no resultaba acorde con la *Weltanschauung* del régimen–; 2) permitían modificar las normas sin alterar los textos normativos, «imbuir de nuevo espíritu viejos cuerpos»; 3) servían para crear derecho en

¹⁸ Y, en último término, por tanto, por la concepción del derecho que se profese. Los enfrentamientos teóricos y las discrepancias interpretativas en un ámbito que se pretende por algunos tan neutralmente tecnificado como es la metodología jurídica, tienen casi siempre, como origen, profundas discrepancias respecto de lo que se entiende que es, o que debe ser, el derecho (García Amado, 2001: 1-2; 2001a: 85-90). En este sentido, es muy interesante y sumamente esclarecedor de la relación entre concepto del derecho y teoría de la interpretación, el análisis realizado por García Amado del modo de funcionamiento del argumento *a contrario* en las diferentes concepciones del derecho (lingüística, intencionalista y material) que distingue (2001a).

¹⁹ La expresión es de Stampe (1905: 1017): «... der normale Gesetzgeber mit seiner Muttersprache auf stetem Kriegsfuss lebt» .

caso de lagunas, considerando también como tales aquellos supuestos que están regulados por normas contradictorias con el nacionalsocialismo—; 4) servirían para hacer justicia; 5) los riesgos de seguridad y arbitrariedad no existirían, ya que en el nacionalsocialismo se comparte la *Weltanschauung* (Hubernagel, citado por Rüthers: 215). Estas ventajas se convierten en riesgos para quienes no comparten la mencionada *Weltanschauung*.

Con unos parámetros diferentes, con otro vocabulario, otras pretensiones y por tanto otra perspectiva, el tema de la indeterminación jurídica preocupa desde hace ya algunas décadas al análisis económico del derecho, que ha conseguido ofrecer una visión panorámica clara de los aspectos que supuestamente tiene en cuenta el legislador cuando opta por utilizar conceptos indeterminados, aunque la terminología desprovista de pasión que emplean no deja ver los auténticos problemas que generan este tipo de regulaciones indeterminadas. Quizá tampoco era su pretensión.

Para el *análisis económico del derecho*²⁰, las instituciones jurídicas son el reflejo de una lógica económica que les subyace y que se puede intentar aprehender y aclarar con la ayuda de las teorías microeconómicas habituales y de los conceptos de coste y de beneficio. La tesis avanzada por autores como Mackaay es que «la división de roles entre poder legislativo, poder ejecutivo y poder judicial se desarrolla de tal manera que se reducen al mínimo los costes generados por la formulación y la aplicación de las normas jurídicas y que la precisión de los términos elegidos por el legislador está en función de esta división de roles» (1980: 258). La imprecisión conceptual de las normas jurídicas, por tanto, no sería resultado de la resignación generada ante la imposibilidad de eliminarla sino de un acto consciente dirigido a evitar el despilfarro en todos los niveles de toma de decisión (legislativo, ejecutivo y judicial) y constituiría un elemento esencial para el buen funcionamiento del derecho, siempre partiendo de la hipótesis de que las instituciones se esfuerzan, consciente o inconscientemente, en reducir al mínimo los costes vinculados a la formulación y aplicación de las normas jurídicas (Mackaay, 1980: 273). ¿De qué costes y de qué despilfarro estamos hablando? A un nivel muy básico, y contado de forma muy esquemática, el análisis económico del derecho diferencia en la formulación y aplicación de las normas tres tipos de costes²¹:

– Costes de formulación: abarcan 1) los costes ocasionados por la elaboración y redacción de las normas; cuanto más precisa sea la norma más elevados serían los costes de formulación, ya que

²⁰ En este apartado sigo la exposición de Mackaay (1980), que sintetiza con una claridad ejemplar el tipo de análisis propio de este movimiento.

²¹ Aunque traigan nuevo ropaje, las ideas son antiguas: del problema de conciliar los dos ideales a los cuales debe aspirar la formación del derecho, el de la determinación plena y el de la plena adecuación, ya hablaba Heck, y a tratar de conciliarlos dedicó buena parte de sus esfuerzos metodológicos (1932a: 6).

su elaboración requeriría más tiempo, más especialistas; los costes disminuyen si por ejemplo la materia a regular ya ha sido desarrollada por la jurisprudencia. 2) Los costes ocasionados por la aprobación de la norma por el parlamento. Tanto más difícil y más costosa cuanto más controvertido sea el tema y más precisa sea la regulación y cuanto más elevado sea el número de parlamentarios que puedan votar libremente –a diferencia del voto en bloque o voto de partido.

– Costes de la incertidumbre (o de la imprecisión): tienen que ver con los efectos de la norma en los ciudadanos, igual que los costes de inadecuación. Los términos imprecisos son más costosos, porque obligan a los ciudadanos a acudir a abogados y a especialistas y contribuyen a aumentar la litigiosidad, litigios que además son largos, porque al no existir una solución unívoca y clara se tiende también a recurrir las sentencias. Por último, los operadores jurídicos encargados de aplicar las normas imprecisas gozan de un mayor margen de maniobra y eso puede dar lugar a arbitrariedades o abusos y por tanto a soluciones no deseables, lo que nos llevaría ya a los costes de inadecuación. Reacción de los ciudadanos: adoptar, mediante acuerdo, reglas más precisas –costes de transacción– aunque en muchos casos no es posible, esto es, los costes de transacción serían demasiado elevados. En ese caso los ciudadanos pueden dirigirse a los tribunales. Se dice entonces que los tribunales «aplican» la ley. Claro que, y es únicamente una intuición, podría pensarse que, de forma paradójica, este tipo de costes apuntalan los conceptos indeterminados y contribuyen a que se perpetúen. Nos explicamos: litigar es costoso y no sólo económicamente, se pierde también tiempo y salud. Los procesos están organizados de tal forma que disuaden al ciudadano medio. Muchos litigarían pero no lo hacen; o no pueden o no les compensa y de esa forma se consolidan interpretaciones absurdas o poco justificadas, vicios y conductas abusivas que quizá no se mantuviesen de haber podido cumplir la Administración de justicia su función depuradora.

– Costes de inadecuación: ejemplo del límite de velocidad a 50 kilómetros. Es una norma muy precisa y sin embargo en casos de niebla o hielo, por ejemplo, no evita los riesgos que pretende y resulta muy restrictiva cuando las calles son amplias y el tiempo bueno o hay poco tráfico. Si se mitigan los costes de inadecuación de la norma haciendo intervenir consideraciones de tipo más impreciso, aumentan los costes de imprecisión. Reacción de los ciudadanos: si son normas dispositivas, adoptar mediante acuerdos reglas más precisas. Si no, dirigirse a los tribunales, con la particularidad de que se trata de normas precisas y el margen de actuación del tribunal es limitado y puede suceder que la respuesta que puedan ofrecer los tribunales, en el sentido de la ley, no les parezca acertada ni a las partes ni a otros ciudadanos que se encuentren envueltos en conflictos similares, por lo que deberá valorarse, si los costes no

son demasiado elevados, la posibilidad de dirigirse al legislador con grupos de presión y si esto resulta demasiado costoso, hacerlo de forma indirecta mediante campañas en los medios de comunicación, elecciones, etc. (Mackaay, 1980: 259– 260).

El análisis de los conceptos indeterminados desde la perspectiva de los costes generados permite formular casi intuitivamente una serie de reglas que nos indican que el legislador optaría preferentemente por conceptos precisos en los siguientes casos:

1. *a)* Si las distinciones pertinentes ya han sido elaboradas por la jurisprudencia –en cuyo caso se reducen los costes de formulación que siempre acompañan a los conceptos precisos–, y *b)* si no se prevén cambios técnicos o económicos que requieran modificaciones en un futuro próximo.

2. Si la conducta que se regula es relativamente homogénea.

3. Si la materia no es objeto de controversia o si es una materia objeto de controversia, pero los costes de incertidumbre son demasiado elevados.

4. Si la norma es dispositiva y por tanto las partes pueden modificarla fácilmente mediante negociación (p. ej. reglas del Código Civil en materia de contratos).

5. Si el coste de incertidumbre que acarrearía utilizar conceptos indeterminados es considerable (normas de derecho penal: si son imprecisas perjudican al ciudadano honrado que quiere evitar los riesgos y benefician al criminal que puede estar tentado a probar fortuna. Igual en derecho fiscal).

Además, teniendo en cuenta las características de los tribunales y sus diferencias respecto al parlamento²², este debe evitar las indeterminaciones cuando hay múltiples intereses en juego, cuando se trata de acciones prospectivas o cuando se quiere incidir de forma masiva sobre las reglas de todo un sector (Mackaay, 1980: 263-264).

El análisis de la legislación en términos de costes, considerando al legislador como una especie de empresario deseoso de obtener beneficios, soslaya el auténtico y espinoso problema de definir qué deben considerarse beneficios, y olvida que el derecho es, sobre todo y ante todo, una forma de poder y un instrumento en manos de quien ostente el monopolio de la fuerza. Y eso es algo que no conviene olvidar, menos aún en el tema de las cláusulas generales, que como veremos a continuación han constituido y constituyen magníficas herramientas para utilizar el poder que confiere el derecho.

²² Son más y pueden solucionar más casos, pero sus sentencias sólo afectan a las partes y sólo se ponen en funcionamiento a instancia de parte, no pueden modificar grandes bloques de legislación y tampoco actúan rápidamente, sino que es una vía lenta y además no pueden establecer regímenes transitorios en el paso de una regulación a otra, y sólo actúan cuando ya se ha producido el conflicto, no pueden realizar actuaciones prospectivas (Mackaay, 1980: 263).

5. LA INDETERMINACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE SU APLICACIÓN JUDICIAL. ¿PUEDEN UTILIZARSE LAS CLÁUSULAS GENERALES PARA DEROGAR NORMAS VIGENTES?

El uso (y abuso) interesado que el nacionalsocialismo hizo de las cláusulas generales para modificar las normas sin alterar los textos normativos es uno de los argumentos fuertes que han servido para rechazar los intentos de culpar al positivismo jurídico de la catástrofe acaecida bajo el nazismo²³. De hecho, ya en 1934 un jurista «sospechoso» de simpatías con el régimen, Carl Schmitt, se encargó de presentar positivismo y cláusulas generales como realidades difíciles de conciliar: «en Alemania se puede ver hoy del modo más claro en qué medida ha llegado a su fin el tiempo del positivismo jurídico. En todas partes y en todos los campos de la vida jurídica penetran las llamadas “cláusulas generales” en detrimento de la seguridad positivista: conceptos indeterminados de todo tipo, reenvíos a medidas y conceptos extralegales como buenas costumbres, lealtad y buena fe, exigibilidad y no exigibilidad, razón suficiente, etc., que suponen una renuncia al fundamento del positivismo, a saber, la decisión legal, a la vez contenida y desvinculada de la norma... En el momento en que conceptos como “lealtad y buena fe”, “buenas costumbres”, etc., se aplican no a una sociedad civil de tráfico individualista, sino al interés de la totalidad del pueblo, cambia de hecho todo el derecho sin que sea preciso que cambie una sola ley. Yo estoy, por tanto, convencido de que con esas cláusulas generales puede introducirse un nuevo modo de pensamiento jurídico.» (Schmitt, 1996: 67-68).

No hizo falta esperar a que los nazis llegasen al poder para que el uso de las cláusulas generales se extendiese y fuese objeto de viva discusión científica²⁴, sobre todo por la polémica utilización que los

²³ Sobre lo incorrecto de culpar al positivismo de los excesos jurídicos del nazismo, García Amado (1999). En la misma línea de exculpación del positivismo y culpando, en cierto modo, al «antiformalismo», se pronuncia Behrends, para quien no es que los juristas del movimiento del Derecho Libre fuesen pronazis, sería un sinsentido ya que les es ajeno lo específico del nacionalsocialismo, que es el racismo biológicamente fundado. Pero su fomento del voluntarismo judicial, su romántica imagen de la decisión o situación a decidir, a cuyas exigencias eran especialmente sensibles, su empeño de liberar al juez de las tradicionales ataduras a la ley, a los conceptos jurídicos, a los valores reflejados en el sistema, prepararon de forma considerable el terreno para que las teorías adecuadas al movimiento nacionalsocialista sobre el derecho y el juez brotasen de forma inmediata (Behrends, 1989: 36, 38-39).

²⁴ Con ironía y refiriéndose al entonces recién promulgado *BGB*, diferencia J. W. Hedemann entre párrafos que son reyes y párrafos que son mendigos. Los primeros serían los que contienen las cláusulas generales y cita el 157 (interpretación de los contratos según el principio de buena fe y las costumbres del tráfico); 242 (obligación del deudor de llevar a cabo la prestación como exige la buena fe y las costumbres del tráfico), 826 (quien causa a otro daños intencionados y contra las buenas costumbres está obligado a resarcirlos); 226 (el ejercicio de un derecho no está

tribunales hicieron de ellas para derogar normas vigentes²⁵. De esta polémica utilización es buena muestra la sentencia del Tribunal del *Reich* de 28 de noviembre de 1923, que utilizó la cláusula general de buena fe recogida en el parágrafo 242 del código civil alemán (*BGB*) para dejar sin vigencia una norma de derecho público y revalorizar las hipotecas. Esta sentencia, que ha sido calificada por Rütters como «el suceso más dramático de la joven historia de la jurisprudencia alemana» (1973: 87)²⁶, ha sido objeto de abundantes comentarios²⁷ y juristas del momento, como Philipp Heck, la utilizaron para probar la solidez de sus propuestas teóricas, criticándola duramente, pese a considerarla justa (1924: 204).

6. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL IMPERIAL ALEMÁN DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1923 SOBRE REVALORIZACIÓN DE UNA HIPOTECA

El 4 de agosto de 1914 el parlamento alemán decide intervenir en el mercado financiero y adopta cuatro proyectos de ley: supresión de la libre convertibilidad de los billetes en oro, autorización para emitir marcos-papel –*papiermark*– hasta los 5.000 millones de marcos durante la prosecución de la guerra, creación de cajas de préstamos encargadas de conceder créditos al *Reich*, a los *Länder* y a los municipios, bajo la forma de bonos utilizables como medios de pago por las cajas públicas, y autorización concedida al *Reichsbank* para utilizar los bonos del tesoro y los bonos de las cajas de préstamo para su cobertura, al mismo título que el oro, a fin de poder emitir billetes de banco en gran cantidad (Guillen, 1973: 293-295). Estas medidas provocaron una enorme inflación que se agravó cuando Alemania perdió la gue-

permitido cuando sólo tiene por finalidad causar a otro daños). Cientos de párrafos, los mendigos, se ven relegados a un segundo plano y deben soportar que unos pocos se eleven sobre ellos (Hedemann, 1933: 6).

²⁵ Según Hedemann la *huida hacia las cláusulas generales* era una cuestión decisiva, probablemente el tema de reflexión más importante que podía plantearse el jurista del siglo XX (1933: 3) y así se titula su famoso libro publicado en 1933, en el que va exponiendo, apoyándose en la jurisprudencia de la época, todos los riesgos que entraña el uso de las cláusulas generales para la seguridad, la previsibilidad y la libertad. De hecho el subtítulo de la obra es «un peligro para el Derecho y el Estado».

²⁶ No se incurre en una exageración si se califica esta sentencia del tribunal del *Reich* como el suceso más dramático de la joven historia de la jurisprudencia alemana: una ley obligatoria fue derogada por el tribunal del *Reich* sin consideración alguna a la voluntad del legislador histórico ni tampoco del legislador del momento y el parágrafo 242 se interpretó, por primera vez de tal forma que se convertía en un abrigo bajo el que el juez podía actuar como legislador (Rütters, 1973: 87). «Una actuación, una representación incomparablemente dramática» (Hedemann, 1933: 11).

²⁷ Un análisis exhaustivo, no sólo de la sentencia sino, sobre todo, de la repercusión de las dos guerras mundiales y la inflación, en las relaciones de derecho privado, se encuentra en Boehmer (1959: 457-614).

rra. La ley monetaria de 1914 permitía pagar las deudas contraídas en marcos-oro (*Goldmark*) con los nuevos marcos-papel (*Papiermark*) –según el principio de equivalencia nominal (*Mark gleich Mark*: «un marco es igual a un marco»)–, lo que debido a la depreciación continua de la moneda provocada por la inflación galopante²⁸, ocasionó a los acreedores grandes pérdidas de capital (Rüthers, 1973: 64) y a los deudores la posibilidad de liberarse con cierta facilidad de sus débitos. El principio del *Mark gleich Mark* fue mantenido y ratificado por los tribunales, que denegaron sistemáticamente las pretensiones de los acreedores de revalorización de las obligaciones hipotecarias, señalando expresamente en algún caso que los perjuicios que la continua depreciación del dinero ocasionaba al acreedor no podían considerarse atentados contra el principio de buena fe del parágrafo 242²⁹ (Heck, 1924: 205)³⁰. Hasta que en noviembre de 1923 el tribunal del *Reich* pronuncia la célebre sentencia, tan aplaudida como criticada, por la que autoriza al acreedor de un préstamo hipotecario contraído antes de la guerra a denegar al deudor la cancelación, cuando éste le ofrece el valor nominal en marcos-papel (*Papiermark*), a la vez que reconoce la posibilidad de proceder a una revalorización judicial de las obligaciones hipotecarias sobre la base del parágrafo 242 del *BGB* (Rüthers, 1973: 66).

En dicha sentencia, el tribunal invoca los siguientes argumentos para fundamentar su decisión: 1. cuando se promulgó la ley monetaria de 1914 los marcos-papel se encontraban en una situación de paridad respecto al marco-oro y el legislador no podía prever que se depreciasen tanto y que se causasen con ello perjuicios tan graves al acreedor, perjuicios que de ningún modo el legislador había querido. Estaríamos en presencia de una laguna primaria, que se produce cuando el legislador ha dejado de regular algo porque no lo ha percibido, y no secundaria, que sería una laguna sobrevenida por el cambio de las circunstancias o de la situación respecto al momento en que la reguló el legislador (Rüthers, 1973: 70); 2. según el tribunal, la ley monetaria no excluye la posibilidad de acuerdos entre las partes y si las partes pudiesen haber previsto semejante depreciación del dinero, habrían acordado mecanismos de revalorización de las deudas. El parágrafo 157 del código civil

²⁸ Las cifras sobre la inflación son impresionantes. «Un marco-oro (*Goldmark*) costaba, calculado sobre la base del dólar, 177 marco-papel (*Papiermark*) en julio de 1922: 757 en octubre y 1.807 en diciembre del mismo año» (Rüthers, 1973: 65). En diciembre de 1923 el precio había alcanzado el billón de marco-papel (Rüthers, 66). Cuando se estableció la medida en 1914, ambas monedas estaban en una relación de equivalencia.

²⁹ «El deudor está obligado a efectuar la prestación como exige la buena fe en atención a los usos del tráfico.»

³⁰ Quien así se pronuncia es el mismo tribunal del *Reich*, el 18 de diciembre de 1920. Y como advierte Boehmer (1959: 462), en una sentencia de 16 de abril de 1921 todavía declara eficaz una oferta de venta de un inmueble hecha por determinado precio antes de la guerra, para ser mantenida unos diez años, a pesar de que entonces la depreciación monetaria ya era muy acentuada.

que obliga a interpretar los contratos de acuerdo con la buena fe y los usos del tráfico, autoriza a entender incluida en los contratos de préstamo una especie de cláusula de revalorización tácita; 3) el fundamento principal y último de la sentencia lo proporcionó el recurso al principio de buena fe contenido en el parágrafo 242 del código civil: la constante depreciación del dinero hacía absolutamente incompatibles las medidas adoptadas por la ley monetaria de 1914 (pago del valor nominal, cambio obligatorio) y el principio de buena fe exigible al deudor en el cumplimiento de sus obligaciones del parágrafo 242. En ese conflicto debe vencer necesariamente el principio de buena fe que domina la vida jurídica.

Lo que hace tan interesante esta sentencia es que en ella se utiliza una cláusula general, la buena fe, para derogar una norma vigente, y se hace en contra de la voluntad expresa (y tácita) del legislador³¹. Y esto último no es un dato irrelevante. ¿No apreciaba el legislador en el año 1923 los problemas que estaba ocasionando la regulación monetaria de 1914? ¿No era consciente de la inflación y de lo que eso suponía para los acreedores? Por supuesto que sí. De hecho, y esa es una de las razones por las que Heck niega que en este supuesto pueda procederse a la rectificación judicial del derecho, juristas y economistas pedían insistentemente al legislador que tomase cartas en el asunto y pusiese remedio a la injusticia que la ley de 1914 estaba ocasionando y todavía en diciembre de 1922, poco antes de que se pronunciase el fallo que comentamos, se había presentado ante el parlamento un proyecto de ley en ese sentido y, por tanto, nadie podía desconocer que el legislador tenía intención de revalorizar las obligaciones, aunque esa intención ya había sido manifestada y pospuesta en ocasiones anteriores³². En esa situación, el tribunal decide echar un pulso al legislador y en el verano de 1923, a través del consejo de magistrados, se dirige al ministro de justicia pidiéndole, primero, que adopte alguna medida, porque la situación causaba graves problemas de conciencia a los jueces, y poco después advirtiéndole que una intervención legislativa que desconociese el derecho de los acreedores a la revalorización sería contraria al principio de buena fe y podría ser desobedecida por los tribunales (Rüthers, 1973: 80-81; Heck, 1924: 222-223). Semejante postura constituyó entonces, y constituiría ahora, un desafío inimaginable al legislador, desafío que una vez más, encontró apoyo legi-

³¹ Acierta nuevamente Boehmer al señalar que la eterna pugna entre el *ius aequum* y el *ius strictum* se manifiesta de manera particularmente intensa y dramática cuando circunstancias anormales —guerra, inflación, etc.— perturban el curso de la vida social y es entonces cuando se hacen más evidentes las tensiones entre ley y poder judicial (Boehmer, 1959: 458-459).

³² Según Boehmer (1959: 465) «el legislador había mantenido con firmeza la regla de que un marco es igual a un marco, no sólo porque la completa depreciación de todas las cantidades debidas por la Hacienda pública fuera estimado un camino apropiado para sanear las finanzas del Estado, sino también porque se vio que sería un gran beneficio para la economía popular que la misma depreciación destruyera las deudas que gravaban la propiedad inmobiliaria y la industria».

timador en el ya famoso artículo 242 del *BGB*: el principio de buena fe está más allá del alcance de cualquier ley singular, más allá de las concreciones jurídico-positivas. «Ningún ordenamiento jurídico digno de llamarse así puede subsistir sin ese fundamento. Razón por la cual el legislador no puede frustrar con el poder de su palabra un resultado que el principio de buena fe demanda imperiosamente.» (R. Weber, 1992: 633).

7. LA CONSTELACIÓN DE INTERESES EN JUEGO: CRÍTICA DE PHILIPP HECK A LA SENTENCIA

El fundador y máximo representante de la *Jurisprudencia de intereses* aprovecha la sentencia del tribunal del *Reich* para poner a prueba, una vez más, la solidez de sus propuestas metodológicas respecto a las complejas cuestiones de cuándo y en qué condiciones pueden los jueces dejar de cumplir las normas y qué relevancia jurídica tiene el envejecimiento de las normas y el cese de la *ratio* que las vio nacer.

Según la teoría de la interpretación mantenida por Heck, en el proceso por el que el juez obtiene la norma que le permite resolver un caso – el proceso de *Rechtsgewinnung*– pueden distinguirse en dos partes bien diferenciadas: la investigación histórica de los intereses y el desarrollo judicial del derecho, que en muchas ocasiones implica una construcción valorativa del mandato (1914: 59; 1932: 107). La investigación histórica del conflicto de intereses resuelto por la norma es una actividad cognoscitiva cuyos resultados deben ser contrastados con ayuda del método crítico. Y en este sentido, para Heck, la hipótesis de laguna primaria mantenida por el tribunal carece de todo fundamento: no es cierto que el legislador no pudiese prever las consecuencias inflacionistas y desfavorables para los acreedores que iban a acarrear las medidas adoptadas en 1914, sino que sabiéndolo prefirió sacrificar los intereses de los acreedores en beneficio de los intereses superiores del Estado³³. La única forma que tenía el gobierno de conseguir los medios financieros que necesitaba eran las medidas que adoptó y, por supuesto, sabía las consecuencias inflacionistas que podían tener. El principio de cambio obligatorio, de curso legalmente forzoso del marco-papel, sería absurdo si no se previese la pérdida de valor del marco-papel respecto al marco-oro. En 1914 el legislador optó por hacer prevalecer los intereses del Estado y dicha opción contó con el respaldo de la opinión pública durante mucho tiempo. La pretensión de revalorización de las obligaciones va

³³ Si se hubiese tratado de una laguna primaria como pretendía el tribunal, es decir, si efectivamente el legislador al promulgar la ley no hubiese pensado en la posibilidad de una devaluación y, por tanto, no hubiese querido –preferido– los perjuicios, en tales casos inevitables, que sufrirían los acreedores, entonces estaría totalmente justificado que el tribunal *corrigiese* la norma y no habría ningún obstáculo para proceder a una revalorización (Heck, 1924: 209).

contra la finalidad de las medidas adoptadas por la legislación monetaria de 1914 de protección del mantenimiento del valor del marco-papel. Si sólo se atendiesen a los intereses privados de las partes y se despreciase el interés del Estado, sí encontraríamos motivos para justificar la revalorización. Pero en el momento en que el interés del Estado entra en juego, los intereses privados deben ceder porque la ley ha dado prioridad al primero³⁴. Por eso, toda la jurisprudencia que hasta esta sentencia rechazó las pretensiones de revalorización era conforme a derecho y por tanto correcta (Heck, 1924: 203-216).

Una vez que se conoce cuál era el conflicto de intereses que quiso resolver el legislador se entraría dentro de la segunda fase de obtención de la norma, que ya no es una actividad cognoscitiva sino que pertenece a lo que Heck denomina pensamiento emocional. En esta segunda fase se produce una especie de procesamiento de la información obtenida en la actividad de interpretación. Según Heck, la situación de intereses que fue base de la ley monetaria ha dejado de existir: la inflación y la depreciación de la moneda han perjudicado los intereses de los acreedores hasta el punto de aniquilarlos y el interés nacional que había justificado el sacrificio de los acreedores se ha ido volviendo cada vez más débil y ha terminado por desaparecer. Frente al descalabro que la moneda ha experimentado en 1922 y 1923, las medidas de 1914 son insignificantes y mantenerlas o derogarlas en nada altera el interés del Estado, con lo que el sacrificio del acreedor carece de sentido y además es desproporcionado. Y por eso hiere el sentimiento jurídico de la comunidad (Heck, 1924: 216). Estamos por tanto ante una laguna secundaria, ante un problema de adaptación de normas, que se han quedado desfasadas, a las nuevas circunstancias, adaptación que puede producirse por tres vías: el cese automático de la ley, la «derogación» de esa ley mediante una sentencia judicial y la derogación de esa ley mediante un nuevo acto legislativo³⁵ (Heck, 1924: 217). Ahora bien, y esto es importante para valorar el recurso al principio de buena fe, que una norma se vuelva lesiva para el sentimiento jurídico de la comunidad porque se haya producido un cambio en la situación regulada, no implica

³⁴ Una de las aportaciones más relevantes, según Heck, de la metodología propuesta por la jurisprudencia de intereses, es la teoría del conflicto –*Konflikttheorie*– y el valor hermenéutico del interés sacrificado: toda ley encierra la solución de un conflicto de intereses y por eso, para interpretarla correctamente, es necesario «vivenciar» ese conflicto de intereses originario, ya que, tan importante como identificar el interés preferido es conocer el interés frente al que éste se prefirió, es decir, el interés sacrificado, porque si no podría caerse en la tentación de «absolutizar» el interés preferido y suponer que lo va a ser siempre que entre en conflicto con cualquier otro, y eso es incorrecto (Heck, 1974: 348; 1933: 8, 13-14).

³⁵ Éste es el meollo de la cuestión y lo que suscitó entre los comentaristas de la sentencia la mayor divergencia de opiniones, cosa que no es de extrañar si pensamos que lo que se está planteando es nada más y nada menos que el tema de la vinculación del juez a la ley y de sus posibles excepciones (Rüthers, 1973: 74; Boehmer, 1959: 458, 466).

su cese automático ni justifica por sí sólo que el juez la desconozca (Heck, 1924: 218). El brocárdico *cessante ratióne cessat lex ipsa* no tiene carácter absoluto ni es un cheque en blanco a favor del juez. ¿Cómo debería producirse la adaptación en este caso concreto? Según Heck no cabe invocar cese automático de la norma porque: 1) la ley surge con vocación expresa de continuidad y así consta como coletilla en sus artículos; 2) el párrafo 4 de dicha ley prevé que sea el parlamento quien tenga potestad para derogarla; 3) el cese automático generaría una inseguridad jurídica y un vacío intolerables. La confianza de los ciudadanos y poderes públicos generada por la jurisprudencia consolidada merece ser protegida y además sería imposible operar sin una nueva norma que regulase la materia y el cese automático no la podría proporcionar (Heck, 1924: 219).

La vía de la «derogación» judicial, elegida por la sentencia no le parece a Heck justificable, aunque sí defiende que en los casos en que la situación de intereses ha cambiado, y respetando determinadas limitaciones, cabe que se produzca una rectificación judicial de normas vigentes que no han cesado de forma automática (1924: 196 ss.). Esos límites serían el respeto a la seguridad jurídica y a la autonomía de la comunidad (Heck 1924: 219-220). La decisión del tribunal de revalorizar las hipotecas perjudica seriamente la seguridad jurídica, ya que frente a los intereses de los acreedores habría que situar el interés en la protección de una situación que se ha consolidado y que además está respaldada por una norma obligatoria. No hay un parámetro objetivo que permita ponderar ambos intereses y por eso debe ser el legislador, y no el juez, quien realice esa ponderación. De otra forma se originarán sentencias diferentes que supondrán un ataque importante a la igualdad y a la seguridad en un ámbito en que el legislador no ha querido dejar a los jueces margen de valoración alguna, ya que las leyes monetarias son derecho estricto y determinado (Heck, 1924: 220-221)³⁶. El juez sólo puede rectificar las normas cuando existen factores que demuestren que el legislador, en ese momento y ante la nueva situación, también las hubiese modificado. La pasividad y las reticencias que ha mostrado el legislador en esta materia, de la que nadie puede negar que tenía conocimiento, nos llevan más bien a pensar que si no ha intervenido antes es porque no ha querido, y que el juez no debe suplir esa falta de voluntad de intervención³⁷ (Heck, 1924: 221-222). La modificación de la norma por el legislador se produjo pocos meses después

³⁶ En contra se manifiesta Rütters para quien el argumento de la inseguridad jurídica no es convincente, ya que según él la seguridad jurídica y el tráfico jurídico ya habían sufrido un deterioro debido al mantenimiento del principio *Mark gleich Mark* mucho mayor del que pudiese provocar la intervención judicial derogatoria (Rütters, 1973: 79).

³⁷ Nuevamente Rütters discrepa y valora como argumento para justificar la intervención judicial el hecho de que la posterior reforma legislativa se haya producido en el mismo sentido (Rütters, 1973: 79).

de la sentencia y en ella se reconoció, aunque con condiciones y límites, la revalorización de las obligaciones.

Para Heck, el recurso a la cláusula de buena fe no es suficiente para dejar de aplicar una norma obligatoria y clara, porque lo relevante no es la violación de la buena fe, lo importante es que se trate de una violación que no quiso el legislador. Cuando el legislador promulgó la norma de 1914, no le importó sacrificar a los acreedores y por tanto fue consciente de la potencial violación de la buena fe que la norma supondría y la asumió en beneficio de intereses superiores del Estado. No toda violación de la buena fe es antijurídica. Hay que andar con pies de plomo para no quedarnos atrapados por el hechizo de la fórmula ³⁸.

Para otros autores, sin embargo, decir que el juez se extralimita en sus funciones cuando corrige un precepto legal por medio de una cláusula general es un sarcasmo (Miquel González, 1997: 317; Weber, 1992: 634) ¡Precisamente para eso están las cláusulas generales! Si ni el legislador ni el ejecutivo asumen las responsabilidades que les corresponden, es el juez quien debe hacerlo.

Lo que estos jueces y estos autores no aclaran es cómo se explica que exista una opinión pública o un sentimiento jurídico colectivo suficiente para rellenar la cláusula de buena fe en el sentido corrector que pretenden las sentencias y que, pese a ello, esa opinión pública o conciencia colectiva no hayan parecido suficientes al legislador para modificar la norma. Si está tan claro, ¿por qué no lo ve el legislador?

8. CONSIDERACIONES FINALES

La valoración que en cada momento merezcan las cláusulas generales está condicionada por el grado de reticencia y desconfianza que exista respecto de los poderes que las van a utilizar como instrumentos. R. Weber (1992: 631) cuenta que el *Allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten* contenía más de 19.000 artículos porque sus autores estaban convencidos de poder normar la realidad de forma agotadora y además, y sobre todo, porque miraban con desconfianza el recurso a conceptos jurídicos indeterminados o simplemente vagos,

³⁸ En nuestro derecho también se recurrió a las cláusulas generales de buena fe y abuso de derecho para corregir, en los casos de arrendamientos con rentas ínfimas por su congelación y antigüedad, la norma del código civil que imponía a los arrendadores la obligación de realizar obras de conservación. La jurisprudencia de las Audiencias, aunque vacilante, descargaba en esos casos al arrendador de la obligación de pagar esas obras y permitía al arrendatario que fuese él quien las realizase. La norma del código civil no ofrecía lugar a dudas y tampoco dejaba margen a la interpretación, pero muchos tribunales entendieron que respecto a rentas antiguas y congeladas era absolutamente contrario al principio de buena fe el resultado injusto que provocaba una aplicación literal de la norma (sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 19 de noviembre de 1993, citada por Miquel González, 1997: 317).

«ya que nada puede ser más peligroso para la libertad de los ciudadanos que convertir al juez en legislador, más aún siendo el juez un servidor a sueldo del Estado y la judicatura un cargo de por vida» (Carl Gottlieb Suarez, citado por R. Weber, 1992: 631). En la exposición de motivos del *BGB*, que sí contiene cláusulas generales –los parágrafos «reales» a los que se refería Hedemann– también se dice explícitamente que se conocen los riesgos de inseguridad y arbitrariedad que pueden originar, pero se confía en que los jueces harán de ellas un uso correcto. Al ir consolidándose las libertades de los ciudadanos, va desapareciendo el temor a que viejas prácticas propias del absolutismo puedan colarse de nuevo en el sistema utilizando los conceptos vagos o las cláusulas generales como puerta de entrada. Además, el desarrollo veloz e imparable que se producía en todas las esferas de la vida fue utilizado por los movimientos de reforma metodológica como arma para derribar el mito de la plenitud del ordenamiento sobre el que se había asentado el formalismo y acentuar el carácter esencialmente lagunoso del derecho, lo que también contribuyó a disipar los iniciales temores que suscitaban las indeterminaciones normativas, vistas ahora como algo inevitable, no sólo porque la vida iba mucho más rápido que el legislador ³⁹, sino también porque se generalizó, exagerándose a veces de forma interesada, el carácter imperfecto del lenguaje como instrumento para elaborar normas ⁴⁰.

El formalismo jurídico y su consecuente recelo respecto a indeterminaciones y vaguedades se diluye en los períodos en que deja de verse como una necesidad someter y limitar al poder, en los momentos en que desaparece el antagonismo entre la sociedad y el Estado (Tönnies, 1990: 294), o más exactamente, entre el poder y el Estado ⁴¹. Esa era, según Max Weber, la situación en Alemania antes de la primera guerra mundial, respaldada, desde el punto de vista teórico, sobre todo por la Escuela del Derecho Libre ⁴². Y esa sería, según Tönnies, la situación actual, en la que el formalismo jurídico ya no se considera un medio para lograr el control del poder –que tampoco se

³⁹ Hoeniger 1917, citado por Garstka (1976: 96).

⁴⁰ Las referencias son innumerables. Por citar a un clásico, Zitelmann (1904: 32) con ejemplos que después se han convertido a su vez en clásicos para explicar los problemas que plantea el uso del lenguaje natural en la creación de normas.

⁴¹ En este sentido hay que interpretar la interesante conclusión a la que llega Franz Neumann después de examinar el papel que juegan y las funciones que cumplen las cláusulas generales en los distintos ámbitos jurídicos, que se resumen en una única: servir al poder. Por eso cuando ese poder se convierte en monopolio, cuando además el monopolio cuenta con el respaldo del grupo social con poder, la huida hacia las cláusulas generales se intensifica y el derecho positivo, que había incorporado una parte importante de las reformas sociales, se ve destruido por cláusulas generales cuya interpretación tautológica beneficia siempre a quien tiene el monopolio (Neumann, 1967: 39-41). Son esclarecedoras las sentencias que utiliza para apoyar esta idea.

⁴² El derecho libre es culpable según Hedemann del auge desmedido que habían experimentado las cláusulas generales en esa época (1933: 10).

pretende— sino que, en ocasiones, aparece como un obstáculo al libre juego de las fuerzas sociales, que parecen gozar de mayor confianza⁴³. Entonces se ve con buenos ojos que las cuestiones sobre las que es difícil alcanzar un acuerdo (porque las posturas están muy enfrentadas o porque hay muchos intereses inconmensurables y, por tanto, inconciliables en juego) se regulen de forma indeterminada, para que sea el juez quien en cada momento lo precise. El juicio que ello nos merezca dependerá en último término de la concepción del derecho que mantengamos (o de nuestra capacidad para asumir las propias contradicciones). No han faltado voces señalando que no debería exigirse de los jueces solucionar conflictos como los que plantean las cláusulas generales en su relación con el resto de las normas del ordenamiento jurídico y que, sin embargo, deberían exigírsele más responsabilidades al legislador⁴⁴.

BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, M. (1985): *Introducción al Derecho*, Barcanova, 1.ª edición, Barcelona.
- (1995): «Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 85, enero/marzo, pp 5-26.
- ALEXY, R. (1989): *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid.
- BACIGALUPO, M. (1997): *La discrecionalidad administrativa. (Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Marcial Pons, Madrid.
- (2001a): «De nuevo sobre la motivación de los nombramientos discrecionales en las carreras judicial y fiscal», *La Ley*, 5262.
- (2001b): «Discrecionalidad, conceptos jurídicos indeterminados y motivación de las decisiones administrativas. (A propósito de la motivación de los nombramientos discrecionales en las Carreras Judicial y Fiscal)», Comunicación presentada en el 7.º Congreso Internacional de Metodología Jurídica «La aplicación del derecho por la Administración Pública y la Justicia: problemas de los conceptos jurídicos indeterminados», 20 y 21 de septiembre de 2001, organizado por el INAP, Madrid.
- BEHREND, O. (1989): «Von der Freirechtsbewegung zum konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken» en Dreier, R./ Seller, W. (ed.), *Recht und Justiz im «Dritten Reich»*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Taschenbuch 1989, pp. 34-80.
- BOEHMER, G. (1959): *El Derecho a través de la Jurisprudencia. Su aplicación y creación*, Bosch, Barcelona, traducción de José Puig Brutau.
- BOCANEGRA SIERRA, R. y HUERGO LORA, A. (2001): «Un paso atrás en el control judicial de la discrecionalidad: su confusión con los conceptos

⁴³ ¡Incluso entre la izquierda está pasado de moda Franz Neumann!, lamenta Tönnies con ironía (1990, 295).

⁴⁴ Hedemann 1933, 77.

- jurídicos indeterminados y la dispensa del deber de motivar», *REDA*, 111, pp. 405-428.
- CANARIS, C. W. (1998): *El sistema en la Jurisprudencia*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, traducción de Juan Antonio García Amado.
- DUBISCHAR, R. (1974): *Vorstudium zur Rechtswissenschaft*, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, W. Kohlhammer, 1974.
- ENGISCH, K. (1967): *Introducción al pensamiento jurídico*, Ediciones Guadarrama, 1967, traducción al español de Ernesto Garzón Valdés, Madrid. Revisión y adaptación al Código Civil Español de Luis García San Miguel.
- GARCÍA AMADO, J. A. (1991): «Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho* 8, pp. 344 ss.
- (2001): «¿Interpretación judicial con propósito de enmienda (del legislador)? Acerca de la jurisprudencia sobre el artículo 133 del Código Civil», *La Ley*, núm. 5338, junio 2001, pp. 1-9.
- (2001a): «Sobre el argumento *a contrario* en la aplicación del Derecho», *Doxa*, 24, pp. 85-114.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1985): *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, Civitas, Madrid.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R. (1995): *Curso de Derecho Administrativo II*, Civitas, Madrid, reimpresión de la 4.ª edición.
- (1996): *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid, reimpresión de la 7.ª edición.
- GARSTKA, H. (1976): «Generalklauseln», en Koch, H. J. (ed.), *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*, Kronberg, Athenäum-Verlag, pp. 96-123.
- GUILLEN, P. (1973): *El imperio alemán 1871/1918*, en Droz, J. (dir.), *Historia de Alemania*, Vicens-Vives, Barcelona, 1973, traducción de Miguel Llop Remedios.
- HECK, Ph. (1914): «Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz», *AcP*, 112, pp. 1-318
- (1924): «Das Urteil des Reichsgerichts vom 28. November 1923 über die Aufwertung von Hypotheken und die Grenzen der Richtermacht», *AcP*, 122 (1924), pp. 203-226.
- (1932): *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).
- (1932a): *Das Problem der Rechtsgewinnung*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 2.ª edición. La primera edición es de 1912. Hay traducción al castellano de Manuel Enteza (pseudónimo de Sacristán) y prólogo de Puig Brutau, de la primera edición, con el título *El problema de la creación del derecho*, Ariel, Barcelona, 1961. Reeditado en Comares, Granada, 1999.
- (1933): *Interessenjurisprudenz*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), p. 36. Hay traducción al castellano: «Jurisprudencia de intereses», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. IV, 1948, pp. 523-550.
- (1933a): «Rezension: Justus Wilhelm Hedemann, *Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat*. Tübingen: Mohr (Paul Siebeck), 1933», *JW*, 1933, pp. 1448-1449.
- (1974): «Die neue Methodenlehre Müller-Erzbachs» en Ellscheid, G., Hassemmer, W. (eds.), *Interessenjurisprudenz*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, pp. 345-379. El artículo original apareció en *AcP*, 140, N.F. 20, (1935), pp. 257-295.

- HEDEMANN, J. W. (1933): *Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat*, Tübingen, Mohr (Paul Siebeck).
- IGARTUA SALAVERRÍA, J. (1998): *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Civitas, Madrid.
- KOCH, H. J. (1976): «Das unbestimmte Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht», en Koch, H. J. (ed.), *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*, Kronberg: Athenäum-Verlag, pp. 186-213.
- MACKAAY, E. (1980): «Le nozione "fluide" in diritto ovvero l'economia dell'imprecisione», *Informatica e Diritto*, 6, pp. 253-274.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. (1997): «Cláusulas generales y desarrollo judicial del derecho», en *La vinculación del juez a la ley, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, pp. 297-326.
- NEUMANN, F. (1967): «Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft», en *Demokratischer und autoritärer Staat. Beiträge zur Soziologie der Politik*, Frankfurt a. M., Europäische Verlagsanstalt.
- RÜTHERS, B. (1973): *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, Frankfurt a. M., Athenäum Fischer Taschenbuch. La primera edición es de 1968, Tübingen, J.C.B. Mohr.
- SAINZ MORENO, F. (1976): *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid.
- SCHMITT, C. (1996): *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, Tecnos, Madrid. Estudio preliminar, traducción y notas de Montserrat Herrero.
- SYBILLE TÖNNIES, E. (1990): «Fair trial oder Kann die Flucht in die Generalklausel gegen Kabinettsjustiz helfen?», *ZRP*, Heft 8, pp. 292-295.
- WEBER, R. (1992): «Entwicklung und Ausdehnung des § 242 BGB zum «königlichen Paragraphen», *JuS*, pp. 631-636
- ZITELMANN, E. (1904): *Die Kunst der Gesetzgebung*, V. Zahn & Jaensch, Dresden.



La interpretación literal de la Ley

Por MARÍA CONCEPCIÓN GIMENO PRESA

Universidad de León

INTRODUCCIÓN: En este trabajo se intenta encontrar respuestas a dos interrogantes: ¿en qué consiste llevar a cabo una interpretación literal de la ley?, y ¿cuál es el papel que representa la interpretación literal en una concepción general de la interpretación jurídica? El objetivo de este trabajo es mostrar que la interpretación literal sigue jugando actualmente un rol importante en la actividad de interpretar el derecho incluso en aquellas posturas donde aparentemente se niega esta posibilidad. Para mostrarlo, se analizan dos teorías jurídicas actuales, en concreto la teoría de Ricardo Guastini y la de Rafael Hernández Marín, en las que se puede constatar la plausibilidad de dicha afirmación.

Abordaremos algunos problemas relacionados con la llamada «interpretación literal de la ley», los que se enmarcan en la cuestión más amplia de la interpretación y el razonamiento jurídico. Dado que este tema ha acaparado la atención de los juristas en los últimos años, la bibliografía sobre el mismo es prácticamente inabarcable¹. Por ello trataremos de señalar sólo una parte de los problemas que suscita la determinación del «sentido literal de la ley».

La vinculación del intérprete a la letra de la ley constituye un mandato legislativo en el ordenamiento jurídico español². Este hecho ha generado que las disciplinas dogmáticas traten de determinar qué es el sentido literal de una ley. Aunque sus explicaciones en la mayoría de los casos se reducen a remitir a la necesidad de que el intérprete tenga

¹ Ver Comanducci 1999, Bix 1995, Lifante Vidal 1999, Marmor 1995, Shauer 1993.

² Ver a modo de ejemplo los artículos 3, 675 ó 1281 del Código Civil.

un buen conocimiento de la lengua y emplee los significados establecidos para las expresiones en juego (cfr. Pabón de Acuña, 1999: 9-47). También el Tribunal Supremo alude a su propia tarea de interpretación como la atribución del sentido literal a las expresiones objeto de interpretación aunque en muchas ocasiones en sus sentencias no existe ninguna precisión sobre la forma en que dicho sentido puede ser determinado, salvo la tácita remisión al significado dado por un buen diccionario de la lengua³.

En este artículo estamos interesados en analizar otro tipo de explicaciones y problemas, aquellos preocupados por los aspectos teóricos y conceptuales de la cuestión. Intentaremos encontrar respuestas a dos interrogantes: ¿En qué consiste realizar una interpretación literal de la ley? y ¿cuál es el papel que representa la interpretación literal en una concepción general de la interpretación jurídica? El objetivo de este trabajo es mostrar que la interpretación literal sigue jugando actualmente un rol importante en la actividad de interpretar el derecho incluso en aquellas posturas donde aparentemente se niega esta posibilidad. Para dar respuesta a estos interrogantes procederemos dividiendo el trabajo en dos partes. En la primera examinaremos algunos problemas que trae aparejada la expresión interpretación literal de la ley. Mostraremos cómo el concepto de significado, de significado literal, y de interpretación, todo ellos ambiguos, condicionan la respuesta a los interrogantes objeto de este estudio. En la segunda parte examinaremos cómo tratan el tema de la interpretación literal dos teorías de la interpretación jurídica recientes: las defendidas por Guastini y por Hernández Marín.

I

El estudio de la interpretación literal del derecho se enfrenta con una serie de problemas en la actualidad. Así, a la hora de analizar este tema nos encontramos en primer lugar con una cuestión de base, que no sólo atañe a la interpretación literal sino a cualquier estudio de la interpretación cuando ésta es definida relacionándola con el término significado. Dicho problema consiste en la pluralidad de sentidos que el propio término *significado* lleva aparejado y la forma de ser entendido el mismo cuando se relaciona con el término interpretación. Un segundo problema viene generado por el sentido de la locución *senti-*

³ Por ejemplo, en el caso de subrogación arrendataria resuelto el 22 de junio de 1995, cuando afirmó: «... la expresión literal que la citada norma emplea de haber convivido habitualmente en la vivienda entraña un concepto jurídico revelador de una situación de hecho entre ambas personas, no un concepto semejante al del domicilio legal... El término literal de “habitualmente” que dicha norma emplea –forma abreviada del verbo *habituarse*–, significa forma o modo de acostumbrarse a una conducta o situación constante en el tiempo». La sentencia está tomada de la cita efectuada por Pabón Acuña, 1999: 45-46.

do literal o significado literal. Esta locución es usada de forma distinta por los lingüistas y por los juristas. El problema se agrava además si, como luego veremos, la pluralidad de usos que estos últimos hacen de la locución no coinciden con la pluralidad de usos que llevan a cabo los primeros»⁴. Estos dos problemas impiden dar una respuesta rápida y sencilla a los dos interrogantes que nos hemos planteado en este trabajo: ¿Qué es la interpretación literal del derecho? y ¿cuál es el rol que juega la misma en una concepción general de la interpretación jurídica?

1. PROBLEMAS DERIVADOS DE LA NOCIÓN DE SIGNIFICADO

En el ámbito de la interpretación, y especialmente de la interpretación de la ley, se suele relacionar los términos: interpretación y significado. Esto se puede apreciar cuando examinamos el concepto de interpretación que sostienen, entre otros autores, Kelsen, Hart o Ross. Además, existen pensadores que ven en dicha relación una condición conceptual necesaria e imprescindible para una teoría de la interpretación⁵. Pareciera a simple vista que sostener que interpretar la ley es determinar el significado de la misma es una afirmación que aclara la cuestión acerca de la interpretación del derecho. Sin embargo, dado lo polémico que resulta el término significado dicha afirmación dista de cumplir tan radicalmente esta función. Mostrar este hecho es la intención que perseguimos con este epígrafe.

Cuando intentamos rastrear la teoría del significado sustentada por algún autor, lo que en realidad hacemos es preguntar en qué consiste, para él, el significado lingüístico de un enunciado. De esta manera se pueden identificar y comparar las posiciones de filósofos muy diversos, como: (i) la de Platón, para quien los nombres son las unidades significativas, que poseen una significación independiente de la voluntad de aquellos que los emplean. La misma está dada, pues los términos representan la esencia misma de las cosas a través de sus elementos. No niega la incidencia de los usos en el establecimiento de esta relación aunque de manera secundaria; (ii) la de Guillermo de Occam, para quien los signos lingüísticos orales y escritos significaban de manera convencional, esto es, por decisión de los usuarios

⁴ Entre juristas y lingüistas no sólo no existe unanimidad a la hora de determinar el uso del término sentido literal sino que ni siquiera existe tal unanimidad a la hora de establecer el papel que juega la interpretación literal dentro del ámbito de la interpretación en general. Ha puesto de manifiesto esto Mazzaresse, quien sostiene al respecto que, pese a las críticas que el sentido literal tiene para las teorías lingüísticas actuales, este tipo de interpretación sigue siendo una pieza importante en las teorías jurídicas (Mazzaresse, 2000).

⁵ Defiende esta postura Villa, 2000: 167-168; Brink, 1988: 111; Stavropoulos, 1996: 4.

y no por representar esencia alguna de las cosas. Esta hipótesis está también acotada por la existencia de signos lingüísticos mentales que significan de una manera natural, esto es, independientemente de las convenciones y de una manera común a la esencia humana, de los cuales dependen los otros dos tipos vistos. El signo lingüístico oral o escrito se articula en una proposición y da un conocimiento primario del objeto; (iii) la de Locke, para quien el término es la unidad significativa y cuyo significado le viene dado en relación a su eficacia eidética, esto es, la capacidad cognitiva con él asociada, (iv) la de Frege, quien identifica significado y sentido, pero los distingue a su vez de la referencia, que puede o no estar presente en un nombre. La referencia es aquello a lo que el nombre representa, su correlato en la realidad. El nombre es la unidad con sentido o significado.

Lo segundo que solemos hacer es emplear algún esquema que nos permita clasificar las diversas teorías, a los efectos de poder ubicar en ese marco la propuesta que se quiere explicar. En este sentido y siguiendo a Alston (1985), podemos distinguir entre: (i) teorías referenciales, que parten del supuesto de que las expresiones significativas están en lugar de algo, a lo que representan; (ii) teorías ideacionales, en las que las expresiones significativas lo son en la medida de que se usan en la comunicación suscitando ciertas ideas compartidas entre los que las emiten y las reciben; (iii) teorías comportamentales, para las que las expresiones significativas lo son en la medida en que provocan ciertas reacciones observables comunes en los usuarios de las mismas.

En virtud de estas teorías, por lo tanto, el significado lingüístico de una expresión se identifica con: 1. Aquello a lo que ésta se refiere o con la conexión referencial. 2. Las ideas con las que se la asocia. 3. Los estímulos que suscita su emisión y/o con las respuestas que esa emisión, a su vez, vuelve a suscitar (Alston, 1985: 27).

El concepto de significado de una expresión variará de acuerdo con la teoría de la cual se parta⁶. Con independencia de cuál de esas teorías se elija, la opción no resolverá, ni siquiera aclarará todos los problemas que dicho concepto plantea, ya que los mismos se generan en muy diversos niveles. Así, por ejemplo, se suele interrogar si el significado de una expresión es léxico o estructural. El término significado puede ser entendido de dos formas. Por un lado éste es identificado como reglas del uso establecidas en el sistema lingüístico o estipuladas por los sujetos. Por otro lado, el significado es entendido

⁶ Evidentemente, el panorama de las teorías del significado es mucho más complejo que lo expuesto en este epígrafe. Normalmente cada teoría funciona bien en ciertos aspectos y no en otros. Esto ha originado la aparición de otras muchas posiciones. Algunas de éstas son versiones refinadas de las teorías vistas, mientras que otras adoptan posiciones eclécticas incorporando las partes que se consideran más satisfactorias de cada teoría examinada.

como el uso mismo, o sea, como el resultado de la aplicación de una regla en un discurso o texto⁷.

Si identificamos el término significado como reglas que determinan el uso de una expresión, nos preguntaremos cuántos tipos de reglas son las que especifican el mismo. Normalmente se suele admitir que son las reglas semánticas las encargadas de precisar el significado de un término. Ahora bien, cuando de lo que se habla es del significado de una expresión lingüística más amplia que un término, como es el caso de un texto jurídico, la duda surge en determinar si el significado de dicho texto viene dado por la suma de los significados de sus términos aplicando a los mismos las reglas semánticas, o si tal significado no viene determinado por dicha suma, y, por lo tanto, la sola aplicación de las reglas semánticas no es suficiente para hallarlo. En este sentido, se sostiene la importancia de las reglas de la sintaxis además de las semánticas, para llevar a cabo esta actividad y por lo tanto se parte de un concepto de significado estructural y no meramente léxico⁸.

Con independencia de cuál de estas dos nociones de significado se elija, los autores que defienden estas tesis parten de considerar que las transformaciones conservan el significado, por lo que se les considera como partidarios de una semántica generativa. Mientras que existen otros autores para quienes el significado varía con las transformaciones siendo partidarios de una semántica interpretativa. Para estos últimos la noción de significado no depende sólo de elementos sintácticos y/o semánticos sino también de aspectos pragmáticos⁹.

Otro de los problemas que origina el término significado viene dado a la hora de relacionar éste con la actividad interpretativa. En este caso los problemas del término significado no consisten en responder qué cosa es éste, cuál es su naturaleza o cuáles son sus características, sino que el problema recae en responder a la cuestión acerca de qué clase es la conexión que se da entre la actividad interpretativa y el significado. Vittorio Villa sostiene al respecto que las teorías de la interpretación jurídica formalista contestan esta pregunta afirmando que interpretar es descubrir el significado, o sea, se trataría de una actividad cognoscitiva o descriptiva, mientras que las teorías de la interpretación jurídica antiformalista entienden que la conexión entre interpretación y significado no deriva de una tarea descriptiva sino prescriptiva. Para estas últimas la interpretación sería una actividad encargada de crear un significado y, por lo tanto, una actividad valorativa.

⁷ Pone de manifiesto estos dos significados del término «Significado» Luzzatti, 2000: 73.

⁸ La sintaxis se encargaría de estudiar los signos con independencia de su significado, se trata, por lo tanto, de estudiar las relaciones de los signos entre sí.

⁹ La pragmática consiste en el estudio de la relación existente entre los signos y los sujetos que usan los signos.

Estas formas radicalmente, opuestas entre sí, de ser entendida la relación entre ambos términos de la discusión, se basan a juicio del autor italiano en una concepción errónea del significado que es visto desde una concepción estática. Esto significa que por significado se entiende una entidad que se descubre o se produce toda de una vez¹⁰. Según Villa, el significado no es una entidad que viene dada de una vez, sino el éxito de un proceso complejo que requiere la aparición progresiva de varios niveles de significación. Partir de esta idea de significado es sostener una concepción dinámica del mismo y afirmar su estructura multidimensional¹¹.

En base a todo lo apuntado en este epígrafe, podemos sostener que cuando se afirma que la interpretación jurídica es la actividad encargada de adscribir (describir, proponer, crear, etc., dependiendo de la teoría en cuestión) el significado del objeto interpretado, nos podemos estar refiriendo a cosas muy diversas en base a, entre otros posibles aspectos, el sentido que del término significado estemos partiendo, en virtud del tipo de semántica que se adopte (generativa o interpretativa) y en virtud de cómo consideremos la estructura del término significado (monodimensional o pluridimensional).

2. PROBLEMAS DERIVADOS DE LA LOCUCIÓN SIGNIFICADO LITERAL

Cifándonos ahora al estudio de la interpretación literal exclusivamente, se suele entender la misma como la atribución del sentido literal de un texto. En qué cosa consiste este sentido es objeto de estudio tanto por lingüistas como por los juristas.

Chiassoni diferencia cinco usos que los lingüistas hacen de la locución significado literal. El autor italiano las enumera de las siguiente forma: 1. El significado literal es entendido como el significado de un enunciado analítico, interactivo del enunciado interpretado. De esta forma, la locución «significado literal» se refiere al significado expreso de un enunciado interpretativo el cual es idéntico al enunciado interpretado pero que es emitido en el nivel de lenguaje meta-lingüístico¹². 2. La noción «significado literal» se entiende como «significado no contextual», es decir, como aquel significado que se puede atribuir a un enunciado, en base a la aplicación de los siguien-

¹⁰ «Naturalmente si se sostiene que el significado es descubierto, esta entidad preexiste a la actividad interpretativa; si se sostiene, por el contrario, que es creado en sede de interpretación, entonces la entidad en cuestión viene producida íntegramente por el intérprete» (Villa, 2000: 175).

¹¹ Villa distingue tres estratos dentro de la noción de significado. Para un estudio de los mismos, ver Villa, 2000: 178-179.

¹² Hay sin embargo juristas que niegan la existencia de interpretación cuando el enunciado interpretativo es igual al enunciado interpretado, como es el caso de Riccardo Guastini.

tes elementos: el significado lexical de los términos que componen el enunciado, las características gramaticales de los mismos (tales como el género y el número, los modos verbales y sus tiempos, etc.), la estructura sintáctica del enunciado. De acuerdo con esta noción, el «significado literal» no dependerá de ningún aspecto contextual, ya sea éste entendido como contexto lingüístico donde está formulado el enunciado a interpretar o como contexto extralingüístico¹³. 3. También se usa la locución «significado literal» para hacer referencia al significado que se extrae combinando dos componentes: la fuerza ilocutoria explícita de un enunciado y el contenido proposicional¹⁴. De acuerdo con los partidarios de esta posición, el significado literal de un enunciado se extrae del significado lexical de las palabras que lo componen, las características gramaticales de las mismas, la estructura sintáctica del enunciado y, además, de un conjunto de asuntos contextuales denominados asuntos de fondo¹⁵. 4. Una cuarta acepción de «significado literal» viene a considerarle como el significado o significados adscribibles a un enunciado en un cierto contexto de uso, en el que, a posteriori, los factores pragmáticos se descubren como faltos totalmente de importancia, de ahí que se hable de «contexto pragmáticamente nulo a posteriori o *ex post*»¹⁶. 5. Una quinta forma de ser entendida la locución «significado literal», sostiene que se pueden dar dos tipos de significados literales en un enunciado. El primero, al que se denomina significado estándar, sería aquel significado que se le asigna al enunciado sobre la base de los conocimientos habituales de la semántica por parte de los intérpretes. El segundo, denominado significado incidental, sería aquel o aquellos significados que, al margen de los usos generalizados y/o de convenciones sociales, son el fruto de tácitos acuerdos, bilaterales, momentáneos y transitorios entre un intérprete y un emiteente determinado. 6. La sexta acepción, según Chiassioni, identifica «significado literal» con el significado verdadero o falso de un enunciado. Esta forma de relacionar «significado literal» con significado verdadero trae como consecuencia que sólo se pueda hablar de «significado literal» respecto de un enunciado descriptivo negando la posibilidad de hablar de significado literal de

¹³ Algunos filósofos del derecho identifican contexto con el contexto lingüístico, mientras que los factores que pueden influir en la interpretación de un enunciado extralingüístico se denominan «situación». Es el caso de Alf Ross, por ejemplo.

¹⁴ La fuerza ilocutoria de un enunciado nos permite determinar la función lingüística de un enunciado (descriptiva, prescriptiva, emotiva...), y viene determinada por una serie de elementos, como el lugar que ocupan las palabras dentro de un enunciado, el tiempo verbal, la puntuación, etc.

¹⁵ Ésta es la posición, por ejemplo, de Searle:1978, según el cual ningún significado puede darse al margen de un contexto, a no ser que sea del todo indeterminado. Por esta razón, y de acuerdo con este autor, para identificar el significado literal de un enunciado hay que tener en cuenta, entre otras muchas cosas, las características físicas, institucionales y morales que se encuentran en el uso de dicho enunciado, ver Searle, 1998: cap.6

¹⁶ Chiassioni, 2000: 26-27

un enunciado cuya función lingüística sea interrogativa, expresiva o imperativa.

Si tenemos en cuenta la relación de significados que los lingüistas dan a la locución «significado literal» podemos afirmar que entre los filósofos del lenguaje no existe una unanimidad a la hora de entender dicha locución. Y que, al menos, existen actualmente dos teorías distintas acerca de su uso: las teorías semánticas que conciben el significado literal como aquel que se obtiene al margen del contexto, y las teorías pragmáticas para quienes incluso el significado literal de un enunciado no puede determinarse al margen del contexto en el que se emite.

Es importante tener, además, en cuenta que, entre los lingüistas, no sólo no existe unanimidad a la hora de establecer qué es el sentido literal sino también a la hora de contestar a la pregunta de cuál es el rol que la interpretación literal juega cuando se quiere determinar el significado de un enunciado. A este respecto, y siguiendo a Tecla Mazzaresse, existen corrientes lingüísticas para quienes el significado literal es lo único que se necesita para definir el significado de una expresión lingüística, mientras que otras sostendrán que el significado literal no sirve ni siquiera como un punto de partida para empezar a estudiar el significado de una expresión, ni siquiera es concebido como un elemento entre otros muchos para individualizar el significado de una expresión. Entre ambas posturas radicales, Mazzaresse distingue también posturas más moderadas, para quienes si bien el significado literal de una expresión no se puede identificar con el significado de la expresión misma, aquél sí que juega un papel más o menos importante como elemento a tener en cuenta a la hora de determinar éste, o como punto de partida en su determinación¹⁷.

Si prestamos ahora atención a cómo entienden los juristas la locución «significado literal» nos encontramos con que tampoco existe una unanimidad a la hora de definirla. Así, Vernengo sostiene que dicha locución es usada para referirse a cinco cosas diferentes:

1. El significado adscribible a un enunciado en virtud de la suma del significado lexical de los vocablos que lo componen.
2. El significado que puede ser comunicado ostensivamente, indicando el hecho (comportamiento, situación...) a los cuales el enunciado interpretado se refiere.
3. El significado expreso de un enunciado exactamente interactivo del enunciado interpretado.
4. El significado expresado por un enunciado perfectamente sinónimo del enunciado interpretado.
5. La traducción o paráfrasis aclaradora del enunciado interpretado, que consiste en sustituir los términos técnicos por otros términos más fácilmente inteligibles, teniendo en cuenta, además, la estructura sintáctica profunda del enunciado (Vernengo, 1994).

¹⁷ Tecla Mazzaresse establece una clasificación más extensa acerca de las posiciones adoptadas por los lingüistas en torno al rol del significado literal, para un estudio detallado de la misma, ver Mazzaresse, 2000: 100-110.

Luzzati, por su parte, también señala que por significado literal de una disposición se pueden entender al menos cinco cosas diferentes: 1. El sentido de las expresiones lingüísticas al margen de su contexto (verbal, cultural y/o situacional). 2. El significado conforme al uso ordinario de las palabras. 3. El significado *prima facie* claro y unívoco, o sea, obvio, de sentido común, no absurdo. 4. El significado identificado mediante un argumento a contrario. 5. Los significados atribuibles a una disposición en base a los usos lingüísticos consolidados por los juristas, a la sintaxis, al cotexto, al contexto cultural y al contexto situacional (Luzzati, 1990: 208 ss.)¹⁸.

La pluralidad de formas distintas de entender el significado literal por parte de los juristas obedece a dos tipos de razones: por un lado, en muchas ocasiones, los juristas aluden o justifican sus interpretaciones afirmando ser el resultado de una interpretación literal de sus disposiciones, cuando en realidad su actividad se ha alejado de cuantos instrumentos pueden ser considerados propios de una interpretación de este tipo a nivel conceptual. Esto es lo que hace explicable el hecho de que tanto con una interpretación extensiva como con una restrictiva se pueda determinar el sentido literal de una expresión. Por eso, cuando si lo que hacemos a la hora de estudiar qué es la interpretación literal es recoger todos los usos que los juristas hacen de ella cuando la mencionan nos encontraremos con una lista muy dilatada y en ocasiones contradictoria de definiciones de la locución. Por otro lado, en los supuestos en que esto no ocurre, o sea en los casos en que realmente se pretenden analizar el sentido desde la perspectiva iusfilosófica de la locución significado literal, tampoco existe unanimidad de lo que por literal se entiende. Prueba de ello es que si nos fijamos en la misma terminología que se usa para hablar del sentido literal es muy variada, en algunas ocasiones se considera sinónimo de sentido ordinario, otras veces del sentido más inmediato, en otras ocasiones el sentido aparente, sentido lingüístico, gramatical, propio, semántico, etc., y, sin embargo, luego hay quienes distinguen entre los términos propio y literal (N. Irti, 1996: 150-151), o entre los términos lingüístico y literal (MacCormick, 1991: 365-366, o Aarnio, 1991: 133-134), mientras que otros los usan como sinónimos (Peczenik y Berghoiz, 1991).

De la misma forma que los lingüistas, el rol que los juristas hacen jugar a la interpretación literal de la ley a la hora de estudiar la interpretación jurídica en general no es unánime y dependerá en gran medida de la teoría que se adopte en relación a la teoría de la interpretación jurídica en general. Se suele distinguir a grandes rasgos entre los partidarios de una concepción tradicional de la interpretación del derecho y los partidarios de concepciones no ortodoxas. La concepción tradicional se caracteriza por afirmar que la interpretación jurídica es una actividad cognoscitiva encargada de descubrir el significado

¹⁸ También hacen un estudio acerca de los usos que los juristas hacen del sentido literal Mazzaresse, 2000, y Chiassioni, 2000.

de un texto jurídico cuando este presente dificultades, es decir, cuando le falta claridad. Junto a este concepción tradicional existen las opiniones no ortodoxas de la interpretación que consideran que esta es una actividad volitiva, consistente en decidir o en adscribir un significado a un texto jurídico. Mazzaresse sostiene que la interpretación literal del derecho es una pieza clave para la concepción tradicional, que parte de la idea de que las palabras poseen un significado propio, mientras que para las posiciones no ortodoxas, si bien la interpretación literal también juega un rol importante lo hace en menor medida que para las anteriores (Mazzaresse, 2000: 123). No obstante, y como tendremos oportunidad de ver más adelante, esta afirmación es demasiado genérica. Dada la heterogeneidad de posturas que se pueden incluir dentro de la concepción no ortodoxa, y dados los diferentes sentidos que el término significado literal posee para dichas posturas, el rol que para cada una de ellas puede tener variará considerablemente. Pese a ello, quizá merezca la pena señalar el hecho de que los juristas prestan una mayor atención a la interpretación literal que los lingüistas, y pese a la pluralidad de opiniones divergentes, este tipo de interpretación juega en el ámbito jurídico un rol más importante que para los filósofos del lenguaje¹⁹.

II

Vamos a dedicar la segunda parte de este artículo a examinar dos teorías de la interpretación jurídica que se están desarrollando actualmente: la teoría de Riccardo Guastini y de Rafael Hernández Marín. Hemos elegido estas dos posturas porque si bien las dos parten de entender la interpretación jurídica de forma distinta, pareciera que, sin embargo, coinciden a la hora de sostener que cuando se interpreta el derecho no se interpreta literalmente. El objetivo a perseguir es

¹⁹ A favor de esta opinión esta Mazzaresse, 2000. Aparentemente en contra Chiassioni, 2000. Creemos, no obstante, que la opinión en contra de este último se debe a la clasificación que lleva a cabo acerca de los usos que los juristas hacen de la locución significado literal. En dicha clasificación, el autor intenta describir los sentidos de la locución teniendo como punto de partida las ocasiones en las que la misma es nombrada por los juristas con el objeto de señalar cómo han justificado sus decisiones y no los sentidos posibles que dicha locución puede expresar desde el punto de vista conceptual. Por esta razón, mientras Mazzaresse afirma que la protección de la certeza es la razón principal por la que se sigue empleando la interpretación literal en la interpretación del derecho, mientras que Chiassioni llega a la conclusión de que «los juristas no atribuyen a la certeza un valor absolutamente prioritario en la interpretación de las disposiciones, y que, en todo caso, los juristas entienden el fin de la certeza como un fin no completamente realizable sobre la única base del significado literal de las disposiciones, siendo conscientes de los límites del criterio interpretativo semántico-gramatical» (Chiassioni, 2000: 54).

demostrar cómo la interpretación literal sigue teniendo cabida en ambas teorías.

1. INTERPRETACIÓN Y DEFINICIÓN: LA PROPUESTA DE RICCARDO GUASTINI

Una de las formas más comunes de entender la interpretación es asociarla a la actividad de definir los términos presentes en los textos normativos. Son varios los representantes contemporáneos que siguen esta tendencia, y, entre ellos, se encuentra Guastini.

La teoría de Guastini se caracteriza por el intento de ser una teoría descriptiva, cuyo objeto son los discursos de los intérpretes. De acuerdo con este autor, una teoría debe responder al interrogante qué es interpretar y no al interrogante qué debería ser interpretar. A través de un análisis lógico del discurso de los intérpretes, Guastini sostiene que la interpretación no es una tarea cognoscitiva, sino valorativa, donde el intérprete elige y/o propone un significado dentro de los posibles que, en todo caso, expresa un enunciado jurídico. Se parte de la idea de que el lenguaje es siempre ambiguo y vago, lo que hace que nunca podamos afirmar que un enunciado expresado en lengua natural tenga un significado unívoco. Todo enunciado admite una pluralidad de sentidos distintos. El juez cuando interpreta puede, o elegir uno de entre esos significados posibles o elegir uno distinto. El jurista y el científico cuando interpretan proponen uno de esos significados. La actividad interpretativa es, según la teoría de Guastini, una actividad altamente discrecional.

Para este autor, además, la interpretación jurídica es una actividad consistente en traducir un texto jurídico perteneciente a las fuentes del derecho. Esto se realiza adscribiéndole un significado a sus términos, lo que es lo mismo que redefinir o definir estipulativamente su significado. Esto da como resultado la formulación de otro texto sinónimo del interpretado. Si interpretar no es otra cosa que definir, el significado literal de un texto, se determinará definiendo los términos en los que está formulado, y teniendo además en cuenta su estructura sintáctica.

Pese al intento de Riccardo Guastini por sostener una teoría descriptiva de la interpretación jurídica, en su obra aparecen enunciados prescriptivos, a través de los cuales el autor sostiene que, pese a que cuando se interpreta el derecho el juez puede elegir un significado distinto de los posibles que el enunciado puede expresar, a esta tarea no se le debería considerar como una tarea interpretativa, y que la interpretación debería consistir en que el juez elija uno de los significados entre los posibles que ese enunciado tiene. De igual forma, en la doctrina de Guastini se sostiene que el científico del derecho no debería

proponer significados, sino que su tarea se debería limitar a describir los significados posibles que una disposición normativa puede tener.

A la vista de estas ideas, nos preguntamos ¿qué es para el autor la interpretación literal? y ¿cuál es el rol que juega la misma a la hora de interpretar el Derecho, según el autor? Pues bien, según Guastini el significado literal es aquel más inmediato, el significado *prima facie*, como se suele decir, que surge de considerar el uso común de las palabras y las conexiones sintácticas que se establecen entre ellas en el enunciado interpretado (Guastini, 1993:360)²⁰. Tal y como es definido el significado literal pareciera que una expresión lingüística sólo pudiera tener un significado literal. Por otra parte, en la teoría de Guastini no se establece de forma expresa si la interpretación literal juega un rol mayor o menor que otros tipos de interpretaciones a la hora de ser el Derecho lo que se interpreta.

Sin embargo, si prestamos atención a la doctrina de la interpretación del autor genovés, nos encontramos con las siguientes tesis: 1. Los jueces deberían elegir uno de entre los significados posibles que la disposición normativa expresa. 2. Los científicos del Derecho deberían limitarse a describir los significados posibles sin proponer uno de ellos en detrimento de los otros. 3. Los significados posibles son aquellos derivados de los problemas de ambigüedad y vaguedad del lenguaje natural con que se expresan los enunciados jurídicos. Los problemas de ambigüedad vienen dados por razones semánticas, sintácticas y pragmáticas. La ambigüedad pragmática hace referencia a la función del enunciado (descriptiva, prescriptiva, etc.). De esta forma en la doctrina de Guastini no se tienen en cuenta los aspectos extralingüísticos a la hora de determinar los significados posibles de una expresión lingüística. 4. Teniendo en cuenta que para el autor el lenguaje es siempre ambiguo y vago, no existiría nada que se adecuara a la definición de significado literal dada por él como el significado más inmediato, *prima facie*, sino que existirían varios significados literales posibles (todos aquellos significados que surgirían de considerar el uso común de las palabras y las conexiones sintácticas). 5. De esto resulta que cuando Guastini sostiene que el juez cuando interpreta debería elegir entre los significados posibles de la expresión, lo que sostiene es que debería elegir entre los significados literales posibles que pueda tener dicha expresión. De lo que resulta que en el pensamiento de Riccardo Guastini interpretar el derecho debería ser interpretarlo literalmente²¹.

²⁰ Otra definición de interpretación literal se puede ver en Guastini, 1988: 79-80, donde se establece que se trata de la interpretación realizada según el uso común de las palabras en su contexto. Aunque el autor no define qué entiende por contexto, a la vista de la definición dada en obras más recientes creemos que contexto hace referencia a los aspectos sintácticos del enunciado, es decir, al orden de las palabras en el enunciado y sus conexiones.

²¹ Para un estudio acerca de la diferenciación entre teoría y doctrina en el pensamiento de Guastini, ver Gimeno Presa, M.^a C., 2000.

2. INTERPRETACIÓN Y SINONIMIA: LA POSTURA DE HERNÁNDEZ MARÍN

El empleo de la noción de sinonimia, y en algunos casos la equiparación de la interpretación de textos jurídicos con la traducción, es otra de las vías con las que se ha intentado explicar la interpretación jurídica. Éste es el camino seguido por Hernández Marín en su libro *Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho* (Hernández Marín, 1999), donde construye una de las teorías más originales y sugerentes que se han formulado en España en los últimos años.

De acuerdo con este autor la interpretación jurídica no es nunca interpretación literal, ya que un enunciado interpretativo no consiste en describir el significado literal del enunciado interpretado. A esta conclusión llega tras sostener las siguientes tesis: 1. La interpretación jurídica es la actividad consistente en atribuir sentido a los enunciados jurídicos. El producto de dicha tarea son enunciados interpretativos en los que se atribuye sentido total a los mismos. 2. Hernández Marín diferencia entre sentido literal y sentido total de un enunciado jurídico. El primero es definido como el que tiene un enunciado en sí mismo y al margen de cualquier circunstancia que rodee la formulación del enunciado. Este sentido depende exclusivamente de factores de dos tipos: el sentido de las palabras que componen el enunciado... y la forma en que dichas palabras se relacionan entre sí. El sentido total es el que tiene un enunciado en sí mismo, pero atendiendo además al conjunto de circunstancias que rodean la formulación del enunciado. El sentido total de un enunciado es el que éste tiene en atención, por un lado, al sentido de las palabras que componen el enunciado, a la forma en que dichas palabras se relacionan entre sí y en atención también, por otro lado, al contexto en sentido amplio, o sea, al mundo que rodea el acto de formulación del enunciado. 3. El contexto es definido en un sentido amplio y en un sentido estricto. En un sentido amplio el contexto es todo el mundo que rodea al acto de emisión de un enunciado. En sentido estricto es el conjunto de los factores que rodean al acto de formular un enunciado y que condicionan su sentido total. Estos factores son de dos tipos: unos lingüísticos, formado por otros enunciados que por origen o tema se encuentran próximos al enunciado emitido y otros extralingüísticos que vendrían a estar formados por las características de la persona que lo emite y las circunstancias de tiempo y lugar de emisión. 4. Hernández Marín afirma que cuando se interpreta el Derecho lo que se hace es determinar el sentido total de los enunciados jurídicos. 5. El autor afirma que el intérprete, para atribuir sentido total a un enunciado jurídico, debe citar otro enunciado, llamado enunciado interpretante, que sea sinónimo del que se pretende interpretar, denominado enunciado interpretado. 6. Los enunciados interpretativos afirman que el sentido total del enunciado interpretado es igual al sentido del enunciado

interpretante. Aquí cabe preguntarse con qué sentido se está usando el término sentido del enunciado interpretante: ¿nos referimos al sentido literal del enunciado interpretante o a su sentido total? Hernández Marín afirma que en ninguna de las dos acepciones. No se puede entender que sea su sentido literal porque el sentido total de un enunciado interpretado no puede ser reducido al sentido literal de otro enunciado. Tampoco puede ser su sentido total porque si el enunciado interpretativo lo que hace es describir el sentido total del enunciado interpretado (es decir, el que éste tiene en un contexto determinado), dicho contexto nunca puede ser el mismo que el del enunciado interpretante. Para resolver esto, el autor estipula que el enunciado interpretante es un enunciado eterno, es decir, un enunciado cuyo sentido es el mismo en cualquier contexto. 7. Una buena interpretación de un enunciado es un enunciado interpretativo de dicho enunciado que, ante todo, es verdadero (criterio semántico) y además mejora en algún aspecto la comprensión que pueda proporcionar la mera lectura del enunciado (criterio pragmático).

Resumida así la teoría de Hernández Marín, nos encontramos con que en la misma se da respuesta a los dos interrogantes objeto de este artículo: ¿qué es la interpretación jurídica? Y, ¿cuál es el rol que juega la misma a la hora de interpretar el Derecho? El sentido literal es definido como el que tiene un enunciado en sí mismo y al margen de cualquier circunstancia que rodee la formulación del enunciado. Este sentido depende exclusivamente de factores de dos tipos: el sentido de las palabras que componen el enunciado y la forma en que dichas palabras se relacionan entre sí. Por otra parte, si consideramos la forma en la que Hernández Marín caracteriza la actividad interpretativa, esto es, como la descripción del sentido total de los enunciados jurídicos, podríamos concluir que en su propuesta no hay espacio para hablar de «interpretación literal» de un enunciado jurídico, en cuanto que la interpretación de un enunciado jurídico no es nunca una interpretación literal. La misma se encuentra excluida por la propia definición de «interpretar» que formula el autor²².

No obstante, consideramos que en esta teoría de la interpretación del derecho existe también la posibilidad de dar un papel a la interpretación literal. Como ha quedado de manifiesto anteriormente el autor distingue entre el sentido literal (el que sólo depende del sentido de las palabras que lo componen y de la forma en que se relacionan entre sí) y el sentido total (el que, además de atender al sentido de las palabras y sus relaciones, tiene en cuenta también las condiciones extralingüísticas que rodean el acto de su emisión). En consecuencia, se puede afirmar que en la teoría de Hernández Marín la determinación del

²² «... Lo que se entiende usualmente por “interpretación del Derecho” no consiste en determinar el sentido literal de los enunciados jurídicos... consiste en determinar... el sentido que tienen... en sí mismos, pero atendiendo también a todas las circunstancias que los rodean» (Hernández Marín, 1999: 45).

sentido total de un enunciado presupone que se ha establecido con anterioridad su sentido literal, y que además se han tenido en cuenta los factores relevantes del mundo que rodeó el acto de su formulación. Esto significa no sólo que se puede establecer el sentido literal de un enunciado, sino que el intérprete del Derecho debe hacerlo necesariamente como paso previo a la formulación de cualquier enunciado interpretativo (tal como son concebidos por esta teoría, esto es, como descripciones del sentido total de un enunciado). Aunque el intérprete del Derecho no lo haga de forma explícita, cada vez que emite una afirmación respecto del sentido total de un enunciado presupone la aceptación de un enunciado en el que se describe el sentido literal del enunciado interpretado. La propia definición de «sentido total» es lo que permite realizar esta afirmación.

El siguiente ejemplo que propone Hernández Marín en su libro muestra hasta qué punto lo dicho anteriormente se encuentra presupuesto en su teoría. Tomando como punto lo dicho anteriormente, se encuentra presupuesto en su teoría. Tomando como punto de partida el enunciado: «... el sentido literal del enunciado “no la he visto”, al que en su ejemplo señala con el número (2), afirma: “... el sentido literal de enunciado (2), el sentido que (2) tiene en sí mismo y al margen de cualquier contexto... es que un individuo indeterminado no ha visto una persona o una cosa indeterminada en un intervalo de tiempo también indeterminado” (Hernández Marín, 1999:37). Luego considera un posible contexto de emisión, aislando los siguientes factores relevantes para la determinación del sentido total del mismo enunciado (2): si “... dicho enunciado fue emitido por Carlos a las tres de la tarde del día 20 de enero de 1999... (e) instantes antes de dicha emisión, un amigo de Carlos había preguntado a éste si había visto la película ‘Casablanca’”: (Hernández Marín, 1999:37). Teniendo en cuenta la descripción del sentido literal realizada en un primer momento, más los factores extralingüísticos enumerados con posterioridad, se puede emitir un enunciado interpretativo de (2) que reúna las condiciones establecidas por la Teoría de la interpretación del Derecho para ser un enunciado interpretativo correcto. Dicho enunciado diría lo siguiente: “el sentido total del enunciado ‘No la he visto’ es igual al sentido del enunciado eterno “Carlos no ha visto la película ‘Casablanca’” antes de las tres de la tarde del día 20 de enero de 1999»²³.

En la propuesta de Hernández Marín los enunciados que describen el sentido literal de un enunciado jurídico no pueden ser entendidos como enunciados interpretativos. Sin embargo, no sólo es posible emitirlos con sentido, sino que muchas veces esto es lo que hacen los intérpretes del Derecho en la práctica jurídica. Incluso, tal como

²³ «Teniendo en cuenta estos factores que rodean la emisión del enunciado (2) (y teniendo en cuenta también el sentido de las palabras que lo componen y la forma en que dichas palabras se relacionan entre sí), podemos concluir que el sentido total de dicho enunciado es que Carlos no ha visto la película “Casablanca” antes de las tres de la tarde del día 20 de enero de 1999» (Hernández Marín, 1999: 37).

vimos, pareciera ser una condición necesaria para considerar que un enunciado interpretativo es verdadero según la teoría de la interpretación de este autor, que el mismo presuponga la verdad del enunciado en el que se afirme cuál es el sentido literal del enunciado interpretado (otra condición es que los enunciados que describen los factores extralingüísticos relevantes también sean verdaderos). Pero que no se puedan considerar enunciados interpretativos no significa que no tengan cabida en esta teoría. Los mismos podrían ser considerados lo que Hernández Marín denomina «enunciados semiinterpretativos», y que son aquellos que «describen el sentido de los enunciados jurídicos a los que se refieren, no completamente, como hacen o pretenden hacer los enunciados interpretativos, sino sólo *parcialmente*» (Hernández Marín, 1999:120, resaltado en el original).

De esta manera, podemos considerar que en la Teoría de la interpretación del Derecho los enunciados en los que describe el sentido literal de los enunciados jurídicos deben ser considerados «enunciados semiinterpretativos», ya que en ellos no se describe el sentido total del enunciado interpretado, sino una parte del mismo. Los enunciados interpretativos en los que se describe el sentido literal de un enunciado son (1) asertivos, pues en ellos se describe parcialmente el sentido de los enunciados interpretativos; (2) no jurídicos, pues de la misma manera que los enunciados interpretativos, no pueden ser considerados parte del Derecho; (3) metajurídicos, pues se refieren a enunciados jurídicos, que son entidades lingüísticas. ¿Cuál es la estructura de este tipo de enunciados? Los enunciados semiinterpretativos del tipo que estamos analizando afirman que el sentido literal de un enunciado jurídico, al que llamaremos «enunciado semiinterpretado», es igual (o semejante) al sentido de otro enunciado denominado «enunciado semiinterpretante». ¿Con qué alcance debemos entender la noción «sentido» en su segunda aparición, esto es, cuando con ella se alude al enunciado semiinterpretante? En este caso creemos que no existen inconvenientes para considerar que en los enunciados semiinterpretativos se afirma que el sentido literal del enunciado semiinterpretado es igual al *sentido literal* del enunciado semiinterpretante. Las razones por las que Hernández Marín desecha esta posibilidad en relación con los enunciados interpretativos no son aplicables en este caso, pues en los enunciados semiinterpretativos no se pretende describir el sentido total del enunciado semiinterpretado y, en consecuencia, la alusión al sentido literal de los enunciados semiinterpretantes no los haría inevitablemente falsos (cfr. Hernández Marín, 1999:49).

Nada de lo dicho contradice lo expuesto en la Teoría de la interpretación del Derecho de Hernández Marín, sino que constituye una expansión de su capacidad explicativa hacia otras actividades que, a pesar de que no podrían ser consideradas interpretativas en sentido estricto, se encuentran en estrecha conexión con ellas. Cabría preguntarse, no obstante, si no pueden existir enunciados semiinterpretativos que pudieran constituir el fundamento de Derecho para una decisión

jurídica. Esto es, si no pueden existir situaciones en las que a un juez, para justificar la aplicación de un enunciado jurídico determinado, no le baste con la formulación de un enunciado semiinterpretativo verdadero que describa el sentido literal del enunciado que supuestamente ha aplicado.

Si aceptamos que los enunciados semiinterpretativos que describen el sentido literal pueden agotar la actividad interpretativa requerida por la justificación de decisiones jurídicas en ciertas circunstancias, entonces deberíamos preguntarnos si merece la pena seguir excluyéndolos del ámbito de aplicación del término «interpretar».

Tras el examen de estas dos teorías de la interpretación jurídica, la de Guastini y la de Hernández Marín, podemos sostener que la interpretación literal está presente en ambas. Si tenemos en cuenta la definición que el autor italiano da de significado literal, como el significado *prima facie*, inmediato de un enunciado lingüístico, y, teniendo además en cuenta que para este autor el lenguaje es siempre vago y ambiguo, la conclusión a la que llegaremos es que ninguna expresión tiene un significado literal. Sin embargo, si partimos de otra definición de significado literal concibiéndolo como los significados que una expresión puede tener en virtud del sentido de sus términos y de la conexión que éstos tienen en dicha expresión, al margen del contexto (definición, por ejemplo, de la que parte Hernández Marín y que pareciera aceptar el mismo Guastini²⁴), nos encontraríamos con que en la doctrina de Guastini la interpretación literal no sólo juega un rol primordial, sino que es totalmente coincidente con la interpretación jurídica.

Centrándonos ahora en la postura de Hernández Marín, tenemos que, dado el concepto del que parte para definir el sentido literal y teniendo en cuenta su teoría de la interpretación del Derecho, está claro que interpretar éste no es nunca interpretarlo literalmente. Sin embargo, consideramos que no es incompatible con la teoría de este autor sostener que en el proceso para determinar el sentido total de una expresión, la determinación del sentido literal juega un rol importante, por lo que si bien interpretar el Derecho no es interpretarlo literalmente, para interpretar aquél se debe tener en cuenta, entre otros aspectos, el sentido literal de la expresión.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AARNIO, Aulis (1991): *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, .
ALSTON, William P. (1985): *Filosofía del Lenguaje*, 3.^a ed., Alianza, Madrid.

²⁴ Ver nota a pie número 20 de este trabajo.

- BIX, Brian (1995): «Questions in Legal Interpretation», en Marmor, Andrei (ed.), *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, pp. 137-153.
- BRINK, David O. (1988): «Legal Theory, Legal Interpretation, and Judicial Review», *Philosophy and Public Affairs*, 17, pp. 105 y ss.
- (1992): «Sull'interpretazione giuridica», *Analisi e Diritto*, 1992, 1-30.
- COMANDUCCI, Paolo (1999): «L'interpretazione delle norme giuridiche. La problemática attuale», en Mario Bessone (ed.), *Interpretazione e diritto giudiziale*, I. Regole, metodi, modelli, Giappichelli, Torino, pp. 1-20.
- CHIASSONI, Pierluigi (2000): «Significato letterale: giuristi e linguisti a confronto (another view of the cathedral)», en Vito Velluzzi (ed.), *Significato letterale e interpretazione del diritto*, Giappichelli, Torino, pp. 1-63.
- GIMENO PRESA, M.^a Concepción (2001): «Teoría y doctrina en la propuesta de Riccardo Guastini», *Doxa*.
- GUASTINI, Riccardo (1988): «Redazione e interpretazione dei documenti normativi», en S. Bartole (ed.), *Lezioni di tecnica legislativa*, Pádova, pp. 37-117.
- (1993): *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffré, Milano.
- HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael (1999): *Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho*, Marcial Pons, Madrid.
- IRTI, Natalio (1996): *Testo e contesto. Una lettura dell'art 1362 codice civile*, Cedam, Pádova.
- LIFANTE VIDAL, Isabel (1999): *La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporánea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- LUZZATI, Claudio (1990): *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Giuffré, Milano.
- (2000): «Se una volta un giurista al buffet della stazione», en Vito Velluzzi (ed.), *Significato letterale e interpretazione del diritto*, Giappichelli, Torino, pp. 65-94.
- MACCORMICK, Neil y SUMMERS, Robert S. (1991): «Interpretation and Justification», en Summers, R., y MacCormick, N., (eds.), *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Aldershot, Engl., Dartmouth, pp. 511-544.
- MARMOR, Andrei (1995): (edi.) *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*, Clarendon Press, Oxford.
- (2001): *Interpretación y teoría del Derecho*, Gedisa, Barcelona.
- MAZZARESE, Tecla (2000): «Interpretazione letterale: giuristi e linguisti a confronto», en Vito Velluzzi (ed.), *Significato letterale e interpretazione del diritto*, Giappichelli, Torino, pp. 95-136.
- PABÓN DE ACUÑA, José María (1999): *La interpretación según «la realidad social» del artículo 3 del Código Civil*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia.
- PECZENIK, Aleksander y BERGHOLZ, Gunnark (1991): «Statutory Interpretation in Sweden», en Summers, R. y MacCormick, N., (ed.), *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Aldershot, Engl., Dartmouth, pp. 311-358.
- SCHAUER, Frederick (1993): (edi.), *Law and Language*, Aldershot, Dartmouth.
- SEARLE, John (1998): *Mind, Lenguaje and Society. Philosophy in tre Real World*, Basic Books, New York.
- STAVROPOULOS, Nicos (1996): *Objectivity in Law*, Clarendon Press, Oxford.

- VERNENGO, Roberto J. (1994): *La interpretación literal de la Ley*, 2.^a ed., ampliada, Bs.As., Abeledo-Perrot.
- VILLA, Vittorio (2000): «Condiciones per una teoria della interpretazione giuridica», en Vito Velluzzi (ed.), *Significato letterale e interpretazione del diritto*, Giappichelli, Torino, pp. 167-187.