

KARL ENGISCH

INTRODUCCION  
AL  
PENSAMIENTO JURIDICO

*Presentación de*  
LUIS GARCIA SAN MIGUEL



EDICIONES GUADARRAMA

*Lope de Rueda, 13*

MADRID

*Publicó este libro la editorial*

W. KOHLHAMMER

Stuttgart, 1956

*Con el título*

EINFÜHRUNG IN DAS JURISTISCHE DENKEN

\* \* \*

*Lo tradujo al español*

ERNESTO GARZON VALDES

*Revisión y adaptación al*

Código Civil Español de

LUIS GARCIA SAN MIGUEL



*Derechos para todos los países de lengua española en*

EDICIONES GUADARRAMA, S. A.

Madrid, 1967

Dépósito legal: M. 2.599.—1967

*Impreso en España por*

ARTES GRÁFICAS BENZAL. - Virtudes, 7. - MADRID

A MI QUERIDA ESPOSA

ACA- 11120

siderar la interpretación extensiva y restrictiva como una especie de formación ulterior de la ley. Un paso más y estamos en la llamada jurisprudencia, *praeter legem*, de la que es ejemplo principal la analogía, y la jurisprudencia *contra legem*, que en sentido estricto significa una «corrección de la ley», en tanto que la auténtica interpretación constituye una guía para la jurisprudencia *secundum legem*, de acuerdo con el principio de fidelidad a la ley. Sin embargo, antes de pasar a la jurisprudencia *praeter legem* y *contra legem* tenemos que completar en algunos puntos esenciales nuestras consideraciones sobre la jurisprudencia *secundum legem* (Cap. VI).

## CAPITULO VI

DERECHO DE LOS JURISTAS <sup>134</sup>

CONCEPTOS JURIDICOS INDETERMINADOS,  
CONCEPTOS NORMATIVOS, CLAUSULAS  
GENERALES, CRITERIO LIBRE

Hasta ahora hemos aceptado tácitamente el presupuesto de que la aplicación del derecho y la interpretación a ella vinculada consisten fundamentalmente en actos de conocimiento que poseen una estructura científica especial. Sin embargo, hay cosas que pudieron habernos irritado y hasta inquietado, tales como la inseguridad con que se lleva a cabo la «subsunción», la equivocidad con la que tiene que luchar la interpretación en todas sus etapas, la diversidad de los métodos de interpretación, la polémica sobre el propósito fundamental de la interpretación y, finalmente, la equivocidad de los conceptos «interpretación extensiva» e «interpretación restrictiva». Pero toda ciencia tiene que luchar con dificultades. Lo decisivo es saber si en principio tiene sentido y posibilidad de éxito la búsqueda de la «verdad». No obstante, dentro del campo del derecho y de su conocimiento existe una serie de fenómenos que convierten en problemático el principio mismo de la búsqueda de la verdad y que presentan los límites de un puro conocimiento científico como una «línea de sombras».

Hubo una época en que se creía sin dificultad en la posibilidad de obtener una claridad y seguridad jurídica absolutas mediante normas exactamente conocidas y sobre todo en la posibilidad de garantizar la absoluta univocidad de todas las decisiones y actos

de los jueces y de las autoridades administrativas. Esta época fue la de la Ilustración. No hace mucho, Bockelmann<sup>135</sup> ha descrito de manera muy exacta la concepción fundamental que la inspiraba: «La aplicación de la ley por parte del juez debe funcionar automáticamente, con la única peculiaridad de que el aparato no posee un automatismo mecánico, sino lógico.» La desconfianza de que eran víctimas los jueces en la época anterior, en que la justicia era arbitraria y de gabinete (es decir, una justicia que estaba sometida a las directivas del soberano), y, por otra parte, la adoración racional de la ley, exigieron el sometimiento estricto del juez a la misma. De esta manera se llegaron a imponer insostenibles prohibiciones de interpretación y de comentario, a suprimir la libertad del juez para fijar la cuantía de la pena (sistema de *peines fixes* en el *Code Penal* de 1791), etc. El juez debía ser el «esclavo de la ley» (Bockelmann)<sup>136</sup>. Esta concepción de la relación entre juez y ley pierde terreno a lo largo del siglo XIX. No sólo se consideró que era irrealizable la exigencia de una estricta vinculación del juez a la ley, porque no es posible concebir las leyes tan exactamente y realizar su interpretación en los comentarios oficiales de una manera tan precisa y exhaustiva como para que se eliminen todas las dudas de la aplicación, sino que también se pensó que aquella exigencia de sometimiento a la ley, a la larga, dejaba de ser ideal. En la medida en que los tribunales de justicia se libraron del poder del soberano y actuaron con objetividad y sentido de justicia en calidad de órganos «independientes», se creyó también poder liberarlos de las riendas de la ley, a fin de que obtuvieran aquella libertad de decisión que necesitaban para dominar la vida en su multiplicidad e imprevisibilidad. No es éste el lugar para presentar en detalle todo este proceso<sup>137</sup>. En la actualidad, el sometimiento de los tribunales y de las autoridades administrativas a la ley no es tan laxo como consideró inevitable y justo, al comienzo de nuestro siglo, la llamada «escuela del derecho libre»; pero se ha relajado en una medida tal, que tenemos que seguir nuestras consideraciones metodológicas por nuevos caminos.

El principio de legalidad de la justicia y de la administración permanece inalterable en sí. Ya conocemos el artículo 20, párrafo 3.º, de nuestra Ley fundamental, que determina la sumisión a

la ley del poder ejecutivo y de la administración de justicia. Pero las leyes mismas están estructuradas de tal manera en todas las ramas del derecho, que el juez y los funcionarios de la administración no pueden encontrar y fundamentar sus decisiones mediante subsunción en conceptos jurídicos fijos cuyo contenido pueda ser descubierto a través de la interpretación, sino que están llamados a formular valoraciones independientemente, y de esta manera, a decidir o actuar como si fueran legisladores. Esto mismo sucederá en el futuro, pues siempre se tratará de la mayor o menor vinculación a la ley<sup>138</sup>. Consideramos, por consiguiente, más de cerca la formación del pensamiento jurídico cuando la vinculación a la ley es laxa, cuando en este sentido nos encontramos con el llamado «derecho equitativo» (*ius aequum*), en oposición al «derecho estricto» (*ius strictum*).

El punto de partida de nuestras nuevas consideraciones tiene que ser la metodología de la legislación misma, partiendo del supuesto de que exista un relajamiento de la vinculación de los tribunales y de las autoridades administrativas a la ley. Aquí encontramos hoy diferentes formas de expresión legal, las cuales tienen como consecuencia que quien aplica la ley adquiere mayor independencia frente a ella. Distinguimos como formas de este tipo: los conceptos jurídicos indeterminados, los conceptos normativos, los conceptos de libre interpretación y las cláusulas generales. Desgraciadamente, la terminología no es unitaria. También intervienen en ella problemas que no nos interesan demasiado, tales como los de la impugnabilidad de las decisiones judiciales y de los actos administrativos mediante procedimientos jurídicos. Aquí no podemos ni queremos otra cosa que presentar las diferentes formas del «relajamiento» legal, tal como conviene a nuestro problema metodológico.

1) Por *concepto indeterminado* entendemos un concepto cuyo contenido y alcance es en gran medida incierto. Dentro del derecho son poco frecuentes conceptos absolutamente determinados. Sin embargo, habrá que contar entre éstos los conceptos numéricos que se utilizan en el derecho (especialmente aquellos que están vinculados con los conceptos de medida, tiempo y dinero: 50 kilómetros, plazo de 24 horas, 100 marcos). La mayoría de los concep-

tos jurídicos son, al menos parcialmente, indeterminados. Esto es aplicable, por ejemplo, a algunos conceptos naturales adoptados por el derecho, tales como «oscuridad», «descanso nocturno», «ruido», «peligro», «cosa». Y es aplicable aún en mayor medida a los conceptos jurídicos propiamente dichos, tales como «asesinato», «antijuridicidad», «crimen», «acto administrativo», «negocio jurídico», etc. Siguiendo a Philipp Heck<sup>139</sup>, puede distinguirse con respecto a los conceptos indeterminados entre un «núcleo conceptual» y un «campo conceptual». Cuando queremos conocer claramente el contenido y el alcance de los conceptos actuamos con «núcleos conceptuales». Donde se presentan dudas, comienza el «campo conceptual». Es evidente que en una noche sin luna, a las doce, en pleno campo no iluminado, hay oscuridad; pero, por ejemplo, las horas del crepúsculo provocan dudas. No existe confusión en el hecho de que los inmuebles, los muebles y los alimentos son «cosas». Distinta es, sin embargo, la situación cuando se trata de la electricidad o de una estela de humo (publicidad aérea) en el cielo. Es indudable que después del nacimiento de un hijo de padres humanos existe una «persona» en el sentido jurídico, pero no es tan fácil saber si durante el parto (cuando comienzan a producirse los dolores) existe un «hombre» (y no simplemente un «feto»); las diferentes ramas del derecho dan distinta respuesta a esta cuestión: según el derecho civil, tenemos una persona «jurídicamente capaz» sólo después que el nacimiento haya tenido lugar, en tanto que según el criterio penal ya durante el «nacimiento» (pero ¿a partir de qué momento?) tenemos una «persona» que puede ser objeto de asesinato o de muerte culpable. Mas los conceptos indeterminados pueden presentarse no sólo en los llamados «supuestos de hecho» de la proposición jurídica, sino también dentro de la «consecuencia jurídica». Un ejemplo lo ofrece el artículo 231 del Código procesal penal: el presidente del tribunal puede «adoptar las medidas adecuadas» para impedir la fuga del acusado una vez que éste ha hecho su aparición en el juicio [55].

[55] Art. 684 de la Ley de Enjuiciamiento criminal: «El presidente tendrá todas las facultades necesarias para conservar o restablecer el orden en las sesiones y mantener el respeto debido al tribunal y a los demás poderes públicos, pudiendo corregir en el acto con multa de 25 a 250 ptas. las infrac-

2) Muchos conceptos indeterminados son también, en un sentido que habría que dilucidar más de cerca, «conceptos normativos»<sup>140</sup>. Estos conceptos se colocan frente a los conceptos «descriptivos», es decir, frente a aquellos que hacen referencia «descriptiva» a objetos reales o seudorreales<sup>141</sup>, y objetos que son fundamentalmente perceptibles y de alguna manera objeto de la experiencia: «hombre», «muerte», «cohabitación», «oscuridad», «rojo», «velocidad», «intención». Como se ve, entre los conceptos descriptivos se encuentran también muchos conceptos indeterminados. Pero esto no significa que todos los conceptos indeterminados sean al mismo tiempo «normativos». En gran medida, los conceptos normativos son a menudo indeterminados, y ofrecen, por consiguiente, muchos ejemplos significativos de indeterminación y también de la inseguridad y de la relativa libertad existente en la aplicación de la ley. ¿Qué debemos, pues, entender por conceptos «normativos»? Desgraciadamente, la idea de «concepto normativo» no es en sí misma «unívoca». Si se piensa que cada concepto jurídico es elemento constitutivo de una norma jurídica y que a través de ella recibe sentido y contenido, tendríamos verdaderamente que considerar «normativo» a todo concepto jurídico (y dentro del «supuesto de hecho legal», a toda característica del supuesto de hecho), lo que, por otra parte, ya ha sucedido también (Erik Wolf)<sup>142</sup>. Pero en este caso los conceptos «descriptivos» a que anteriormente nos referimos serían en realidad conceptos «normativos», pues los conceptos de «persona», «muerte», «oscuridad» tienen en cuanto conceptos jurídicos una significación peculiar,

ciones que no constituyan delito o que no tengan señalada en la ley una corrección especial. El presidente llamará al orden a todas las personas que lo alteren y podrá hacerlas salir del local, si lo considerare oportuno, sin perjuicio de la multa a que se refiere el artículo anterior. Podrá también acordar que se detenga en el acto a cualquiera que delinquire durante la sesión, poniéndole a disposición del Juzgado competente. Todos los concurrentes al juicio oral, cualquiera que sea la clase a que pertenezcan, sin excluir a los militares, quedan sometidos a la jurisdicción disciplinaria del presidente. Si turbaren el orden con un acto que constituya delito serán expulsados del local y entregados a la autoridad competente.» Se entiende que la autoridad del presidente se extiende sobre el acusado para impedirle la fuga.

que puede distinguirse perfectamente de la que poseen los correspondientes conceptos biológicos, teológicos o físicos. Pero cuando se habla de conceptos jurídicos normativos, a diferencia de conceptos descriptivos, habrá que referirse a algo específico, a algo diferente de la mera pertenencia al sistema de las normas jurídicas, o bien a las características de los supuestos de hecho. (Esta pertenencia es propia de cada concepto jurídico. Ella produce lo que podríamos llamar «relación valorativa», es decir, la relación del contenido y del alcance de cada concepto jurídico con las específicas ideas valorativas de carácter jurídico.) Sin embargo, están divididas las opiniones acerca de dónde hay que buscar los conceptos jurídicos normativos en sentido estricto (a diferencia de los conceptos jurídicos descriptivos), ya que aquí se trata en cierta medida de cuestiones de preferencia terminológica. Queremos destacar los diferentes conceptos de lo «normativo» para finalmente dar preferencia a uno de ellos. Se puede entender por conceptos jurídicos «normativos» aquellos que en oposición a los conceptos descriptivos apuntan a datos que no son simplemente perceptibles o experimentables, sino sólo ser imaginados y comprendidos en conexión con el mundo de las normas<sup>143</sup>. Puedo imaginar los conceptos descriptivos de «persona», «muerte» y «oscuridad» como simples conceptos de la experiencia, aun cuando contengan una referencia al valor; es decir, aun cuando su contenido y su alcance estén determinados por las normas jurídicas. Por el contrario, el que una cosa sea «ajena» y, por consiguiente, objeto posible de un robo o de una apropiación indebida o de un daño objetivo significa que «pertenece» a una persona distinta del autor. Con esto se presupone lógicamente el orden de la propiedad, tal como está expresado en el Código civil, como un complejo normativo. Yo no puedo imaginar que una cosa es «ajena» sin pensar al mismo tiempo en las normas de la propiedad. También tienen un sentido de contenido normativo (y no sólo de relación valorativa) conceptos jurídicos tales como «matrimonio», «embarazo», «funcionario», «menor de edad», «inmoral», «sin antecedentes penales», «deshonesto», «vil» y otros similares, que en conjunto reafirman su contenido de sentido en alguna norma, proceda ésta del derecho, de la moral o de algún otro campo de la cultura. Con esto no queremos decir

que los conceptos jurídicos normativos así defendidos tengan que ser absolutamente indeterminados. Los conceptos como «matrimonio» y «menor de edad» son relativamente determinados, pues los presupuestos de su aplicación están descritos en forma bastante exacta. Existe también la posibilidad de definir estos presupuestos mediante características descriptivas, por ejemplo, declarar «menor de edad» a aquel que no ha cumplido los veintiún años. A causa de esta reducibilidad a características descriptivas, el sentido de lo normativo puede parecer a alguno insuficientemente específico. La verdadera significación de lo «normativo», que al mismo tiempo es la segunda y preferible significación de lo normativo en sentido estricto, podría encontrarse en que siempre se necesita una valoración para poder aplicar un concepto normativo al caso concreto. Mediante criterios descriptivos es posible comprobar si alguien es casado o menor de edad; por el contrario, sólo sobre la base de una valoración lo es decidir si una convicción es «deshonesta», o un motivo «vil», o un escrito «inmoral», o una representación «blasfema» (piénsese con respecto a esto en el famoso cuadro de George Grosz que presenta a Cristo en la cruz con la máscara de gas y botas de soldado) (cf. Tribunal del Reich en asuntos penales, 64, pp. 121ss). A los conceptos normativos de este tipo se les llama «conceptos que necesitan un contenido valorativo». Con estas terribles palabras se quiere significar que el volumen normativo de estos conceptos tiene que ser llenado con valoraciones en cada caso concreto. Quede por ahora abierta la cuestión de saber si se trata de una valoración subjetiva y personal de quien aplica el derecho o si hay que buscar conexión con valoraciones de la «generalidad» o de una «clase dirigente» dadas de antemano. Por el momento, el término «valoración» deberá indicarnos tanto la propia valoración individual como la realización ulterior de valoraciones extrañas. De una u otra manera, la valoración en todas las reglas está sujeta a una indeterminación que hace aparecer a los conceptos normativos como una clase especial de los conceptos indeterminados.

3) La peculiaridad de la valoración personal de que acabamos de hablar parece a primera vista la nota característica de una clase especial de conceptos que igualmente sirven para el «relajamiento»

de la vinculación legal, es decir, de los conceptos de libre apreciación, tan discutidos en la actualidad. El «libre criterio judicial» y el «libre criterio administrativo»<sup>145</sup> ¿significan acaso otra cosa que el criterio personal del juez o del funcionario administrativo? Pero el concepto de libre apreciación se cuenta entre los más equívocos y difíciles de la teoría del derecho. Las dificultades se agudizan y adquieren especial importancia debido a que la teoría del criterio libre se ha transformado al mismo tiempo en la piedra angular del derecho procesal. Se trata aquí de la importante cuestión de si las decisiones de libre apreciación de las autoridades administrativas pueden ser examinadas y corregidas por los tribunales de justicia y si las decisiones de libre apreciación de los tribunales pueden ser modificadas por tribunales superiores. El Tribunal Administrativo federal tenía que decidir en 1954 si la denegación de una autorización a una persona que había solicitado permiso para actuar como taxista lo había sido justa o injustamente. Se trataba de si la autorización para actuar como taxista estaba de acuerdo o en contra de los «intereses del tránsito público» (artículo 9 de la Ley de Transportes públicos) [56]. En este caso, el Tribunal Administrativo federal expresó: los intereses del transporte público exigen que «el tipo y cantidad de los medios de transporte que sirven a las necesidades del transporte público sean determinados mediante planificación y dirección de la autoridad». «La decisión de si en un caso particular los intereses del transporte público han sido satisfechos suficientemente se realiza según los puntos de vista de la política y la economía del transporte público. Por consiguiente, se encuentran dentro del criterio libre de la administración. Ante el concepto "intereses del transporte público" fracasan los criterios objetivos y los principios empíricos.» Especialmente, la cuestión «de con qué medios de transporte deben ser satisfechos los intereses del transporte público, si con la instalación o eliminación de tranvías o líneas de transporte especiales», debe ser resuelta según «la libre decisión de las autoridades administra-

[56] La autorización para actuar como taxista depende de la autoridad municipal. Según el art. 101 de la Ley de Régimen local, es de competencia municipal lo referente a los transportes, ya sean terrestres, marítimos, fluviales, aéreos o subterráneos.

tivas». No se trata aquí de una «cuestión jurídica». Por tanto, los tribunales administrativos no son competentes para hacer consideraciones acerca del número de taxis que en cada municipio son necesarios y suficientes para llenar las necesidades del transporte público teniendo en cuenta los medios de transporte existentes. Únicamente tienen que cuidar de que las autoridades administrativas en las decisiones que deban tomar al respecto no cometan ningún error de apreciación<sup>146</sup>. Con esto último queremos decir que el *détournement de pouvoir*, el «mal uso de la libre apreciación» o la «extralimitación del poder», está sometido al examen judicial<sup>147</sup>. El Tribunal Administrativo, por ejemplo, puede dejar sin efecto un acto administrativo que haya sido realizado, evidentemente, sin fundamentos objetivos. Pero ahora nuestra tarea no es adentrarnos en el problema del examen judicial de los actos administrativos y discutir la justicia de la decisión que acabamos de citar, sobre la que, por otra parte, hay opiniones divergentes de los tribunales supremos administrativos de los distintos estados federales<sup>148</sup>. Sólo queríamos dar un ejemplo que iluminara la problemática de la apreciación libre administrativa en el sentido de «examen posterior». Por lo que se refiere a la «libre apreciación judicial», aparece íntimamente vinculada a él la cuestión de saber si la justicia de las decisiones de criterio libre adoptadas por tribunales inferiores pueden ser examinadas nuevamente por la instancia de revisión. Esta cuestión se presenta muy especialmente en los casos de aplicación judicial de una pena. El artículo 185 del Código penal castiga una «injuria» con una pena pecuniaria de 5 a 10.000 marcos o reclusión de un día a seis semanas o prisión de un día a un año [57]. Decidir cuál es la pena adecuada en el caso singular, dentro de estos límites, y determinar su tipo y cuan-

[57] Nuestra legislación penal regula la injuria en los arts. 457ss: «Es injuria toda expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona.» Las penas oscilan entre arresto mayor o destierro y multa de 5.000 a 50.000 ptas. si las injurias son graves, hechas por escrito y con publicidad. Si no concurren estas circunstancias, la pena es de destierro y multa de 5.000 a 25.000 ptas. Las injurias leves se castigan con multa de 5.000 a 10.000 ptas. cuando fueren hechas por escrito y con publicidad.

tía es tarea de la llamada «apreciación del juez del lugar en que ha ocurrido el hecho». ¿Puede impugnarse como jurídicamente injusta, mediante el medio jurídico de la revisión, una decisión de libre apreciación de este tipo que establece la pena en el caso singular? Aquí también hay un principio que afirma que lo característico del criterio libre en la apreciación de la pena es que no puede realizarse ningún examen judicial en la instancia de revisión. Así, por ejemplo, Peters dice en su *Tratado de Derecho procesal penal* (1952) (pp. 519ss): «Del concepto de libre apreciación resulta que, como tal, no puede ser examinado ulteriormente. Libertad significa precisamente decisión personal. Si interviene algún otro, ya no existe libertad alguna. De aquí podemos deducir que en la medida en que la decisión queda encomendada a la libre apreciación no es posible un examen ulterior por parte de los tribunales superiores.» En la medida en que se respeten en la condena de la conducta punible los límites de la pena, el fin de la misma y los puntos de vista valorativos, no existe ninguna «extralimitación del poder» y ningún «mal uso de la valoración», y el juez penal se mueve dentro del ámbito de la libre estimación. «La actividad judicial que aquí se realiza es irrevisable.» «En lo esencial, la aplicación penal sigue siendo cuestión del juez del lugar donde ha ocurrido el hecho.» Nuevamente aparece aquí la conexión entre el concepto de libre apreciación y la problemática procesal.

Sin embargo, podemos prescindir aquí de estas conexiones procesales y confiar su análisis detallado a la teoría y a la *praxis* del derecho administrativo y procesal. Lo que nos interesa ahora es el aspecto metodológico. Pero en este caso se trata de la cuestión de si junto con los conceptos indeterminados y normativos tratados en 1) y 2) podemos reconocer aún conceptos de apreciación libre, específicos, que condicionen y exijan una especial posición y actitud de los funcionarios administrativos o del juez. En realidad, la indeterminación y la normatividad por sí solas no hacen que un concepto sea concepto de apreciación libre. Es necesario agregar todavía algo más si es que ha de tener sentido la aceptación de conceptos específicos de este tipo. Para esto es necesario interpretar la apreciación libre en el sentido de que la opinión personal de quien ha de formularla ha de tener validez inconstra-

table. Tal es el concepto de libre apreciación que han acuñado para el derecho administrativo, por ejemplo, Rudolf Laun, Walter Jellinek y Ernst Forsthoff. Cuando se concede estimación libre a los órganos del poder ejecutivo, éstos quedan «autorizados para determinar, según la propia opinión obligatoria y según su propio querer obligatorio, cuál deba ser el fin inmediato y próximo de su actuación» (Laun)<sup>149</sup>. Referido al concepto de apreciación libre de los «intereses públicos», esto significa: «Aquello que las autoridades consideran que es el interés público es realmente, desde el punto de vista jurídico, el interés público»<sup>150</sup>. Dicho de otra manera: «Si podemos admitir que según la voluntad de la ley dos posibilidades opuestas y contradictorias entre sí son igualmente jurídicas, y que, por consiguiente, la autoridad puede elegir entre A o no-A, sin actuar arbitrariamente en ninguna de las dos alternativas..., el criterio es entonces libre»<sup>151</sup>. Según Jellinek, es característico del criterio libre el que «la concepción personal del funcionario administrativo sea la que decide». Más aún, casos similares pueden en este sentido ser juzgados y decididos de diversa manera por diferentes funcionarios, sin que esto signifique una violación del derecho. «Esta plurivocidad querida por el legislador» es inmanente a la libre estimación<sup>152</sup>. Forsthoff dice que apreciación libre significa «un marco de posibilidades para la acción y para la decisión, la elección entre dos tipos de conducta igualmente posibles... El derecho positivo no da preferencia a ninguno de estos tipos de conducta»<sup>153</sup>. Es indudable que en nuestro derecho existe un criterio libre de este tipo, y no cabe duda que, por ejemplo, un profesor universitario puede ser elegido y nombrado, de acuerdo con una lista de propuestas (generalmente una «terna»), por el ministro de Educación según su libre apreciación. El ministro tiene en este caso libertad de elección para designar bien a una ilustre personalidad científica, bien a un miembro del claustro universitario que tenga la capacidad suficiente o —cuando se trate del director de una clínica universitaria— a un excelente terapeuta o a un organizador eficiente. El ministro de Educación está autorizado para determinar, según su leal opinión, cuál debe ser el «fin próximo e inmediato» de su acción. (Por otra parte, Jellinek añade con razón a esta fórmula de Laun que el cri-



terio libre puede no sólo referirse «al fin», sino también a los medios; *l. c.*, p. 35). En este caso no es necesario buscar el fundamento del mismo en una definición legal; el criterio libre puede estar basado en el derecho consuetudinario o en la esencia de una institución como es el caso, por ejemplo, del nombramiento de un profesor universitario.

Es evidente que el concepto de «estimación libre» que acabamos de exponer tiene una nota especial. Aquí no se trata simplemente de indeterminación y valoración, sino de valoración personal. La opinión a que llega el funcionario encargado de la decisión, quizá después de conflictos internos, y que posee carácter obligatorio es —dentro de ciertos límites— criterio de lo jurídicamente justo<sup>154</sup>. Los verdaderos conceptos de estimación libre constituyen, pues, una categoría especial junto a los conceptos indeterminados y los normativos, o al menos están dentro de los conceptos indeterminados y normativos. Es discutible la cuestión de cuál es la relación de los conceptos de criterio libre con los conceptos indeterminados y normativos y cuándo un concepto puede ser considerado como un verdadero concepto de criterio libre; pero aquí no podemos entrar en estos detalles. Laun ha expresado que el concepto valorativo indeterminado de «interés público» es al mismo tiempo un típico concepto de criterio libre, al igual que la sentencia del Tribunal Administrativo federal del 10 de marzo de 1954, mencionada anteriormente. Por el contrario, Jellinek rechaza la opinión de que la fórmula «interés público» se refiera necesariamente a una apreciación libre<sup>155</sup>. Algunos distinguen entre conceptos indeterminados y conceptos de apreciación libre; otros clasifican estos últimos conceptos dentro de los primeros. Lo mismo sucede con la relación entre conceptos normativos y de libre estimación. Sin embargo, hay que observar que libre apreciación, como ya se señaló, no siempre está vinculada a una autorización legal. Aun cuando evidentemente la apreciación libre está basada conceptualmente en disposiciones legales, yo diría también que se presenta como un subcaso de conceptos indeterminados y normativos. Por otra parte, en ningún caso cabe decir que todos los conceptos indeterminados y normativos sean conceptos de apreciación libre. Los conceptos indeterminados descriptivos no son en ningún caso

conceptos de libre apreciación; las llamadas «características normativas de los supuestos de hecho» no constituyen en nuestro derecho penal conceptos de apreciación libre (p. ej., «inmoral»)<sup>156</sup>. El campo de la libre apreciación es pequeño y está limitado principalmente a la administración. La llamada libre estimación judicial no es tal en una gran medida. Aquí se trata más bien, la mayoría de las veces, de conceptos normativos que en verdad exigen una valoración, pero no una valoración personal, sino una valoración objetivamente válida y unívoca<sup>157</sup>. Pero aquellos conceptos que apuntan a una valoración auténticamente libre son, inevitablemente, al mismo tiempo (dentro de cierto campo de acción), conceptos indeterminados y normativos<sup>158</sup>. Desde luego en este caso también tenemos que contar entre los conceptos normativos los llamados «preceptos facultativos», que implícitamente autorizan a quien aplica la ley para realizar una valoración personal (p. ej., art. 56 del Reglamento de Comercio e Industria: se puede autorizar «a los extranjeros el ejercicio de comercio ambulante») [58]. El «poder» no es aquí ninguna posibilidad fáctica, sino una autorización, y como la autorización hace referencia al mismo tiempo a valoraciones, el poder tiene verdadero carácter normativo<sup>159</sup>.

Creemos haber aclarado plenamente de esta forma la relación que se da entre los conceptos de apreciación libre y los conceptos indeterminados y normativos; sin embargo, aún quedan abiertos varios problemas a los cuales sólo podemos referirnos sin pretender por eso solucionarlos. Acabamos de encontrarnos (observa-

[58] A tenor del art. 27 del Código civil, «los extranjeros gozan en España de los derechos que las leyes civiles conceden a los españoles, salvo lo dispuesto en el art. 2.º de la Constitución del Estado o en tratados internacionales». El art. 15 del Código de comercio establece, por su parte, que «los extranjeros y las compañías constituidas en el extranjero podrán ejercer el comercio en España con sujeción a las leyes de su país en lo que se refiera a su capacidad para contratar, y a las disposiciones de este Código en todo cuanto concierna a la creación de sus establecimientos dentro del territorio español, a sus operaciones mercantiles y a la jurisdicción de los tribunales de la nación. Lo prescrito en este artículo se entenderá sin perjuicio de lo que en casos particulares pueda establecerse por los tratados y convenios con las demás potencias». No obstante, se establecen excepciones a este principio en algunos casos, como, p. ej., en la Ley de Minas y en la constitución de sociedades de seguros.

ción 135) con el problema de si es admisible la distinción entre criterio libre y obligatorio y con el de la equivalencia de esta distinción con la diferencia que existe entre criterio judicial y criterio administrativo. Otro problema es el de si puede ser objeto de apreciación libre cualquier elemento de la proposición jurídica. Es tradicional la distinción entre «libre apreciación del supuesto de hecho» y «libre estimación de las consecuencias jurídicas». Una nueva distinción entre «libre apreciación del juicio» y «libre apreciación de las acciones» concordaría con lo anterior. A veces se ha sostenido la opinión de que la verdadera apreciación libre se refiere, siempre o en la mayoría de los casos, a las consecuencias jurídicas<sup>160</sup>. Esto conviene, por ejemplo, al caso que acabamos de citar del «precepto facultativo» contenido en el párrafo 56 del Reglamento de Comercio e Industria o a la autorización para determinar el tipo y la cuantía de la pena en la aplicación judicial de la misma, siempre que en esta última se admita verdaderamente la libre estimación. Según esta opinión, la estimación de los supuestos de hecho no constituiría un caso de libre estimación en el verdadero sentido. Sin embargo, queremos mantener en adelante la distinción entre apreciación libre del supuesto de hecho y apreciación libre de las consecuencias jurídicas, es decir, la posibilidad de que tanto en uno como en otro caso se trata de una verdadera apreciación libre. Esto está tanto más justificado cuanto que entre ambos tipos de apreciación existe siempre una conexión interna. El concepto de «interés público» es un concepto de supuesto de hecho en el artículo 9 de la Ley de Transporte de personas por tierra y —según el Tribunal Administrativo federal— un concepto de libre apreciación de los supuestos de hecho. Pero teniendo en cuenta que de la afirmación o negación del «interés público» depende el que se otorgue o deniegue autorización a las empresas de transporte, la consecuencia jurídica también queda sometida al criterio libre de la autoridad competente, o viceversa: allí donde tenemos que actuar con una apreciación libre de las consecuencias jurídicas, está tácitamente presupuesto que —dentro de ciertos límites— los supuestos a partir de los cuales se determina la consecuencia jurídica constituyen una estimación libre de los supuestos de hecho. «A menudo es sólo una cuestión de técnica legal el precisar

si se concede al juez un campo de acción introduciendo un concepto indeterminado en el supuesto de hecho fijado por la ley (un concepto indeterminado de apreciación libre) o configurando la consecuencia jurídica como «precepto facultativo»<sup>161</sup>. Por lo demás, no hay gran diferencia entre decir «resulta necesario y conveniente, desde el punto de vista del interés público, el traslado de un funcionario» o «un funcionario puede ser trasladado en interés del servicio público», aun cuando en la primera formulación habría que hablar de libre valoración del supuesto de hecho y en el último de libre valoración de la consecuencia jurídica.

Siempre será un problema saber dónde y cuándo puede aceptarse la apreciación libre en el sentido que acabamos de describir. Cada vez gana más terreno la opinión de que con respecto a esta cuestión no existe ninguna respuesta general. El criterio libre no corresponde exclusivamente a la administración, puesto que, por ejemplo, la aplicación judicial de la pena, dentro de ciertos límites, puede ser considerada como un acto de libre apreciación, y en el derecho civil, el establecimiento de determinada cuantía de la indemnización pecuniaria, en la obligación de indemnizar daños y perjuicios. Tampoco cabe decir que el criterio libre es siempre o en la mayoría de los casos criterio de libre valoración de la consecuencia jurídica ni que los llamados conceptos normativos que necesitan completación valorativa sean en principio conceptos de criterio libre. Hay que decir en cada caso si los criterios de libre valoración fijados por la ley, ya se encuentren en el supuesto de hecho o en la consecuencia jurídica (más exactamente en la ordenación de la consecuencia jurídica), han de considerarse como otorgamiento de una verdadera apreciación libre, con lo que habría que pensar que depende de quien aplica la ley el encontrar, dentro de ciertos límites, obligatoria y no arbitrariamente, pero sí subjetiva y personalmente, la decisión correcta del caso concreto, según la concepción personal de lo conveniente, de lo necesario y de lo justo. «Sólo una ponderación de los diferentes objetivos e intereses, a cuyo servicio está el precepto legal, puede indicarnos cuándo se ha querido la libertad o la vinculación y cuándo ha de ser decisiva la opinión subjetiva de las autoridades o los criterios objetivos.» «Sólo allí donde los intereses superiores de la comunidad y

del bienestar general exigen la libertad incondicionada de la administración... cabe entender un concepto indeterminado como autorización para actuar según el criterio libre.» En una palabra: corresponde a la «interpretación» de las leyes y de las instituciones el decidir si cabe o no el criterio libre<sup>162</sup>.

4) Los conceptos indeterminados se oponen a los determinados; los conceptos normativos, a los descriptivos; el campo de acción del criterio libre, a la vinculación, al criterio objetivo de lo justo. Si queremos conservar una significación especial para el equívoco concepto de «cláusula general», que no pocas veces encontramos en lugar de los ya citados conceptos de «relajamiento», será conveniente considerarlo como contraconcepto de una configuración «casuística» del supuesto de hecho. «Casuística» es una configuración del supuesto de hecho legal (entendido como conjunto de presupuestos que condiciona la ordenación jurídica de la consecuencia jurídica) que abarca grupos de casos especiales en su específica peculiaridad<sup>163</sup>. Un supuesto de casuística es, por ejemplo, el del artículo 224 del Código penal: si una lesión corporal dolosa trae «como consecuencia que el lesionado pierda un miembro importante, la visión de uno o de ambos ojos, el oído, el habla o la capacidad de engendrar, o quede considerablemente afectado para el resto de su vida, o contraiga una enfermedad mortal o invalidez o enfermedad mental», será castigado con cárcel de hasta cinco años o prisión no inferior a un año [59]. Frente

[59] Las lesiones vienen reguladas en el art. 420 del Código penal, a tenor del cual «el que hiere, golpear o maltrata de obra a otro será castigado como reo de lesiones graves: 1.º Con la pena de prisión mayor si de resultas de las lesiones quedare el ofendido imbecil, impotente o ciego; 2.º Con la de prisión menor y multa de 5.000 a 10.000 ptas. si de resultas de las lesiones el ofendido hubiere perdido un ojo o algún miembro principal, o hubiere quedado impedido de él, o inutilizado para el trabajo a que hasta entonces se hubiere habitualmente dedicado; 3.º Con la pena de prisión menor si de resultas de las lesiones el ofendido hubiere quedado deforme o perdido un miembro principal, o quedado inutilizado de él, o hubiere estado incapacitado para su trabajo habitual o enfermo por más de noventa días; 4.º Con la de arresto mayor y multa de 1.000 a 5.000 ptas. si las lesiones hubiesen producido al ofendido enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de treinta días...». Este artículo, de sentido e incluso de expresión muy semejantes al del Código alemán, contiene también un supuesto de hecho

a esta disposición habría que considerar como «cláusula general» la primera parte del artículo 260 del proyecto de 1930: «Si el lesionado es dañado seriamente en su cuerpo o en su salud...» Por cláusula general tenemos que entender una redacción expresiva de los supuestos de hecho que abarca con gran generalidad un campo de casos y las señala su correspondiente tratamiento jurídico. Un trabajo de H. Nipperdey sobre la *Cláusula general en la futura regulación jurídica de las acciones ilícitas* (1940) comienza con la significativa frase: «En la regulación de las acciones ilícitas son posibles, cuando se trata de la responsabilidad por culpa propia, dos sistemas de regulación legal.» O bien se enumeran conjuntamente los diferentes supuestos de hecho del delito que deban tener como consecuencia la indemnización (como es más o menos el caso de los arts. 823-825 de nuestro Código civil), o bien se crea un supuesto de hecho unitario de la acción no permitida. En este caso, en lugar de la enumeración casuística aparece la cláusula general que se refiere a la intromisión arbitraria y culpable en los intereses de un tercero. Una diferencia semejante se encuentra en la ley contra la competencia desleal. Casuísticamente actúa el artículo 3, que vincula el deber de omisión a los siguientes supuestos de hecho: «Quien en anuncios públicos... sobre la situación económica, especialmente sobre la calidad, origen, tipo de fabricación o cálculos de precios de mercancías o de servicios..., proporciona datos falsos que pueden producir la impresión de una oferta especialmente favorable...» [60]. Por el contrario, el artículo 1.º de

casuístico. Hay que considerar, en cambio, como cláusula general el supuesto de hecho del artículo 453 del Código penal: «Es calumnia la falsa imputación de un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio»; también el del art. 407: «El que matare a otro será castigado como homicida...»

[60] Ejemplo de cláusula general: «Se entiende por competencia ilícita toda tentativa de aprovecharse indebidamente de las ventajas de una reputación comercial o industrial...» Ejemplo de enumeración casuística: «Se consideran como hechos constitutivos de competencia ilícita: A) La imitación de muestras o rótulos...; B) La imitación de los embalajes...; C) Escojer, como razón social, un lema en el que está indicado el nombre de una localidad conocida por la existencia de un reputado establecimiento» (arts. 131 y 132, respectivamente, de la ley de 16 de mayo de 1902 sobre propiedad industrial).

esta ley establece una cláusula general: «Quien en la vida comercial realice acciones con fines competitivos que atenten contra las buenas costumbres...» También es famosa la diferencia entre los métodos de enumeración casuísticos y la cláusula general que recoge el derecho administrativo al regular la licitud de la administrativa. En el primer caso se enumeran los grupos de casos singulares en los que puede intervenir la justicia administrativa, en tanto en el segundo la apelación al tribunal administrativo está permitida por medio de una cláusula general [p. ej., art. 22 de la ley n. 39 del 25-9-46 acerca de la justicia administrativa en Baviera: «El tribunal administrativo decide de la impugnación de las disposiciones de las autoridades administrativas y de otros actos administrativos (*Anfechtungssachen*), así como de otros litigios de derecho público (litigios entre las partes) en tanto la decisión no corresponda a un tribunal administrativo especial o a un tribunal de arbitraje o a los tribunales civiles»]. Esta es una típica cláusula general.

Desde luego, la diferencia entre el método casuístico y el de la cláusula general es relativa. Dentro del artículo 224 del Código penal, ya citado, la primera parte del supuesto de hecho («un miembro importante del cuerpo») se destaca frente a los otros elementos del supuesto de hecho como si fuera una cláusula general, a pesar de que el supuesto de hecho total del artículo 224, en comparación con el artículo 260 del proyecto de 1930, es casuístico. Por otra parte, la misma cláusula general del artículo 260 del proyecto de 1930 es relativamente casuística si se la compara con una disposición que la Junta gubernativa de Munich dictó en la primavera de 1919: «Será castigado todo atentado contra los principios revolucionarios. El tipo de la pena queda confiado a la libre iniciativa del juez»<sup>164</sup>. Semejantes cláusulas penales de carácter general no están bien vistas en el Estado de derecho. Son inconciliables con el principio *nullum crimen sine lege*, que hace indispensable una cierta casuística.

Pero debemos abstenernos aquí de examinar las cláusulas generales singulares de nuestro orden jurídico y de examinar críticamente en cada caso si aquí o allí tenemos verdaderamente una cláusula general en el sentido expuesto. Tienen especial importan-

cia desde luego aquellas cláusulas generales que condenan los atentados contra «las buenas costumbres», tal como el ya citado artículo 1.º de la ley de competencia de 1909, o el artículo 826 del Código civil («quien causa dolosamente daños a un tercero en una forma que atente contra las buenas costumbres está obligado a indemnizar el daño»), o el artículo 226a del Código penal («quien realiza una lesión corporal con consentimiento del lesionado sólo realiza una acción ilícita cuando esa acción, no obstante el consentimiento, viola las buenas costumbres») <sup>165</sup> [61].

Por otra parte, los ejemplos presentados hasta ahora nos enseñan que las cláusulas generales y el método casuístico no siempre se excluyen recíprocamente dentro de una rama del derecho, sino que pueden complementarse. La cláusula general del artículo 1.º de la ley contra la competencia desleal se encuentra también junto con el artículo casuístico n. 3 de la misma ley; los artículos 823-825 del Código civil, relativamente casuísticos, están complementados por la cláusula general del artículo 826 del mismo Código. Una vinculación verdaderamente recomendable entre el método casuístico y la cláusula general es el llamado «método ejemplificante» <sup>166</sup>. Lo encontramos en el varias veces mencionado artículo 260 del proyecto de ley penal de 1930, que hasta ahora sólo habíamos citado en forma incompleta. A la cláusula general «si el lesionado es dañado gravemente en su cuerpo o en su salud» se agrega ahora una enumeración casuística de ejemplos: «Si es mutilado en forma considerable, desfigurado para siempre de una manera que llame la atención o afectado considerablemente en el uso de su cuerpo, sus sentidos, su capacidad mental o de trabajo, para siempre o por un largo tiempo...»

Ahora tenemos que preguntarnos en qué relación se encuen-

[61] Nuestra legislación se refiere frecuentemente a la moral y a las buenas costumbres: «Las condiciones imposibles, las contrarias a las buenas costumbres y las prohibidas por la ley anularán la obligación que de ellas dependa» (art. 1.116 del Código civil). «Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público» (art. 1.255 del Código civil). Otros ejemplos se encuentran en los arts. 1.271, 1.275 y 1.316 del Código civil.

tran las «cláusulas generales» con los conceptos indeterminados, los conceptos normativos y los conceptos de libre apreciación. ¿Tienen alguna significación especial? Tenemos que convenir en que esto sucede sólo bajo ciertas condiciones. Desde luego, no todo concepto indeterminado, normativo o discrecional es una cláusula general, pues ésta tiene, como ya vimos, una cierta generalidad de que carecen los otros conceptos (así, el art. 224 del Código penal, que es completamente casuístico, contiene tanto conceptos normativos como indeterminados). Pero ¿no es posible acaso que las cláusulas generales constituyan sólo un sector caracterizado por una relativa generalidad, dentro del círculo de los otros conceptos? Desde luego, nosotros no podemos afirmar que toda cláusula general sea al mismo tiempo indeterminada o normativa, tenga por objeto un criterio libre o sea todo esto simultáneamente. Es posible concebir como supuesto de hecho general del riesgo una cláusula general que en cierta medida sea determinada, se sirva de conceptos descriptivos y no prescindir de la concepción personal de quien aplica la ley; por ejemplo: «quien dolosamente ponga a una persona en peligro de muerte». Sin embargo, prácticamente tan sólo podemos tomar en consideración aquellas cláusulas generales que por lo menos sean simultáneamente indeterminadas y normativas, pero no cabe decir que las cláusulas generales sean, simultáneamente, la mayoría de las veces, cláusulas de criterio libre (lo que sucede más bien es precisamente lo contrario: las cláusulas generales no contienen ninguna delegación de apreciación libre, pues apuntan a valoraciones objetivamente válidas; esto puede aplicarse, por ejemplo, al artículo 1.º de la ley contra la competencia desleal, al artículo 826 del Código civil y al 226 del Código penal). ¿No tenemos que aceptar por lo menos que las cláusulas generales queden absorbidas por los conceptos normativos indeterminados u ocasionalmente también por los conceptos de libre apreciación? En realidad, las cláusulas generales no poseen, desde el punto de vista metodológico, ninguna estructura peculiar. No exigen ningún proceso mental especial, aparte de que requieren los conceptos indeterminados, normativos y discrecionales. En todo caso, las cláusulas generales aumentan la distancia de aquellos otros conceptos frente a sus conceptos correlativos: los conceptos determinados,

etcétera. Pero ésta sería sólo una diferencia de grado, no de tipo. La verdadera significación de las cláusulas generales reside en el campo de la técnica legislativa. Gracias a su gran generalidad permiten someter adecuada e íntegramente un grupo mayor de situaciones de hecho a una misma consecuencia jurídica. La casuística está siempre expuesta al peligro de dominar la materia jurídica sólo fragmentaria y provisionalmente. Este peligro se evita con la aplicación de cláusulas generales. Pero en este caso hay que aceptar otros riesgos. En este lugar no podemos examinar más de cerca los inconvenientes y ventajas de las cláusulas generales. En los últimos tiempos, éstas han sido objeto de numerosos estudios<sup>167</sup>; y aquí no debemos confundir las ventajas y riesgos inmanentes a las cláusulas generales como tales con aquellos que les corresponden por ser al mismo tiempo indeterminadas, normativas o de criterio libre.

Tenemos que considerar ahora las consecuencias que tiene para el pensamiento jurídico la existencia de diferentes tipos de conceptos de «relajamiento», es decir, los conceptos del derecho equitativo (*ius aequum*). En cuanto todos estos conceptos están confinados dentro de límites legales, la determinación de estos límites no es otra cosa que interpretación de la ley. Por eso en la mayoría de los casos es una simple interpretación de la ley la que hace posible la determinación del marco dentro del cual ha de fijarse la cuantía de la pena. Es además un acto de interpretación de la ley el encontrar los puntos de vista desde los cuales debe aplicarse la pena conforme a la ley. Cuando el artículo 27b del Código penal permite aplicar una pena pecuniaria en lugar de una pena de privación de libertad de breve duración, siempre que el «fin de la pena pueda alcanzarse mediante una pena pecuniaria» [62], o cuando el artículo 27c del Código penal prescribe «tener en cuenta la situación económica del autor en la determinación de la pena

[62] En nuestro derecho es más bien la privación de libertad la que tiene carácter subsidiario respecto de la pena. El art. 91 del Código penal dice que «si el condenado no satisficiera la multa impuesta quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria, que el tribunal establecerá según su prudente arbitrio... El cumplimiento de esta responsabilidad subsidiaria extingue la obligación de pago de la multa, aunque el reo mejore de fortuna».

pecuniaria» [63], es, evidentemente, tarea de la interpretación de la ley el dilucidar más de cerca estos puntos de vista que cabe adoptar en la aplicación de la ley (¿Qué quiere decir «fin de la pena»? ¿Qué debe entenderse por «situación económica»? ). Como ya vimos, el acto de interpretación de la ley consiste en preguntarse si los conceptos normativos que existen en la ley constituyen criterios valorativos objetivos o autorizaciones para una valoración propia, o conceptos de un criterio «vinculado» o de un criterio verdaderamente libre. Aquí aparecen por todos lados principios de la interpretación que fueron expuestos en el capítulo anterior.

Por consiguiente, sólo necesitan un análisis especial aquellos razonamientos que exigen —dentro del marco de las prescripciones legales puestas en claro por la interpretación— una decisión complementaria, especialmente una valoración por parte del encargado de aplicar la ley. Naturalmente, mientras tratamos de los conceptos indeterminados descriptivos no nos apartamos aún de las bases de la interpretación y de la subsunción, estrechamente vinculadas con aquéllos. Con razón dice Forsthoff<sup>168</sup> que «la utilización de conceptos puramente empíricos es... interpretación». El hecho de que los conceptos empíricos sean a menudo indeterminados (p. ej., «nocturnidad», «oscuridad») puede dificultar la interpretación en los casos concretos y la subsunción que en ella se basa, obligando a quien aplica el derecho a hacer una reflexión especial; en estos casos nadie podrá decir que el juez es «la boca que repite sólo las palabras de la ley» (Montesquieu) y que la aplicación de la ley sea un proceso automático que funciona mecánicamente (véase p. 138). Sin embargo, lo que aquí interesa es una mera interpretación y subsunción en el sentido que antes hemos

[63] En nuestra legislación se toma también en cuenta la situación económica del autor del delito para fijar la pena. El art. 90 del Código penal establece que «el pago de la multa podrá hacerse en el tiempo que el tribunal determine, bien inmediatamente o dentro de los quince días de impuesta la condena. Cuando el multado carezca de recursos, el tribunal podrá autorizarle para que satisfaga la suma impuesta en plazos, cuyo importe y fecha serán fijados teniendo en cuenta la situación del reo». Análogas disposiciones contienen los arts. 148, 174, 223 y 253 del Código penal.

examinado. Interpretación y subsunción se presentan a menudo precisamente como actos creadores.

Pero el pensamiento jurídico adquiere una nota completamente nueva cuando consideramos los conceptos normativos. Desde luego, en estos conceptos normativos existe también una cierta equivocidad que ahora adquiere importancia. Existe diferencia entre el supuesto de que la «normatividad» sólo signifique que el concepto en cuestión presupone, en virtud de un propio sentido, la existencia de normas (minoría de edad, matrimonio, funcionario, etc.), y el de que la normatividad tenga «necesidad de complementación valorativa». En el primer caso, la aclaración del concepto conduce nuevamente a la interpretación; su aplicación en los casos singulares, a la subsunción. Por el contrario, en los otros casos aparece algo que es verdaderamente nuevo: la valoración de quien aplica el derecho. Ahora sólo nos ocuparemos de la normatividad como necesidad de complementación valorativa.

Desde luego ya hemos dicho que la valoración que aquí consideramos no ha de ser necesariamente una valoración eminentemente personal de quien aplica el derecho. Cabe afirmar también que quien aplica el derecho tiene que buscar y examinar valoraciones ya existentes de la mayoría o de un determinado círculo, en especial valoraciones ya existentes de una clase «dirigente» y «dominante». En este sentido hablamos de valoraciones «objetivas». Que el dedo índice sea un «miembro importante del cuerpo»; que las luchas de boxeo y las lesiones que traen consigo sean conciliables con las «buenas costumbres»; que la relación sexual entre novios sea una «inmoralidad»<sup>169</sup>; que una representación pictórica sea «blasfema» o, al menos, «ofenda» a la Iglesia cristiana (Cristo con la máscara de gas); que un cónyuge, mediante ofensas al otro cónyuge debido a excesos alcohólicos o a frecuentes violaciones a la fidelidad matrimonial, cometa faltas conyugales «graves» que impliquen «perturbación culpable del matrimonio», todas son cuestiones que la ley no quiere solucionar mediante una valoración eminentemente personal del juez. La ley opina en este caso que existen concepciones morales fundamentales que deben guiar al juez. «Son decisivas las circunstancias del caso concreto, contem-

pladas desde el punto de vista de las concepciones del respectivo ambiente social» (Schönke-Schröder) <sup>170</sup>. En este caso, naturalmente, los «respectivos ambientes sociales» sólo pueden ser aquellos cuyo juicio confiere vigencia al orden jurídico estatal respectivo. Si el mismo juez se encuentra dentro de este círculo, también puede, desde luego, consultar su propia sensibilidad moral. En este caso deberá considerar si su propia concepción no es demasiado exclusiva. Si el juez se sabe fuera del ambiente social competente (si, p. ej., es completamente indiferente desde el punto de vista religioso o si para él los placeres de la masa entusiasmada por el deporte significan una desagradable manifestación plebeya) no interesa su punto de vista eminentemente personal, sino más bien lo que en el medio ambiente en cuestión se piensa o se siente. Por eso el Tribunal del Reich (tomo 64, pp. 121ss) planteó con razón, en la famosa sentencia sobre el cuadro de George Grosz (Cristo con la máscara de gas), la cuestión de qué efectos podría despertar en el «sentimiento religioso de aquellos miembros de la Iglesia cristiana que mantienen una posición equidistante entre la indiferencia y la exagerada susceptibilidad». Si llegara a tratarse finalmente de cuestiones éticas fundamentales, el juez no puede dejar de tener en cuenta aquello que se llama «ley moral objetiva» y que el legislador reconoce y presupone como válida. De acuerdo con esto, el Tribunal Federal ha declarado en su instructiva sentencia sobre la cuestión de la relación sexual entre novios (tomo 6, pp. 46ss) que en el caso del «concepto de inmoralidad» que exige valoración y en la remisión que en él se hace a un «círculo de normas metajurídico-penales» se trata no sólo de una referencia a «opciones o formas de conducta cambiantes de partes del pueblo también cambiantes», sino a un mandato de la moral, de la ley moral, ya que el mandato de moralidad sexual no es «un mandato basado en las simples costumbres, la simple convención». «Las normas de la ley moral valen por sí mismas; su [fuerte] obligatoriedad descansa en el orden de los valores que no está dado y que debemos aceptar, al que se agregan nuevas disposiciones, y en el orden de las proposiciones de deber ser que rigen la vida humana en común; valen aun cuando aquellos a quienes se dirigen con la

pretensión de ser cumplidas no las cumplan o reconozcan; su contenido no puede, por consiguiente, variar cuando las concepciones sobre los valores varíen.» Tenemos que dejar aquí pendiente la cuestión de si el Tribunal Federal puede demostrar filosóficamente lo que aquí expone <sup>171</sup> y si su rechazo del «relativismo vacío de contenido, que actúa destructivamente porque no tiene otra directiva que la realidad social desprovista de toda valoración», está asentado sobre buenos cimientos. El problema de la ley moral objetivamente válida es un problema de filosofía moral demasiado delicado como para poder solucionarlo aquí de paso. Baste con decir que en ciertos problemas existe una tradición moral tan firme y segura que el derecho puede utilizarla como fundamento en el sentido de una «ley ética objetiva».

Pero sea que la complementación de los conceptos objetivo-normativos «necesitados de complementación valorativa» pueda apoyarse en una tradición moral firme o que tenga que atenerse a las valoraciones cambiantes «de cambiantes partes de pueblo» —una buena parte de la función de estos conceptos normativos es permanecer abiertos al cambio de las valoraciones—, la «valoración que el concepto normativo exige aquí es, tanto en uno como en otro caso, una cuestión de conocimiento». Quien aplica el derecho tiene que «comprobar» cuáles son las concepciones morales verdaderamente válidas. Su propia valoración del caso es sólo un eslabón en la cadena de muchas valoraciones igualmente válidas con las que ha de confrontarse y con arreglo a las cuales, en ciertos casos, tiene que ser corregida. La valoración propia es, por consiguiente, un elemento del material de conocimiento, pero no el último criterio válido de conocimiento. De esta manera, las decisiones individuales y los grupos de decisiones mediante los cuales se «concretan» conceptos objetivo-normativos necesitados de complementación valorativa constituyen a su vez una especie de interpretación de estos conceptos. Por otra parte, la comprobación de una valoración adecuada en casos singulares muestra también un cierto parentesco con la «subsunción». Los principios aplicables en las decisiones, tales como «los duelos estudiantiles no atentan contra las buenas costumbres» (cf. Tribunal Federal en asuntos penales,

4, pp. 24ss) [64], «la relación sexual entre novios es inmoral en el sentido del artículo 180ss del Código penal»<sup>172</sup> [65], tienen, por consiguiente, una función de comentario similar a la que los desarrollos de conceptos, subordinaciones y subsunciones desempeñan en los conceptos descriptivos. Aparecen, por consiguiente, en los tratados y manuales con iguales pretensiones que las definiciones, las determinaciones de extensión y las ejemplificaciones dedicadas a los conceptos descriptivos. Sin embargo, los conceptos normativo-objetivos gozan de una particularidad, de un privilegio, del que a menudo carecen los conceptos descriptivos: utilizando las valoraciones a que están referidos, pueden acomodarse elásticamente a las condiciones especiales de cada caso y también a los posibles cambios que sobrevienen en las concepciones valorativas. Precisamente por esto son depositarios de un «derecho equitativo» y gozan en nuestra época de especial preferencia. El concepto descriptivo «relación sexual» no es capaz de individualización y de cambio como el concepto «conducta que atenta contra el matrimonio» o el concepto «inmoral». Así, pues, el juez o el funcionario administrativo que tiene que referir y subsumir un caso individual en un concepto objetivo-normativo realiza una concreción de tipo especial. Esta concreción tiene —según Larenz<sup>173</sup>— un carácter «sintético»: determina y precisa las ideas fundamentales que necesitan complementación valorativa recurriendo a la valoración actual, pero no obtiene esta determinación del concepto en cuanto tal. Además tiene en cuenta, en la medida en que esto es posible, y tiene sentido<sup>174</sup> las características especiales del caso a juzgar.

De esta manera, los «conceptos objetivo-normativos» poseen peculiaridades que dan una nueva dirección al razonamiento jurídico en la aplicación de la ley. Cuando nos ocupamos de aquellos

[64] Nuestra legislación no autoriza el duelo: «La provocación al duelo, aunque sea embozado o con apariencia de privado, se reputará amenaza grave para los efectos de este capítulo.»

[65] No conocemos, dentro de nuestra legislación, ninguna regulación de la relación sexual entre novios que no sea de carácter civil. En el orden penal habrá que estar a las disposiciones generales que se refieren a los delitos contra la honestidad.

conceptos normativos y cláusulas de libre apreciación que confieren carácter normativo a las decisiones subjetivo-personales del juez o del funcionario administrativo entramos en un terreno completamente nuevo<sup>175</sup>. Pues dejando de lado el carácter «sintético» y «concretizante» que tiene la aplicación de conceptos objetivo-normativos, se trataba en este caso —como ya vimos— de un tipo de «conocimiento» encaminado a «comprobar» lo que tiene carácter valioso para comprender lo que es inequívocamente justo según la intención y la idea. La situación es diferente cuando se trata de los conceptos subjetivo-normativos, cuyo prototipo son los auténticos conceptos de libre interpretación, es decir, los límites en que puede moverse esa «interpretación libre», pues autorizan, a quien aplica el derecho, a considerar como obligatoria y justa la valoración que él personalmente considera correcta. De esta manera admite conscientemente una equivocidad. Esperan una actitud individual confiando en que el cumplimiento fiel de una línea personal garantiza mejores decisiones que la búsqueda insegura de puntos de vista «objetivos». Tenemos aún que hablar de estos casos jurídicos de valoración que transforman a quien aplica la ley en un verdadero creador de derecho, en un legislador del caso individual.

Destaquemos aquí, una vez más, que, como ya lo hicimos notar anteriormente, el campo de acción de la decisión personal no sólo está reducido por límites legales claramente visibles, sino también por otras limitaciones adecuadas del derecho consuetudinario o de la «idea del derecho y del Estado». Por último hay que respetar siempre la prohibición de cometer una «arbitrariedad» y de «faltar a la objetividad». Así, por ejemplo, es seguro que el juez penal, en la imposición de una multa que nosotros —con Peters— queremos considerar dentro de ciertos límites como «discrecional», no puede hacer uso por razones puramente fiscales de la pena más alta posible. Tenemos que presuponer en adelante que en el manejo del criterio libre hay que evitar exageraciones en la interpretación y mala utilización del mismo. Suponemos aquí que la «decisión personal» es objetiva y pronunciada como resultado de un verdadero convencimiento interno.

Sin embargo, sería equivocado suponer que las decisiones sub-



jetivas acertadas de las que ahora hablamos se llevan a cabo de una manera totalmente irracional. Por el contrario, es posible señalar ciertas estructuras lógicas de estos «actos de pensamiento volitivos» (H. Maier). Esto vale, por lo pronto, para la libre elección del fin, que es, en gran medida, la característica de la facultad discrecional administrativa (Laun, como ya vimos, ha demostrado que la esencia de la facultad discrecional administrativa consiste en que los órganos estatales están autorizados para determinar, «según su leal opinión y su leal decisión, cuál debe ser el fin inmediato de su acción») <sup>176</sup>. Por consiguiente, esta libre elección del fin —como ejemplo podemos mencionar una vez más el caso de la elección entre la jerarquía científica y la capacidad pedagógica en el nombramiento de un profesor universitario— se realiza de acuerdo con las leyes de la teleología. Aquí los fines «próximos» están subordinados a los más remotos y generales. Se piensan las consecuencias y resultados secundarios para el caso en que se persiga uno u otro fin. Se trata de encontrar una combinación correcta con los otros fines importantes. De ninguna manera se pide uniformidad en las decisiones. Precisamente por haberse dado preferencia a la jerarquía científica en el nombramiento de un profesor universitario puede más tarde considerarse la capacidad pedagógica. Las leyes de la teleología dominan además la elección de los medios en donde éstos ya no están caracterizados inequívocamente por el fin mismo. Algunos escritores han señalado con razón que el criterio libre no sólo implica libre elección de los fines, sino también circunstancialmente libre elección de los medios (en este caso no se puede negar, por otra parte, que esta diferencia es en cierto modo relativa). A veces, para eliminar un peligro, existen varias posibilidades policiales, entre las cuales hay que elegir; cuando hay que tomar medidas en contra de un delincuente juvenil aparecen como igualmente valiosas diversas disposiciones autorizadas por las leyes, y entre ellas hay que elegir una u otra o una combinación adecuada de varias. Aquí tienen importancia las distintas consideraciones acerca de la efectividad, la durabilidad, la protección, la sencillez, la economía; todas estas consideraciones se presentan teleológicamente estructuradas, pero no llegan a excluir la nota personal de la decisión.

Con los puntos de vista de la determinación de fines y medios se mezclan a menudo también las ideas ético-jurídicas de la justicia y la equidad. Esto vale para muchos actos administrativos. El traslado de un funcionario puede parecer muy funcional, pero también «no equitativo» y hasta «injusto», y a su vez, el nombramiento de un funcionario para un puesto superior puede ser justo y, sin embargo, no funcional. Por tanto, ¿no es preciso analizar también las consideraciones funcionales de los funcionarios administrativos, de los que hablamos anteriormente en relación con el problema de la justicia y la equidad? Más claramente aún se nota el valor (mejor dicho, la primacía) de las ideas de la justicia y la equidad en la aplicación de las medidas penales y en la concesión de gracia. En este campo, la relación entre justicia y funcionalidad es un problema que se presenta continuamente. ¿Son la justicia y la funcionalidad puntos de vista completamente diferentes entre los que hay que decidir de tal manera que se prefiera lo justo a costa de lo funcional o lo funcional a costa de lo justo? O, por el contrario, ¿no están más bien unidas justicia y funcionalidad de tal manera que lo justo está dirigido materialmente hacia lo funcional? <sup>177</sup>. Franz von Liszt decía: «La pena correcta, es decir, la pena justa, es la pena necesaria.» «La justicia en el derecho penal es el cumplimiento de una medida penal exigida por la idea de finalidad... La completa vinculación del poder penal a la idea de finalidad es el ideal de la justicia punitiva.» También se ha dicho que lo justo de hoy es lo funcional de ayer (Exner). Otro autor ha agregado: lo funcional de hoy es lo justo de mañana. Estas son, quizá, formulaciones peligrosas, pero muestran cómo es posible imaginar la concordancia de justicia y finalidad. El tratamiento muy individualizado de algunos delincuentes, que en primer momento puede parecer extraño a la sensibilidad de la justicia, puede volverse evidente una vez se ha demostrado su funcionalidad. La justicia es en sí misma un principio demasiado vago como para proporcionar por sí sola una decisión adecuada. Esto lo notamos en seguida cuando consideramos atentamente la aplicación de la pena tan intensamente dirigida por la idea de justicia. También reconocemos aquí la estructura lógico-específica de la decisión de criterio libre.

Después que el *principium talionis*, es decir, el principio de equiparación de la venganza con la ofensa («ojo por ojo, diente por diente»), demostró ser no sólo brutal, sino también irrealizable en la mayoría de los casos —pues ¿cómo es posible vengar según esta ley un juramento falso, una falsificación de documento, una traición, un engaño?—, se considera que para obtener un castigo justo del delincuente mediante la aplicación de una pena adecuada es necesario encontrar otra proporcionalidad entre el delito y la pena. La idea fundamental es aquí muy simple: los delitos relativamente graves tienen que ser castigados con penas relativamente graves. Pero ¿qué penas son las más graves? ¿De qué manera debe graduarse la gravedad de la pena? ¿Dentro de qué límites deben moverse los marcos penales? Para contestar estas preguntas es necesario hacer intervenir la idea de funcionalidad o finalidad. Piénsese en la discusión acerca de la necesidad de la pena de muerte, que no sólo es planteada desde el punto de vista de la justicia, sino también de la utilidad. Piénsese además en la discusión acerca de la conveniencia de mantener la diferencia entre cárcel y prisión, en la discusión acerca de qué penas son las que afectan al honor y en la discusión acerca de las medidas de seguridad. Aquí es aplicable siempre el principio de que la justicia también procura la utilidad. Por lo pronto, esto sucede en el campo de la legislación mediante la elección de tipos de pena (rechazo de la pena de muerte, mantenimiento de la cárcel, prisión, detención, multas, etc.), luego mediante la ampliación de los marcos penales (p. ej., reclusión perpetua o de uno a quince años). Pero lo mismo sucede en el campo de la aplicación relativamente libre de la pena: el principio es en sí mismo insuficiente como criterio decisivo dentro del ámbito legal. Pues también aquí existen otros puntos de vista que determinan a la vez que dificultan la elección: ¿en qué medida debe considerarse la «culpa» del delincuente?, ¿en qué medida su éxito?, ¿qué importancia tiene para la aplicación de la pena la vida anterior, la conducta en el proceso (p. ej., la negación obstinada)?, etc. Tenemos que admitir que en todos los esfuerzos de la teoría y de la *praxis* para hacer «justicia» en la aplicación de la pena desempeñan un papel considerable, por una parte, los pensamientos de finalidad o funcionalidad, y por otra,

queda un resto personal que la razón no puede eliminar, es decir, un componente individual del acto de decisión<sup>178</sup>. La consideración de la justicia exige, pues, por lo pronto, el complemento de consideraciones de funcionalidad. El juez penal especialmente tiene que hacerse cargo de las necesidades de la lucha contra la delincuencia, de la «prevención individual» y la «prevención general», es decir, de la influencia educativa sobre el delincuente mismo y sobre la comunidad. Pero estas directrices teleológicas de la decisión no son a su vez unívocas. No es seguro a cuál de los posibles fines diferentes debe darse preferencia: si a aquel de la prevención individual o a aquel de la prevención general. En este sentido puede hablarse también, siguiendo a Laun, de una «libre elección de objetivos». Pero si las valoraciones de justicia axiológicamente articuladas son factores tan inseguros de la determinación de la pena como la valoración funcional teleológicamente estructurada, el producto no puede ser nunca inequívoco. Queda, por consiguiente, cuando se hace uso de la idea de finalidad dentro de «la aplicación justa de la pena», un resto de decisión que debe ser determinado personalmente por el juez penal. Sin embargo, no puede por esto calificarse sin más a la decisión de irracional, pues está estructurada axiológica y teleológicamente. En el caso del ejemplo, dentro del «ámbito libre de acción» de la aplicación de la pena no se lleva a cabo ninguna intervención arbitraria, sino una ponderación reflexiva según puntos de vista fijos, según los cuales se orienta la decisión personal sin entregarse completamente a ellos.

Aquí no tenemos espacio para seguir profundizando en este tema. El resultado de las consideraciones fragmentarias de este capítulo podría ser el siguiente: quien aplica el derecho está llamado de manera diversa y en diversa medida por el derecho de equidad, el *ius aequum*, que se encierra en los conceptos indeterminados y normativos, en las cláusulas de criterio libre y en las cláusulas generales a encontrar el derecho en el caso singular no sólo mediante interpretación y subsunción, sino también mediante «valoraciones y decisiones de voluntad». Lo hemos visto a veces más sometido a criterios objetivos (ley moral, valoraciones de la clase dirigente) y a veces más entregado al ritmo de su concepción individual. Pero precisamente tampoco en el último caso impera la

arbitrariedad y la falta de vinculación total, sino que aparecen, prescindiendo de las limitaciones legales y supraleales de la decisión personal, reglas teleológicas y axiológicas, que si bien es cierto no pueden determinar materialmente de una forma exacta la decisión, le dan al menos su respaldo lógico. La nota personal de la valoración material y de la decisión de voluntad se mantiene siempre. Aquel que se sienta molesto por esta concepción quizá pueda reflexionar sobre lo siguiente: la aplicación del derecho es una parte de la vida del mismo. No es posible racionalizar completamente lo viviente. El legislador que está llamado a construir firmes diques a fin de que el río de la interpretación de la ley corra a través de canales prefijados tropieza siempre con las limitaciones de su profesión de ingeniero, y en ese momento le parecerá imposible o absurdo querer ir más allá de esos límites. El examen judicial de los actos de criterio libre puede conducir a abusos y falsas aplicaciones, pero no puede eliminar, por la naturaleza misma de la cosa, la nota individual en la valoración y en la decisión de voluntad. El «aparato» de la autoridad sigue siendo un organismo que funciona de una manera viva; cada procedimiento de autoridad es una función plena de vida vinculada a la forma de actuar siempre peculiar de aquel que está llamado a la aplicación de la ley. ¿Tenemos que tener confianza en esta función orgánica? En verdad, la experiencia enseña que hay una ley de compensación en la vida. Cuando varios funcionarios administrativos o varios jueces, en el tratamiento de casos similares, llegan a resultados diferentes sobre la base de concepciones diferentes de lo funcional y de lo justo sirve de consuelo la idea de que el más severo ha sido quizá también más exacto y concienzudo en el examen de los fundamentos fácticos de la decisión y que el más débil e influible ha sido más elástico y condescendiente en la consideración de todas las circunstancias secundarias. La personalidad de quien aplica el derecho es también un todo orgánico, lo mismo que la aplicación del derecho y la vida jurídica. Todo el mundo sabe en qué medida está orientada la legislación por las circunstancias individuales e históricas, ¿por qué no ha de suceder lo mismo con la aplicación del derecho? El derecho es en todas sus partes un resultado del espíritu viviente que aparece en forma orgánica vinculado a las personas. La auto-

rización para decidir según el propio criterio significa la entronización en el campo de la concretización jurídica de la personalidad que busca la realización de un sentido. Por eso, lo subjetivamente justo puede ser lo verdaderamente justo.

Ideas de este tipo fueron las que alimentó hace decenios aquel movimiento dentro de la jurisprudencia que suele designarse con el nombre de «movimiento del derecho libre». Este movimiento tiene, desde luego, puntos de partida muy diferentes. Puede partir de las lagunas que existen en todo derecho legal o de las faltas de algunas leyes, y de esta manera hacer un llamamiento al juez para que llene en forma «creadora», de una manera similar a la del legislador, las lagunas y corrija las proposiciones injustas (sobre esto véase el próximo capítulo). Pero su razón más profunda, que a veces es negada por el ataque de sus enemigos, fue conferir mando al «juez real», aflojar la vinculación con respecto a la ley y transformar el «criterio libre» en un amplio principio de toda la formación del derecho. Estas aspiraciones de la escuela del derecho libre, en la medida en que querían romper los cauces, han perdido importancia. En este sentido no ofrecen ya más que un interés histórico<sup>179</sup>. Pero la idea de que no se puede vincular demasiado a la ley al encargado de aplicar el derecho al caso singular, y que es necesario darle poder y oportunidad para dominar en forma justa y funcional la situación concreta de acuerdo con su peculiaridad —sea que se trate de un pleito judicial o de un problema administrativo— se mantiene siempre viva. Veremos en el último capítulo que, actualmente, el «derecho de los juristas» ha adquirido nueva importancia.