

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

*To settle the indefinite:  
related to general clause and the proposed problems*

**María José García Salgado<sup>1</sup>**

Recibido: 9.4.07

Revisado: 18.5.07

Aceptado: 1.6.07

Correspondencia: salgado@uniovi.es

## Sumario

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.

## Palabras claves:

Jurisprudencia de intereses, cláusulas generales, conceptos indeterminados, sentencias contra legem

<sup>1</sup> Profesora de Filosofía del Derecho en la Universidad de Oviedo (España), ha desarrollado parte de su actividad investigadora en Alemania como becaria del Deutscher Akademischer Austauschdienst (DAAD); ha publicado artículos en el ámbito de la metodología jurídica, como «Rechtliche versus Gesellschaftliche Interessen? Philipp Heck's Konflikttheorie als Beitrag zur modernen Rechtslehre», o «Realidad construida, construcción procesada: género, prenas y trampas policiales en la determinación del castigo penal». En la actualidad imparte clases de Teoría del Derecho y de Derecho y Cine en la Universidad de Oviedo.

### Summary:

*This work deals with the indetermination of law as for administration, as well as legislation and judiciary. Within it, one attempts to distinguish between general clauses and undetermined concepts, and the theory of the single fair solution is analysed. Several thesis on the economical analysis of law are briefly introduced and it is shown how judges make use of the general clauses in order to derogate in force rules. All these could be exemplified with a case about the revaluation of mortgages, studied by Heck and his Jurisprudence of Interests.*

### Key Words:

*Jurisprudence of Interests; general clauses; undetermined concepts; contra legem decisions*

## 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<sup>2</sup>.

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 éstas 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

<sup>2</sup> 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.

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 ésta última es poco frecuente) como sinónimos, para referirse a todo un conjunto de estándares e instrumentos normativos como la buena fe, la diligencia del buen padre de familia, las buenas costumbres, el orden público, la nocturnidad, la alevosía, etc.<sup>1</sup>. 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 Jellinek<sup>4</sup> (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 común<sup>5</sup>. 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*)<sup>6</sup>. 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 concepto<sup>7</sup> (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 también que cincuenta gitanos si 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

<sup>1</sup> 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 sobrepesamiento general de los pagos, en el mercantil (1996, 446).

<sup>2</sup> W. JELLINEK, *Gesetz. Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung*, 1913, págs. 37 y 38. Lo cito a partir de KOCH (1976, 200). También lo recoge BACIGALUPO (1997, 194-195).

<sup>3</sup> Por citar sólo alguna obra: ENGISCH (1967, 140); GARCÍA DE ENTERRÍA (1996, 449); BACIGALUPO (1997, 206-211); KOCH (1976, 203).

<sup>4</sup> Según KOCH el esquema trizonal de Jellinek es preferible al bizonal de Heck porque da cuenta de los candidatos negativos (1976, 204).

<sup>5</sup> Cfr. BACIGALUPO (1997, 206-211); KOCH (1976, 202 y ss.); ATIENZA (1985, 16-17), para distinguir entre intensión y extensión y para las diferenciaciones analíticas más profundas entre las condiciones que deben cumplir estos conceptos.

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, considerárseles 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 indetermi-

nados 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 ordenamiento<sup>8</sup>, indicando a los operadores jurídicos que deben ser 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 persi-

<sup>8</sup> 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).

que" o "justo precio"<sup>9</sup>. 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 éstos 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 indeterminado<sup>10</sup>.

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 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 correcta<sup>11</sup>, 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

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> 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).

<sup>11</sup> SAINZ MORENO las identifica (1976, 168).

Enterría 1996, 448)<sup>12</sup>. La base sobre la que se sustenta esta teoría 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<sup>13</sup>. 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 solución<sup>14</sup>, 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

<sup>12</sup> 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, 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.

<sup>13</sup> 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) 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.

<sup>14</sup> 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).

fácil, pero eso no nos autoriza a pensar que la administración pueda librarse del control judicial; simplemente es más difícil llevarlo a cabo<sup>15</sup>.

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 tender<sup>16</sup>. 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 cognoscitiva<sup>17</sup> 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 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 administrativista<sup>18</sup>, 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.

<sup>15</sup> 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).

<sup>16</sup> Cito, por emblemática, la obra de ALEXY (1989).

<sup>17</sup> 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).

<sup>18</sup> Vid. ATIENZA (1995), BACIGALUPO (1997); Igarúa 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 éstas 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.

#### 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) 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 moral<sup>19</sup>. 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"<sup>20</sup>, que elige siempre las palabras menos adecuadas para expresar lo que se propone, que cuando utiliza conceptos determinadísimos no quiere que éstos 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 en viejos cuerpos"; 3) servían para crear derecho en caso de lagunas, considerando también como tales aquellos supuestos que están regulados por normas contradictorias con el nacionalsocialismo-; 4) servían 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

<sup>19</sup> 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).

<sup>20</sup> La expresión es de STAMPE (1905, 1017): "... der normale Gesetzgeber mit seiner Muttersprache auf seinem Kriegsfuss lebt".

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*<sup>21</sup>, 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 formu-

lación y aplicación de las normas tres tipos de costes<sup>22</sup>:

- 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 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 manobra 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 pue-

<sup>21</sup> En este apartado sigo la exposición de MACKAAY (1980) que sintetiza con una claridad ejemplar el tipo de análisis propio de este movimiento.

<sup>22</sup> 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).

den 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 disuadan 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 Km. 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 for-

ma 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 (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 parlamento<sup>23</sup>, éste debe evitar las determina-

<sup>23</sup> 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 caso de una regulación a otra y sólo actúan cuando ya se ha producido el conflicto, no pueden realizar actuaciones prospectivas (MACKAAY 1980, 263).

ciones 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.

## 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 cul-

par al positivismo jurídico de la catástrofe acaecida bajo el nazismo<sup>24</sup>. 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 científica<sup>25</sup>, sobre todo por la polémica utilización que los tribunales hicieron de ellas para derogar normas vigentes<sup>26</sup>. De esta polémica

<sup>24</sup> 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 BEHRENDTS, 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 (BEHRENDTS 1989, 36, 38-39).

<sup>25</sup> Con ironía y refiriéndose al entonces recién promulgado BGB, diferencia J.W.HEDEMANN entre parágrafos que son reyes y parágrafos 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 (quién causa a otro daños intencionados y contra las buenas costumbres está obligado a resarcirlos); 226 (el ejercicio de un derecho no está permitido cuando sólo tiene por finalidad causar a otro daños). Cientos de parágrafos, los mendigos, se ven relegados a un segundo plano y deben soportar que unos pocos se eleven sobre ellos (HEDEMANN 1933, 6).

<sup>26</sup> 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".

mica 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 Rùthers como "el suceso más dramático de la joven historia de la jurisprudencia alemana" (1973, 87)<sup>27</sup>, ha sido objeto de abundantes comentarios<sup>28</sup> 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 5000 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 guerra. 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 galopante<sup>29</sup>, ocasionó a los acreedores grandes pérdidas de capital (Rùthers 1973, 64) y a los deudores la posibilidad de liberarse con cierta facilidad de sus débitos<sup>30</sup>. 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 242<sup>31</sup> (Heck 1924, 205)<sup>32</sup>. Hasta que en noviembre de 1923 el tribunal del Reich pronuncia la célebre sentencia, tan aplaudida

<sup>27</sup> 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 (RÙTHERS 1973, 87). «Una actuación, una representación incomparablemente dramática» (HEDEMANN 1933, 11).

<sup>28</sup> 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).

<sup>29</sup> Las cifras sobre la inflación son impresionantes. «Un marco-oro (*Goldmark*) cretaba, calculado sobre la base del dólar, 177 marco-papel (*Papiermark*) en julio de 1922: 757 en octubre y 1807 en diciembre del mismo año» (RÙTHERS 1973, 65). En diciembre de 1923 el precio había alcanzado el bilión de marco-papel (RÙTHERS 66). Cuando se estableció la medida en 1914, ambas monedas estaban en una relación de equivalencia.

<sup>30</sup> Como hace notar HATTENHAUER, el Estado fue uno de los grandes beneficiarios de su propia "peoridad", ya que gracias a la inflación, los antiguos grandes deudores -el Reich, los Länder-, los municipios, etc. lograron desprenderse de sus deudas con relativa facilidad (1989, 17).

<sup>31</sup> «El deudor está obligado a efectuar la prestación como exige la buena fe en atención a los usos del tráfico».

<sup>32</sup> 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 acerbada.

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 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 legislador<sup>33</sup>. 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 anteriores<sup>34</sup>. 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

<sup>33</sup> Acierta nuevamente BOEHMER al señalar que la eterna pugna entre el *jus equum* y el *jus 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).

<sup>34</sup> 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-.

(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 legitimador 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 oca-

siones 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 Estado<sup>35</sup>. 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 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, si 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 primero<sup>36</sup>. Por eso, toda la jurisprudencia que hasta esta sentencia rechazó las pretensiones de re-

<sup>35</sup> 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).

<sup>36</sup> 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 sino podría caerse en la tentación de "absolutizar" el interés preferido y suponer que lo va a ser siempre que entre conflicto con cualquier otro, y eso es incorrecto (HECK 1974, 348, 1933, 8,13-14).

valorización 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 legislativo<sup>37</sup> (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 su cese automático ni justifica por sí sólo que el juez la desco-

nozca (Heck 1924, 218). El brocárdico *cessante ratione 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 parágrafo 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 y 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

<sup>37</sup> Este 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).

<sup>38</sup> 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 (RÜTHERS 1973, 79).

legislador no ha querido dejar a los jueces margen de valoración alguna, ya que la legislación monetaria es derecho estricto y determinado (Heck 1924, 220-221)<sup>38</sup>. 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 intervención<sup>39</sup> (Heck 1924, 221-222). La modificación de la norma por el legislador se produjo pocos meses después 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<sup>40</sup>.

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, ¿porqué 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, "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 -

<sup>38</sup> Nuevamente Rùthers 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 (RÛTHERS 1973, 79).

<sup>40</sup> 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 19.11.1993, citada por Miquel GONZÁLEZ 1997, 317).

los párrafos "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<sup>41</sup>, sino también porque se generalizó, exagerándose a veces de forma interesada, el carácter imperfecto del lenguaje como instrumento para elaborar normas<sup>42</sup>. 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 antago-

nismo entre la sociedad y el Estado (Tönnies 1990, 294), o más exactamente, entre el poder y el Estado<sup>43</sup>. 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<sup>44</sup>. 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 pretende- sino que, en ocasiones, aparece como un obstáculo al libre juego de las fuerzas sociales, que parecen gozar de mayor confianza<sup>45</sup>. 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 legislador<sup>46</sup>.

<sup>41</sup> HOENIGER 1917, citado por GARSTKA (1976, 96).

<sup>42</sup> 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.

<sup>43</sup> 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.

<sup>44</sup> El derecho libre es culpable según HEDEMANN del auge desmedido que habían experimentado las cláusulas generales en esa época (1933, 10).

<sup>45</sup> «Incluso entre la izquierda está pasado de moda Franz NEUMANN», lamenta TÖNNIES con ironía (1990, 295).

<sup>46</sup> HEDEMANN 1933, 77.

## Bibliografía

- ATIENZA, M. (1985). *Introducción al Derecho*, Barcelona, Barcanova, 1ª edición.
- (1995): "Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 85, enero/marzo.
- ALEXI, R. (1989). *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo.
- BACIGALUPO, M. (1997). *La discrecionalidad administrativa. (Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Madrid, Marcial Pons.
- (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 7º Congreso Internacional de Metodología Jurídica "La aplicación del derecho por la Administración Pública y la Justicia: problemas de los conceptos jurídicos indeterminados", Madrid, 20 y 21 de septiembre de 2001, organizado por el INAP.
- BEHRENDTS, 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*, Barcelona, Bosch. 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 jurídicos indeterminados y la dispensa del deber de motivar", *REDA*.
- CANARIS, C-W. (1998). *El sistema en la Jurisprudencia*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado. 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*, Madrid, Ediciones Guadarrama, 1967, traducción al español de Ernesto Garzón Valdés. 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 y ss.
- (2001): "¿Interpretación judicial con propósito de enmienda (del legislador)? Acerca de la jurisprudencia sobre el artículo 133 del Código Civil", *La Ley*, num. 5338, junio 2001.
- (2001a): "Sobre el argumento a contrario en la aplicación del Derecho", *Doxa*, 24.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1985). *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, Madrid, Civitas.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T-R. (1995). *Curso de Derecho Administrativo II*, Madrid, Civitas, reimpresión de la 4ª edición.
- (1996). *Curso de Derecho Administrativo I*, Madrid, Civitas, reimpresión de la 7ª edición.

- GARSTKA, H. (1976). "Generalklauseln", en Koch, H-J (edit.), *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*, Kronberg, Athenäum-Verlag.
- GUILLEN, P. (1973). *El imperio alemán 1871/1918*, en Droz, J. (dir.), *Historia de Alemania*, Barcelona, Vicens-Vives, 1973, traducción de Miguel Llop Remedios.
- HECK, Ph. (1914). "Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz", *AcP* 112.
- (1924). "Das Urteil des Reichsgerichts vom 28. November 1923 über die Aufwertung von Hypotheken und die Grenzen der Richtermacht", *AcP* 122 (1924).
  - (1932). *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).
  - (1932a). *Das Problem der Rechtsgewinnung*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 2ª 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*, Barcelona, Ariel, 1961. Reeditado en Granada, Comares, 1999.
  - (1933) *Interessenjurisprudenz*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 36 p. Hay traducción al castellano: "Jurisprudencia de intereses", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. IV, 1948.
  - (1933a). "Rezension: Justus Wilhelm Hedemann, *Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat*. Tübingen: Mohr (Paul Siebeck), 1933", *JW* 1933.
  - (1974). "Die neue Methodenlehre Müller-Erbachs" en ELLSCHEID, G., HASSEMER, W. (eds.), *Interessenjurisprudenz*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft. El artículo original apareció en *AcP* 140, N.F. 20, (1935).
- HATTENHAUER, H. (1989). «Richterbild im 19. und 20. Jahrhundert», en *Recht und Justiz im "Dritten Reich"*, Frankfurt am Main, Suhrkamp.
- 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*, Madrid, Civitas.
- KOCH, H-J. (1976). "Das unbestimmte Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht", en Koch, H-J (ed.), *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*, Kronberg: Athenäum-Verlag.
- MACKAAY, E. (1980). "Le nozione "fluide" in diritto ovvero l'economia dell'imprecisione", *Informatica e Diritto* 6.
- 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*.
- 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*, Madrid, Civitas.

SCHMITT, C. (1996). *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, Madrid, Tecnos. 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.

WEBER, R. (1992). "Entwicklung und Ausdehnung des § 242 BGB zum "königlichen Paragraphen", *JuS*.

ZITELMANN, E. (1904). *Die Kunst der Gesetzgebung*, Dresden, V. Zahn & Jaensch.