

3.5. REVISITANDO CONCEPTOS JURÍDICOS, INTERPRETACIÓN Y DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

Daniel Berzosa López*

* Profesor Coordinador de Derecho Constitucional de CUNEF Universidad
Académico de número de la Real Academia Europea de Doctores
Doctor Europeo por la Universidad de Bolonia
Abogado

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN.- II. EL LENGUAJE JURÍDICO.- III. LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA.- IV. LOS PODERES DISCRECIONALES DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.- V.- BIBLIOGRAFÍA CITADA.

I. INTRODUCCIÓN

Con este capítulo se quiere rendir homenaje al profesor Fernando Sáinz Moreno, a quien tanta admiración y afecto profesaba, no solo como académico, sino como abogado; en suma, como jurista completo. Su obra *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa* posee sin duda una importancia significativa, no solo en la literatura jurídica del momento en que se publicó (1976). Su interés estribaba tanto en proporcionar una información cuidada y amplia de los temas examinados, como, en su ambición, en ir más allá de lo meramente perteneciente al derecho administrativo y se introducía también en el ámbito propio del derecho civil y de la filosofía del lenguaje.

No era una obra donde el autor diera noticias simplemente de su punto de vista acerca de las cuestiones decisivas que trataba, sino que su virtud principal radicaba en seguir pensando acerca de las cuestiones fundamentales del derecho, vigentes entonces y seriamente amenazadas ahora por los relatos de la política totalitaria, que, en el ámbito propio de lo jurídico, se traduce —por emplear una expresión conocida— en la corrupción llamada “uso alternativo del derecho”.

Era una obra intelectual poderosa desde su mismo título y se concretaba sin lugar a duda desde su índice. De acuerdo con este, se organizaba en tres partes. La primera estaba dedicada a los conceptos (lenguaje y conceptos), y la indeterminación de los conceptos. La segunda parte trataba de los conceptos jurídicos (lenguaje jurídico y lenguaje ordinario), el significado de los conceptos jurídicos, el artículo tercero del Código Civil, y el razonamiento sobre el significado de los conceptos jurídicos. Por último, la tercera

parte se dedicaba a la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados y la problemática general de la indeterminación de los conceptos jurídicos, la fijación de los conceptos indeterminados en el derecho administrativo, y la potestad discrecional en relación con los conceptos indeterminados.

Se está, por tanto, ante un trabajo que trata tres campos del derecho, todos ellos muy importantes. La teoría o filosofía del lenguaje referida al lenguaje jurídico, a los conceptos jurídicos y a la indeterminación de estos; la interpretación jurídica en sí misma considerada, con un detallado comentario del artículo tercero del Código Civil; y el estudio desmenuzado y amplio de los conceptos indeterminados en el derecho administrativo en la búsqueda de la fijación del concepto y límites de la discrecionalidad administrativa.

II. EL LENGUAJE JURÍDICO

Si, ya, en 1976, el profesor Sáinz Moreno, había dado noticia con todo acierto en la obra que se evoca de la atención creciente sobre el lenguaje en su conexión con la ideología del estructuralismo (entonces se hicieron comunes entre las personas cultas, por ejemplo, los nombres de Saussure, Levi-Strauss y Foucault), en el presente se ha alcanzado el cenit de esta cuestión respecto de la importancia y la tensión acerca de la realidad y la norma, de la fijación y la interpretación de los hechos, y la aplicación del derecho, de forma más aguda.

La devaluación de la función del pensar, que el estructuralismo asociaba a la importancia de la “imagen acústica”, anticipaba una muerte intelectual del hombre que, en lo social, que es lo político, parece haberse alcanzado en el presente. Acaso sea más llamativo, además de doloroso, en Occidente; porque el pensamiento racional es uno de sus elementos estructurales de carácter espiritual.

Los signos del lenguaje escrito son la traducción de fonemas, pero hay otros lenguajes en los que los signos no se refieren a sonidos (ideogramas,

pictogramas, quipos...). En estos el paso del pensamiento expresivo no se hace a través de sonidos reales (leer en voz alta) o pensados (leer en voz baja). La realidad fónica de la ciencia del lenguaje ignora que esta es un medio de expresión y, entre otros medios, de contenidos espirituales, como son los pensamientos, los sentimientos o las fantasías; puesto que pueden existir pensamientos que no sea posible expresar con palabras (Sáinz Moreno, 1976: 23).

Con admirable erudición y con acierto emocionante lleva de la mano al lector para examinar las cuestiones básicas sobre el pensamiento y el lenguaje. El lenguaje jurídico es una especialidad del lenguaje. Y éste hace al hombre ser social. Su estudio conduce a adentrarse en la intimidad de la esencia del ser humano. Hallamos en el texto expresiones plenamente vigentes. Es el caso de “no hay conceptos sin palabras” (Sáinz Moreno, 1976: 30). Cuando hablamos de conceptos, hablamos de palabras. Cada concepto está acuñado en una o varias palabras. Al aprender, pues, el significado de las palabras lo que se aprende es la idea o concepto que la palabra expresa. Cada persona, desde que comienza a pensar, piensa con los pensamientos acuñados que el lenguaje le transmite; porque el pensamiento no forma parte de la nada, sino de pensamientos ya formulados que el lenguaje transmite (Ortega y Gasset, 1965: 100).

En las palabras que forman el lenguaje están condensados los pensamientos básicos sobre el mundo en que el ser humano vive. Sin embargo, para cada individuo las palabras expresan algo distinto, aunque igual en su núcleo. Este núcleo de significación igual que cada palabra tiene atribuido por el uso social, hace posible la comunicación entre los hombres. Para que esta comunicación se produzca es necesario, además, que quien oiga la palabra tenga ya una vivencia personal de alguna clase (sensorial, intuitiva) de aquello que la palabra significa (Cruz Hernández, 1965: 412).

En la misma línea, “el concepto sin palabra no existe” (Sáinz Moreno, 1976: 73). El nexo entre los conceptos en sí mismos y la realidad es incuestionable. No hace falta advertir que el hecho de hablar indistintamente de

palabras y conceptos se debe a que el concepto sin la palabra no existe. Hoy no solo porque el concepto es un intento de explicar por qué una palabra puede designar múltiples objetos, sino porque el concepto una vez convertido en realidad construida racionalmente no es posible desligarlo de la palabra, ni siquiera idealmente.

Aun cuando “la palabra es un sonido que no tiene significado” (Sáinz Moreno, 1976: 93), el significado constituye al sonido en palabra. Entre la palabra y el objeto designado por ella se intercala un elemento intermedio, el significado. Así entendido, el significado es el concepto, es decir, el mismo significado de un término. Y si bien puede decirse que el concepto en sí mismo no es verdadero ni falso, este consiste en su definición. Por tanto, de dos maneras se puede plantear la cuestión del significado de un concepto; como pregunta por el significado de un término y como pregunta sobre el concepto aplicable a un objeto. Es presupuesto de ambas preguntas el principio de que las cosas son lo que son y el principio de que los términos significan algo determinable y no cualquier cosa. Precisamente es esta concepción la que viene siendo cuestionada, cuando no abiertamente atacada en el presente en el campo del pensamiento y la comunicación.

El lenguaje no es solo un medio de comunicación humana es lo que hace posible el pensamiento. Si bien no es posible descubrir la relación entre pensamiento y lenguaje, esto no impide conocer que el pensamiento no es posible sin el lenguaje. Para pensar es necesario visualizar, vislumbrar, delimitar lo pensado en alguna forma de expresión. El lenguaje, de la clase que sea —extremo en el que no podemos entrar ahora—, es el fundamento del contenido del pensamiento. El lenguaje configura y delimita lo que se piensa de dos formas. Por un lado, selecciona las cosas y los aspectos de estas que denomina y, por otro lado, da un sentido valorativo a las palabras que lo integran; de suerte que las palabras no solo significan algo, sino que inevitablemente valoran aquello que significan.

El significado de un término depende de que se tome aislado o se tome dentro de un contexto. El significado de los términos del lenguaje cotidiano

no pertenece a la voluntad individual de los hablantes; viene determinado por la experiencia y la voluntad colectivas. Pero, en un texto, el significado de una palabra viene determinado por su propio significado, y, a la par, por el contexto literal, verbal y de los hechos coetáneo en relación con ella. Toda palabra aislada alberga inicialmente una idea o un concepto fijado en origen y potencialmente modelado por el uso. El contexto lo matiza, lo modifica, pero no lo determina. La palabra, entonces, no se desentiende de su objeto, no puede no tener ninguna relación con su objeto por y para el que fue inicialmente fijada, sino que conserva la capacidad de expresar ciertos aspectos de él. Su proximidad con otras palabras que se refieren al mismo objeto generará su delimitación en función del significado de cada una de ellas respecto del término principal.

Cuando aplicamos estas ideas al lenguaje jurídico y al lenguaje ordinario, se advierte que la relación entre el derecho y el lenguaje es una vinculación esencial. “No existe el derecho sin el lenguaje, de la misma manera que no existe el pensamiento sin el lenguaje” (Sáinz Moreno, 1976: 97). Es una relación que va más allá de la sustentación. El derecho se forma y expresa en el lenguaje jurídico en el mismo sentido que el pensamiento humano se forma y se expresa en el lenguaje ordinario. Si algo no puede expresarse no es pensamiento. El lenguaje hace posible el pensamiento en general y, de igual modo, el pensamiento jurídico. Por medio del lenguaje en el derecho consuetudinario se forma la convicción de que un determinado comportamiento obliga (“*opinio iuris sive necessitatis*”).

Esta es la razón por la que entre los lenguajes jurídico y ordinario no deberían existir diferencias sustanciales. Y de aquí deriva también el principio jurídico de que “la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento” (...). El lenguaje jurídico ha de ser inteligible. Comprensible por todos aquellos a quienes obliga. No solo para los especialistas que han de aplicarla, sino para todos aquellos llamados a respetar las normas. Si se respetara este principio la consecuencia inexorable que habría que simplificar hasta el límite el funcionamiento del ordenamiento jurídico y que

los textos jurídicos estuvieran redactados en el lenguaje que todos hablan. La astrofísica, la farmacia, la matemática..., pueden prescindir de gran parte del vocabulario ordinario y expresarse mediante términos técnicos; porque sus destinatarios son especialistas que conocen sus términos. Sin embargo, no debería acontecer así en el mundo del derecho.

El derecho es esencialmente un fenómeno cultural y no un producto técnico (...). A los ciudadanos, en general, el derecho que puedan conocer les llega por el lenguaje ordinario. Y es en éste donde se discute lo que constituye la esencia misma del derecho; si son o no son justas las soluciones concretas que el derecho da a los problemas sociales. Es esta cercanía al lenguaje ordinario lo que hace comprensible la vigencia de muchas normas jurídicas a lo largo del tiempo. No se trata con esto de impedir o trabajar para que no sea posible ninguna tecnificación dentro del derecho. Algunas palabras del lenguaje ordinario necesitan precisarse. Es imprescindible incluso introducir nuevas palabras. Pero la inteligibilidad del derecho debe estar incluso por encima de un principio tan importante como es el de seguridad jurídica; pues este puede exigir ciertamente una expresión más técnica que el de la comprensión básica o general. Nada justifica que, a la dificultad natural de conocer el alcance de una norma jurídica, se añada la exigencia de entender el significado artificial de los términos en que se expresa.

Es una ardua y, quizá, ingrata labor, que exige detenerse para descubrir las ideas que estén en el núcleo de cada concepto (Sáinz Moreno, 1976: 123). Toda pregunta se hace desde un determinado saber previo. En todo problema de interpretación hay un conocimiento previo del ámbito que se interpreta. La interpretación se produce dentro del ámbito del significado del término. Este saber previo no está ni en la palabra aislada ni en el texto, sino en quienes conocen el significado de las palabras. Sin ese conocimiento, la palabra sería solo un sonido articulado, y al carecer de significado, no sería una palabra. Esto es lo que hace imposible una interpretación absolutamente o solo literal de cualquier texto. El contexto, a la par que es imprescindible e inevitable, lo produce necesariamente quien interpreta y

no hay interpretación sin intérprete. “La pregunta es tránsito de un saber a un ulterior y superior saber, pero no es tránsito del puro no saber al saber. Es lo que Aristóteles había puesto en claro superando la dificultad de Menón” (García Valdecasas, 1965: 42).

El presupuesto para poder aspirar a entender un texto, y, por tanto, para desentrañar el significado de sus palabras, de sus conceptos, parte de la unidad de lenguaje y pensamiento, unidad que no es identificación (Heidegger, 1963: 197). Para Gadamer aquí se encuentra la base de toda la ciencia del lenguaje (Gadamer, 1972: 380). Si la lengua es el medio universal en el cual se realiza el entendimiento, la interpretación de los textos escritos muestra el fondo común que tienen ésta y la interpretación jurídica. El lenguaje opera como determinante de la ejecución del proceso interpretativo. Por una parte, el texto escrito desvincula el lenguaje de su comprensión inmediata, es decir, hace que el lenguaje pueda estar presente en cualquier momento. Por otra parte, la interpretación del texto escrito consiste en convertirlo en texto hablado y de esta manera hacerlo real para quien lo lee.

La interpretación de los textos jurídicos es también una interpretación de textos escritos. Por ello, los problemas de la interpretación jurídica coinciden en gran parte con los de cualquier otra interpretación. Aun cuando se trate de la forma más sencilla de aproximación comprensiva, que la es la de reproducción, la dificultad estriba siempre exactamente en que hay que entender el texto. Y lo que caracteriza a la interpretación jurídica es que hay que entender el sentido jurídico del texto. Y esto que parece una obviedad, no lo es, sino que es lo decisivo; porque el sentido jurídico del texto no coincide, o, al menos, no coincide necesariamente y siempre con el significado que esas mismas palabras tienen en el lenguaje ordinario.

Lo de menos en este comentario es que esa dificultad —como era de esperar— haya dado lugar a la aparición de distintas teorías de la interpretación jurídica (subjetivas, objetivas y mixtas); pero sí interesa, al menos, enunciar estas notas. Toda norma tiene un autor; la voluntad del autor incide en la norma; quien elabora una norma no puede imaginar todos los

supuestos a los que se va a aplicar, ni puede prever las consecuencias indirectas de su inserción en un ordenamiento jurídico; la primera aproximación a toda norma es siempre la que se deriva de la expresión de sus palabras; y, por último, la interpretación de una norma es un proceso del que forma parte inseparable la visión anticipada del resultado al que conduce.

Los conceptos surgen desde las ideas que los preceden (Sáinz Moreno, 1976: 197), que los acuñan (Sáinz Moreno, 1976: 219). Es decir, aunque pueda haber pensamientos que no quepa expresar en palabras, aquéllos necesariamente existen y generan alguna acción porque detrás de ellos, dentro de ellos, se asienta una idea. Es imposible que se pueda llegar a elaborar un concepto si previamente no ha brotado y se ha desarrollado la idea que lo sostenga. Y esto es así al margen de que esa idea experimente una evolución en función del texto y contexto en que se halle (Sáinz Moreno, 1976: 323).

Todo concepto tiene un núcleo que constituye su significado primario. Desde el punto de vista de la estructura interna del concepto hay que distinguir un núcleo o zona de certeza configurado por datos previos seguros y un halo o zona en torno a ese núcleo, que es una zona de duda, que exige una determinación sobre la idea nuclear del concepto. Nótese la importancia de esta comprensión de la interpretación del lenguaje sobre el desarrollo de la aplicación de los derechos fundamentales o derechos humanos.

En todo caso, no existen conceptos en blanco. Todo concepto, cualquiera que sea su grado de indeterminación, es acuñación de una idea que constituye su núcleo y que marca una directriz para su aplicación. Cuando se trata de un concepto jurídico, la idea adquiere además un sentido especial por la función que cumple en la norma. El hecho de que todo concepto disponga de un núcleo y de un halo no permite al juez una absoluta libertad para elegir la solución que le parezca mejor según su criterio, no hay lugar a una discrecionalidad judicial ante la existencia de un núcleo conceptual. El juez debe buscar la solución adecuada a ese núcleo del concepto, de acuerdo con la norma que lo acoge y el contexto en el que se ha de aplicar, al margen de la transformación de éste.

Sirva como ejemplo de lo que se dice la noción de interés público. Como es sabido por los especialistas, este es un presupuesto de legalidad de las concretas actuaciones administrativas. Es, por tanto, un concepto legal que requiere interpretación. No es en modo alguno un concepto en blanco por mucho que se diga a menudo que es un concepto contingente, acaso el más variable en función del momento y la situación. No es por supuesto un concepto vacío de contenido, aunque necesita una idea nuclear que le dé sentido y unidad. Una aproximación veraz a una recta comprensión de este concepto requerirá, en primer lugar, de una reflexión sobre el concepto en sí mismo considerado y, en segundo lugar, en relación con la función que cumple la norma y la situación a la que se debe aplicar.

Para la primera actividad intelectual sobre el ejemplo que se ha tomado, parece razonable partir de una delimitación negativa respecto del concepto de interés privado, del que se diferencia, aunque no se oponga siempre. Si por interés se entiende tanto el valor que una cosa posee en sí misma, como inclinación del ánimo hacia un objeto, persona o relación que lo atrae, la noción de interés público puede entenderse como expresión del valor público que en sí mismo tienen ciertas cosas o como expresión de aquello que interesa al público. Para la segunda actividad intelectual, esto es, precisar el significado del concepto de interés público cuando se incorpora a un texto jurídico y se aplica a una situación concreta, la mayor o menor especialidad de la norma, lleva a estimar, al menos, una delimitación entre intereses públicos generales (afectan a la comunidad, al orden social, a la paz pública) e intereses públicos especiales (inciden en sectores concretos de la política del país).

Esta primacía de la idea sobre el concepto y la propia enunciación es la que destaca Sáinz Moreno (1976: 19), siguiendo a Julián Marías (1970: 271): “La vida humana transcurre en forma elocuente. El ensimismamiento la condición más propia del hombre— tiene un carácter verbal; cuando digo que ‘estoy sumido en mis pensamientos’, en rigor estoy entre mis palabras diciéndome a mí mismo”. El lenguaje articulado es el medio de expresión por excelencia, el que facilita mejor la comunicación social;

pero no es el único. El lenguaje interior permite que el pensamiento se fije y los conceptos se pulan, se concreten, se consoliden para facilitar y posibilitar la reflexión. Cada autor, en su búsqueda de palabras con las que expresar con precisión sus ideas, también se crea un lenguaje nuevo para poder así decir con la debida exactitud y en conceptos unívocos lo que quiere expresar. Esta misma necesidad de neologismos en ocasiones se extiende a los juristas.

III. LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Para Sáinz Moreno, el estudio de la interpretación jurídica ha de emprenderse atendiendo al valor específico del lenguaje expresado en un texto escrito. Por ello, se refiere a las teorías sobre la interpretación de la ley y trata con especial cuidado el artículo 3 del Código Civil. Obra de su época y atento al derecho positivo, despliega su estudio a partir del Decreto de 31 de mayo de 1974 (publicado el 6 de julio), por el que se aprobó el texto articulado de la Ley de Bases de 17 de marzo de 1973, que introdujo la reforma del título preliminar del Código Civil y que dedicó el citado artículo tercero a mencionar los criterios de interpretación de las normas jurídicas. Naturalmente, interesa mencionar las ideas nucleares que siguen siendo vigentes para los juristas de nuestro tiempo.

De acuerdo con el legislador español, lo fundamental en la interpretación jurídica sigue residiendo no solo en el espíritu y finalidad de la norma, sino en la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada; pero esto ha de hacerse teniendo presente, a su vez, el sentido propio de las palabras, el contexto y los antecedentes históricos y legislativos. Aunque dé la sensación de jerarquización y pueda entenderse así en cierto modo, lo cierto es que no hay estanqueidad entre las categorías conceptuales que establece el Código Civil a la hora de interpretar el derecho.

A partir de aquel momento, el legislador quiso reducir la importancia de la realidad social del momento como elemento interpretativo. La ra-

zón estribaba —y estriba— en que la ponderación de la realidad social correspondiente al tiempo de aplicación de las normas es un factor siempre muy delicado, que hace posible acomodar en alguna medida los preceptos jurídicos en las circunstancias surgidas con posterioridad a la formación de aquellos; pero que no debería subvertirlos o seguir una aplicación completamente contradictoria con el significado nuclear de los términos empleados. Sin embargo, desde el primer decenio de este siglo y agudizado en los últimos años, comprobamos cómo se pretende en algunos casos cambiar completamente incluso el significado de las palabras en función precisamente de una realidad social interpretada desde ciertas atalayas orientadoras de los cánones de esas mismas sociedades. Algo similar sucede con el papel que se atribuye a la equidad en la aplicación de las leyes. Esta debe ceder su posición a la seguridad jurídica y aplicarse en concurso con los demás criterios interpretativos. En suma, la interpretación debe encontrar el equilibrio entre lo que dice el texto de la norma y lo que pudiera exigir la equidad del caso o la realidad social del momento en que dicha norma se deba aplicar (Sáinz Moreno, 1976: 137 ss).

El sentido propio de las palabras quiere decir que el punto de partida de la interpretación lo constituye el significado de las palabras según el lenguaje ordinario. Como antes ha explicado el profesor Sáinz Moreno, el sentido jurídico de las palabras aparece como una modificación de su significado ordinario a causa del uso de la palabra en un texto jurídico. El significado propio de las palabras hace posible la inteligibilidad del lenguaje jurídico y ayuda también a eliminar la arbitrariedad en la interpretación del derecho punto esto es así porque la argumentación jurídica que precede a la aplicación de las normas es un proceso que se apoya en el entendimiento común de lo que las cosas son y de lo que las palabras significan (Sáinz Moreno, 1976: 143).

Esta aspiración de equiparación del significado propio de las palabras con el que tienen en el lenguaje ordinario presenta dos excepciones. La primera se trata del caso de aquellas palabras que se definen precisamente en el texto jurídico. Y la otra excepción hace referencia a cuando se trata de

conceptos jurídicos puros o instrumentales, es decir, de conceptos que solo tienen un significado técnico jurídico. Conviene tener siempre presente la descripción de Federico de Castro, según la cual, “por sentido gramatical, se entiende el más inmediato a su texto, el que de modo directo resulta de las reglas del buen hablar” (De Castro y Bravo, 1955: 521). Sin olvidar que ese significado de las palabras en su uso común, una vez que se introduce en un texto, está a su vez determinado por el significado de la palabra en sí misma considerada y por lo que el contexto suma o resta a ese significado literal.

Si no existe pensamiento que no sea pensamiento sobre algo, tampoco existen palabras que no signifiquen algo. Este significado opera selectivamente; no lo dice todo de su objeto y lo hace de forma estimativa. Varía a lo largo del tiempo. El resultado de la interpretación puede ser como en consecuencia diferente en función del momento en el que se lea esa palabra. Para resolver este dilema el artículo tercero del Código Civil toma como punto de partida el significado actual que se le dé a esa palabra, poniéndolo en relación con los antecedentes históricos y normativos del precepto. Esta dificultad no se plantea cuando el significado de las palabras parece claro. Sucede que la claridad depende del conocimiento y experiencia que se tiene del lenguaje y de lo que designan sus términos. Esto no debe confundirse con el aforismo *in claris non fit interpretatio* (Villar Palasí, 1975: 51). Es posible que dos personas que afirmen entender con claridad un mismo texto entiendan cosas distintas de forma parcial; porque el conocimiento y experiencia de cada una de ellas le haga comprender el significado de forma distinta (*duo si idem dicunt non est idem*).

En cuanto al contexto de la palabra, éste puede ser verbal (se le suele llamar propiamente “texto”) o situacional (posición en el sistema, circunstancias externas subjetivas y objetivas; se le suele llamar “contexto”). El texto indica el sentido en que ha de tomarse la palabra según la función que desempeña en cada proposición. La extensión del concepto varía si coexiste con otros que operan sobre el mismo campo de referencia (Sausure, 1969: 191 ss). Indica también si la utilización de sinónimos se debe

solo al propósito de evitar redundancias o cacofonías o, por el contrario, tiene como finalidad fijar alguna distinción con el concepto antecedente. Esto último es muy importante en el idioma español en cuanto al estilo (Rodríguez Adrados, 1969: 543).

Por su parte, el contexto de un término lo forman aquellos elementos subjetivos y objetivos que modulan su propio significado. El análisis del contexto coincide con lo que tradicionalmente se ha llamado “interpretación sistemática”. Tanto la voluntad del autor, como la realidad social forman parte de los antecedentes históricos y legislativos del precepto e integran también el contexto. Cada concepto forma parte de una norma y ésta, a su vez, de un grupo de normas que, junto con otras, integran una estructura o sistema. Este hecho introduce la distinción entre un “contexto inmediato” y un “contexto mediato”. El primero está determinado por la propia norma que se contiene en el concepto; el segundo, por el grupo al que la norma pertenece y el ordenamiento jurídico en el que se inserta (Sáinz Moreno, 1976: 146).

La interpretación contextual o sistemática (Villar Palasí, 1975: 41) parte del hecho de que las normas jurídicas forman un sistema, un conjunto de elementos ordenados e inspirados según ciertos principios, de modo que cada elemento aislado no se puede entender por completo (Hernández Gil, 1973: 39 ss). Se trata de una antigua idea (*incivile est nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere*) que tiene una influencia decisiva a la hora de la interpretación correcta del caso concreto en un ordenamiento jurídico por los jueces y tribunales. El ordenamiento jurídico es algo más que el medio en el que la norma vive; es algo que forma parte de cada norma, cuyo texto está informado por los principios generales del ordenamiento.

La coherencia entre el significado del término y su contexto se plantea de modo inmediato cuando ha sido definido legalmente por la norma a la que pertenece o por otra del ordenamiento jurídico. También, cuando, sin existir una definición legal, el significado del término aparece delimitado indirectamente por las demás normas del ordenamiento o la reiterada jurisprudencia.

Es un problema de argumentación jurídica en el que es determinante el conocimiento que el intérprete tenga del ordenamiento jurídico.

El valor de la interpretación histórica está en relación inversa a la antigüedad de la norma. Mientras que el legislador actual debe demostrar correctamente lo que ha querido al promulgar una determinada norma para que sea exitosa su interpretación; la demostración de lo que quiso respecto de una norma de otra época solo puede ser eficaz si se encuentra una comprensión similar de lo que se quiso regular entonces respecto del presente. Aunque el Código Civil distinga entre antecedentes legislativos e históricos, no queda clara la distinción entre unos y otros; pues los antecedentes legislativos están de alguna manera insertos en su contexto histórico y, por otro lado, no es inusual que el legislador de una época determinada no esté a la altura y, por tanto, ni siquiera los materiales en los que se basó para dictar una norma reflejen las características del momento en que se aprobó (Sáinz Moreno, 1976: 150).

Así, por ejemplo, de las normas preparatorias de esa modificación del artículo 3 del Código Civil, se sigue que los antecedentes legislativos a los que se refiere pueden conocerse con cierta precisión tanto si se trata de normas legales como de normas reglamentarias. En el primer caso, gran parte de estos antecedentes se publican y en el segundo forman un expediente que debe conservarse precisamente para facilitar la interpretación de las normas. Sin embargo, los antecedentes históricos son distintos. Por una parte, porque el legislador no siempre refleja en sus normas la situación real, ni las ideas predominantes del momento en que se dictan. Por otro lado, porque entre lo que el legislador quiso expresar con el precepto y lo que entendieron sus destinatarios puede existir un desajuste en mayor o menor grado.

Los antecedentes históricos constituyen el ámbito en el que se produce la norma y sobre el cual actúa esta desde el momento en que se promulga hasta su derogación. Los efectos de la norma a lo largo del tiempo varían según el cambio que experimenta el contexto en el que la norma se desenvuelve. Esta variación debe o debería verse reflejada en la jurisprudencia y en la doctrina. Para poder entenderla, incluso cuando se aspira a

adoptar una postura objetiva, dejando al margen cualquier subjetivismo, son indispensables la “captación del sentido originario de la norma” y el “rastreo de su hilo evolutivo”. En esta función de respuesta, ocurre que las disposiciones normativas, los textos y las instituciones jurídicas contempladas por ellos están condicionados por las circunstancias sociales existentes en el momento de su nacimiento y la respuesta que se dio. Tanto los textos como las instituciones no son otra cosa que respuestas que en un momento histórico determinado se han dado problemas o grupos de problemas sociales típicos (Díez Picazo, 1973: 249).

La invocación al espíritu y la finalidad de las normas del artículo 3 del Código Civil “debe entenderse dirigida a los principios y fines que las inspiran” (Sáinz Moreno, 1976: 155). Ahora bien, no se puede equiparar espíritu de la norma y principio jurídico. Al menos, no cabe exactitud de correspondencia entre ambos conceptos en sentido filosófico. Este espíritu al que se apela en la norma jurídica positiva española debe referirse, en el ámbito del derecho, a la función que tienen en este saber los llamados principios generales. Si se entiende de otro modo, se crearía una figura vaporosa para la técnica de la interpretación jurídica.

No pueden confundirse el “espíritu de las leyes” (*l'esprit des lois*), el “espíritu de un pueblo” (*Volkgeist*), los “juicios que enuncian la realidad e imperativos o ideales que quieren dirigir la sociedad” (Dilthey, 1956: 391) o el “espíritu jurídico” con los llamados “principios jurídicos”. Estos no son nociones vagas que se intuyen más que entienden, sino expresiones técnicas concretas, fórmulas simples como pero operativas gracias a las cuales funciona el derecho. La razón por la que la invocación del espíritu de las normas como criterio de interpretación jurídica lo es a los principios generales del derecho reside en la propia afirmación del Código Civil, cuando decreta en su artículo 1º, 4, que “los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico”. Es precisamente este carácter informador del ordenamiento jurídico —sería absurdo de otro modo— lo que en el artículo tercero del cuerpo legal citado se denomina con la expresión “espíritu” de las normas jurídicas.

En cuanto a la finalidad como criterio interpretativo, se puede entender de dos maneras. La primera referida a los fines generales del ordenamiento jurídico que son su fundamento. La segunda dirigida a los fines concretos de cada norma aislada o como parte de un grupo de normas. El punto de partida es determinar para qué se dictó la norma y si la interpretación que se da hace posible alcanzar el fin preceptuado. Una observación crucial se impone. Si bien la finalidad de las normas es alcanzar objetivos meta-jurídicos, una interpretación finalista no puede inventar lo que dice un precepto y hacer que diga lo que no dice, aunque sea a favor de los fines que persigue. El texto de la norma señala los fines y regula la manera de obtenerlos, dentro del sistema de normas, principios y fines que informan el ordenamiento jurídico y donde se insertan. Si se olvida que los fines de las normas son metajurídicos, es decir, relativos, en tanto están en relación con los otros fines del ordenamiento jurídico y se opta por entender tales fines como absolutos, es decir, que se deben alcanzar al margen de las normas, ello implica la destrucción del derecho.

IV. LOS PODERES DISCRECIONALES DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Cómo es lógico, y en todo caso, en un especialista del derecho administrativo, Sáinz Moreno dedica la mayor parte de su esfuerzo al estudio de los conceptos jurídicos indeterminados en éste. Pero el autor no trata de hacer una reflexión general dentro del ámbito del derecho administrativo, sino que pretende fijar un concepto y unos límites a un tema tan importante entonces y ahora, como es el poder discrecional de las administraciones públicas. Este es un problema que no solo debe importar a todos los juristas, sino a todas las personas. Hace casi cincuenta años ya se advertía de la actividad invasora, creciente y desmesurada de la administración. Y es muy abundante la literatura jurídica en los últimos dos decenios y, en particular, en el último decenio en el que se insiste en una 'administrativización' del

poder político, en una pérdida democrática de la influencia del soberano y en la primacía del poder gubernativo con su brazo ejecutor, que son las administraciones públicas.

¿Tiene límites el poder discrecional de la administración? Y si los tiene, ¿cuáles son? No es lo mismo el marco del Estado de derecho, del Estado constitucional, que con sus imperfecciones se realiza, se respeta; que el marco de un Estado donde existe alguna clase de ordenación jurídica (naturalmente, todo Estado para ser tal la ha de tener), pero no responde a la idea del Estado constitucional. Como, por desgracia, sucede en la actualidad en la mayor parte de países de la Tierra. Conceptos vagos, indeterminados se encuentran en todas las leyes. Pero es en el derecho administrativo donde adquieren una mayor relevancia. ¿Cómo deben interpretar las administraciones públicas estos conceptos indeterminados? ¿Qué margen tienen para ello? En la obra que revisitamos y por lo que se refiere a la doctrina española, el autor estudia las posiciones de García de Enterría, Martín González y Pérez Olea, y ofrece además una cuidadosa exposición de la jurisprudencia contenciosa administrativa hasta el momento.

García de Enterría, quien inspira fundamentalmente a Sáinz Moreno, dice que no cabe sustituir un concepto jurídico indeterminado por otro igualmente indeterminado. Habrá que justificar la aplicación de dicho concepto a las circunstancias de hecho de que se trata. Otra cosa es formular una conclusión. La reducción de la discrecionalidad por la vía de los conceptos indeterminados no es más que la consecuencia ineludible de una concepción del derecho coherente con los postulados de la mayor justicia y razonabilidad exigibles en todos los actos de la administración, cuyo juicio definitivo —en términos jurídicos, no de oportunidad jurídica— corresponde a quienes tienen encomendada institucionalmente la función de juzgar (Sáinz Moreno, 1976: 278).

Un concepto jurídico indeterminado no deja de ser siempre expresión de un concepto jurídico y, por tanto, constituye la expresión de ideas rectoras de las decisiones administrativas y, según esto, en ningún caso podrían ser fuente de discrecionalidad. Inevitablemente, queda a criterio

de la discreción de las administraciones públicas decidir lo que ha de ser interpretado políticamente al no ser jurídico. Los ejemplos pueden ser sencillos. Si una carretera debe trazarse por este o por aquel lugar, si debe hacerse una autopista o una autovía, si el reparto competencial de una materia debe asignarse a un departamento o a tres, hasta dónde llega la zona urbanizable o no urbanizable.

La expresión “interés público” sigue siendo determinante. ¿Cómo puede controlarse una decisión administrativa sobre cuál es la solución más adecuada para el interés público? Para Sáinz Moreno, ha de recurrirse a lo que llama “valores jurídicos sustanciales”. La potestad discrecional no puede arruinar estos valores. Y sobre todo ha de tenerse presente que la interdicción de la arbitrariedad es un valor jurídico sustancial. El control judicial de la arbitrariedad elimina las decisiones arbitrarias, pero no las fundadas y razonables tomadas en el ámbito de las facultades atribuidas por la ley a las administraciones conforme a la idea que la ley exprese. Ni que decir tiene que, en esta afirmación, se encuentra la fuente de numerosos conflictos y problemas, que, cuando los agentes políticos no son suficientemente maduros o no están formados en la democracia, acaban en las acusaciones de judicialización de la política o politización de la justicia o, como últimamente se ha querido poner de moda con un extranjerismo, en “lawfare”.

El concepto de interés público es un elemento esencial del ordenamiento jurídico. Su satisfacción es uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa. De ahí que determinar en qué consiste el interés público y a quién corresponde apreciar lo que en cada caso conviene o perjudica a ese interés no es solo una cuestión política o filosófica, sino un problema jurídico de la mayor importancia (García de Enterría y Fernández, 1975: 273). Así, una cuestión previa a la decisión de problemas singulares y que tiene la mayor importancia en la configuración de la actividad iniciativa, consiste en decidir si el bien común puede imponer sacrificios con objeto de que las nuevas generaciones disfruten de un nivel de vida más alto. Desde el punto de vista de los principios generales, “resultaría no solo indebido, sino también monstruoso, sacrificar a las gentes de un determinado periodo para que las nuevas generaciones que

advengan disfruten de un mayor bienestar” (Recasens, 1959: 614). Esta noble afirmación, irreprochable en principio, cede ante los casos concretos de la actuación administrativa dirigida a reordenar la vida social.

Para que la noción de bien común (Verdross, 1962: 389) o de interés público sea operativa es necesario delimitarla jurídicamente. En esta tarea, corresponde al legislador definir la idea de interés público que persiga el Estado en cada momento y, a la administración, ejecutar mediante reglamentos y actos la noción de interés público dentro de los fines, alcance y requisitos señalados por la ley. De este modo configurado, cada decisión administrativa es una decisión jurídica; es una decisión cuya validez depende de su concordancia con el ordenamiento jurídico; porque se funda en lo que conviene o perjudica al interés público (Sáinz Moreno, 1976: 315).

La invocación del “interés general” en el artículo 103.1 de la Constitución de 1978 convierte los intereses generales en un concepto abstracto y formal que expresa “el fin institucional mismo de la Administración, del conjunto de Administraciones públicas, en cuanto poder público” (Parejo Alfonso, 1998: 605). Está ampliamente consolidado en las leyes y demás normas del ordenamiento jurídico español y es expresión de un principio político que justifica y da sentido a la existencia de la organización estatal y que, en el plano jurídico, sirve de fundamento de inspiración a la aplicación de otros criterios elaborados para ese fin, es decir, no cumple la función de solucionar de forma concreta casos singulares (Acosta, 2019).

El concepto de interés público se utiliza como presupuesto de prohibiciones, limitaciones o coacciones, y de autorizaciones o licencias; para justificar reformas, o modificaciones o suspensiones de actos, contratos o derechos patrimoniales; la existencia de entidades sometidas a un régimen jurídico especial, y, también, las modificaciones en los procedimientos de actuación. Y cumple una triple función en el derecho público. En primer lugar, es uno de los criterios que inspira la interpretación y aplicación de las normas. En segundo lugar, es un concepto jurídico que necesita ser interpretado. Y, en tercer lugar, constituye un elemento nuclear de las decisiones administrativas (Sáinz Moreno, 1976: 322).

La primera de estas funciones deriva de la idea que justifica la existencia de entes públicos. La segunda hace referencia a que esta noción es también presupuesto de legalidad de concretas actuaciones administrativas y, en tal condición, necesita de interpretación. Necesita de una idea nuclear que le dé sentido y unidad. Por eso, la noción de interés público se debe examinar primero en sí misma y luego en relación con la función que cumple la norma y en la situación a la que se aplica. La tercera de las citadas funciones es uno de los elementos nucleares de la llamada discrecionalidad administrativa. Si en un estado constitucional corresponde al legislador fijar lo que conviene al interés público, la actuación de las administraciones públicas es de naturaleza técnica y solo en cierto modo política. Su función en esta materia consiste en aportar a la resolución de cada caso conocimientos técnicos objetivos; razones y no intuiciones personales. El interés público se ha de entender, por tanto, como un concepto jurídico.

La actividad de la administración es discrecional, existe una habilitación de discrecionalidad, por tanto, libre dentro de los límites formales y materiales trazados por el ordenamiento jurídico; cuando una norma atribuye una potestad sin fijar el criterio que ha de servir de fundamento a la decisión administrativa. No obstante, esa libertad tiene que ejercerse de modo compatible con la noción de interés público, idea a la que está vinculada por ley toda la actividad administrativa y cuyo contenido se puede limitar a interpretarse jurídicamente por tratarse de un conflicto jurídico y no de una simple invocación a la libre apreciación de quien decide. Por otro lado, cuando la norma formula el criterio de la decisión mediante un concepto jurídico indeterminado no atribuye una facultad discrecional; porque todo concepto jurídico, cualquiera que sea el grado de indeterminación, expresa una idea que puede servir de criterio para una decisión en cuanto que puede ser utilizado en “juicios de verdad” (Sáinz Moreno, 1976: 347).

El interés público es una noción jurídica y el Tribunal Supremo ha mostrado a través de su jurisprudencia la naturaleza jurídica del concepto de interés público. López Galera (2010) extracta bien las ideas del autor

que se conmemora respecto de la decisiva labor de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en este aspecto. La jurisprudencia da pie a entender el concepto de interés público como un interés jurídico, del que sólo se puede derivar a una solución justa. El Tribunal Supremo, a través de una jurisprudencia de excepcional importancia, ha mostrado la esencia jurídica del concepto de “interés público” (Sáinz Moreno, 1976: 313). Su Sala Tercera, en su sentencia de 2 junio de 1967, sostiene que apreciar lo que aconseja el interés público “no puede convertirse en libre arbitrio, sino que el ejercicio de dicha facultad ha de hacerse en consecuencia con lo que resulte de las circunstancias, datos e informes que consten en las actuaciones administrativas” (*idem*: 333). Y, en su sentencia de 27 de mayo de 1968, sostiene que la determinación de la necesidad de un servicio para servir al interés público no puede ser más que una. Claro es que la apreciación de los elementos que hay que ponderar para llegar a esa solución única puede ser difícil (*idem*: 335).

Por su lado, la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1974 dice que la atribución por ley de una facultad discrecional no permite en ningún caso una actuación arbitraria. “El núcleo de decisión se delimita en virtud del interés público, como concepto jurídico indeterminado”. En esta Sentencia se encuentra la paradoja o la contradicción, en mi opinión, de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados en el derecho administrativo. Así el Tribunal Supremo dice, por un lado, que actuar o no en función del interés público implica una “cierta indeterminación de aquella potestad de la Administración”. Sáinz Moreno reconoce esa paradoja o contradicción, pues hay también una cierta indeterminación de los límites.

Los límites son otra indeterminación, aunque el administrativista insiste en que la decisión no puede ser “irrazonable o arbitraria”. La razonabilidad la dan los informes de organismos o corporaciones que la ley impone con carácter previo. Pero es evidente que esos informes pueden ir por caminos muy distintos y posibilitar conclusiones sobre el interés público muy diversas e incluso contradictorias. Incluso es posible que los informes coincidan en justificar una determinada decisión y la Administración tome

otra (*idem*: 339), aunque la discrecionalidad administrativa está sometida al control judicial, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 1974 (*idem*: 341).

El empeño de los administrativistas por situar este concepto en la categoría de “concepto objetivo” y considerarlo determinante siempre de una sola solución justa se manifiesta también cuando afirman que el interés público, al estar incorporado a una norma jurídica, permite su “objetivización”. Parece exagerada la tesis de que “el interés público como concepto legal plantea un problema de interpretación jurídica, no de libre decisión”. La administración ha de hacer “un examen razonado y objetivo de qué en ese caso conviene al interés público” según las reglas de interpretación jurídica que están en el Código Civil. “No se trata de decidir lo que conviene al interés público según la intuición o experiencia personal de quien aplica la norma” (*idem*: 325). Evidentemente quien aplica una norma e interpreta el alcance del “interés general” no se puede inventar caprichosamente cuál es el contenido exigible de ese concepto en el caso concreto.

La argumentación jurídica forma parte de los procesos o de la dinámica del derecho y de la realidad jurídica. Pero hay argumentos para muchos y diferentes gustos, luego no hay una “interpretación objetiva” sobre lo que el interés público es o exige para el caso concreto. En el fondo de estos planteamientos de los administrativistas, lo que hay es un cierto optimismo gnoseológico (“es posible conocer objetivamente qué es y qué exige el interés público”) y también un optimismo —dígase— hermenéutico, esto es, el optimismo de creer que es posible interpretar un concepto jurídico de manera científica.

La discrecionalidad plena no existe en el ámbito del derecho administrativo. No hay más discrecionalidad completa que la que corresponde a las decisiones adoptadas según criterios políticos; decisiones que, por su esencia, no son jurídicas en su núcleo esencial. Todo lo que la administración hace está sujeto a las reglas y principios del ordenamiento jurídico, incluso cuando actúa en el ejercicio de potestades que se han calificado de discrecionales (potestad reglamentaria, organizativa, etcétera); porque para

ellas rige, al menos y de modo inexcusable, el principio de racionalidad. En el ámbito del derecho, la discrecionalidad administrativa confiere una cierta amplitud de criterio, no falta de criterio, a la administración en determinadas materias para decidir conforme a lo que conviene al interés público. La decisión discrecional está delimitada por sus elementos reglados y configurada en su propia esencia por el criterio de su concordancia racional con la noción de interés público.

La posición de las administraciones públicas ni es independiente ni es imparcial respecto del poder público. Esta evidencia no puede negarse bajo ninguna alternativa. Sería una falsedad de raíz que provocaría una inevitable distorsión de la comprensión del rol de la administración y en su caso del juez. Éste, dadas su formación y las garantías constitucionales que le asisten, es imparcial e independiente y ha de confiarse en lo que Sáinz Moreno llama “tacto judicial” para que su control sobre las Administraciones Públicas no constituya una rémora que coarte o limite indebidamente el ámbito de la discrecionalidad. Por esto, la misión del juez administrativo es más profunda y vital que la de un mero guardián de la ley como expresión de la voluntad popular. Hay una diferencia esencial entre la posición del juez y la posición de la administración. Al juez corresponde decir lo que es justo, a la administración obrar con justicia. Ambas son cosas distintas. La administración debe actuar dentro de la legalidad y con justicia, pero su función no es expresar lo que la justicia exige en cada caso; porque su posición en los conflictos de la vida comunitaria no es neutral e independiente, sino activa e interesada, aunque sea en defensa del interés público.

V. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ACOSTA GALLO, P. (2019). Interés general. *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad*, (16), 173-182. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.4698>.
- CASTRO Y BRAVO, F. de (1955). *Derecho Civil de España*, tomo I. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

- CRUZ HERNÁNDEZ, M. (1965). *Lecciones de psicología*. Madrid: Editorial Revista de Occidente. Madrid.
- DÍEZ PICAZO, L. (1973). *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*. Madrid: Editorial Ariel.
- DILTHEY, W. (1956). *Introducción a las ciencias del espíritu* (traducción de Julián Marías, prólogo de José Ortega y Gasset). Madrid: Editorial Revista de Occidente.
- GADAMER, H. G. (1972). *Warheit und Methode*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Verlag.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; y Fernández, T.-R. (1975). *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I. Madrid: Editorial Civitas.
- GARCÍA VALDECASAS, A. (1965). *Pregunta y verdad*. Madrid: Real Academia Española. Madrid.
- HEIDEGGER, M. (1963). *Holzwege*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann Verlag.
- HERNÁNDEZ GIL, A. (1973). *Estructuralismo y Derecho*. Madrid: Editorial Alianza Universidad.
- LÓPEZ CALERA, N. (2010). El interés público: entre la ideología y el derecho. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44 (2010), 123-148.
- MARÍAS, J. (1970). *Antropología metafísica*. Madrid: Editorial Revista de Occidente.
- ORTEGA Y GASSET, J. (1976). *La idea de principio en Leibniz y la evolución de la teoría deductiva*. Obras completas, tomo VIII. Madrid: Editorial Revista de Occidente.
- PAREJO ALFONSO, L. (1998). Capítulo X: El interés general o público. Las potestades generales o formales para su realización. En: Parejo Alfonso, L., Jiménez-Blanco, A. y Ortega Álvarez, L., *Manual de Derecho Administrativo* (5ª ed.), Volumen I, Barcelona, Ariel Derecho, pp. 605-703.
- RECASENS SICHES, L. (1959). *Filosofía del Derecho*. México: Editorial Porrúa.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, F. (1969). *Lingüística estructural*, volumen I. Madrid: Editorial Gredos.

SÁINZ MORENO, F. (1976). *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Editorial Civitas.

SAUSSURE, F. de (1969). *Curso de lingüística general*. Buenos Aires: Editorial Losada.

VERDROSS, A. (1962). *La Filosofía del Derecho en el mundo occidental*. México: Centro de Estudios Filosóficos, Universidad Nacional Autónoma de México.

VILLAR PALASÍ, J. L. (1975). *La interpretación y los apotegmas lógico-jurídicos*. Madrid: Editorial Tecnos.