

EL GRADO DE DETERMINACION LEGAL DE LOS CONCEPTOS JURIDICOS

POR

MANUEL MARTÍN GONZÁLEZ

Doctor en Derecho.

Profesor Adjunto y Encargado de Curso de Derecho Administrativo
de la Universidad de Madrid.

SUMARIO: Introducción: Los principios de seguridad y de flexibilidad y su reflejo en las fórmulas jurídicas. Clases de conceptos según el grado de determinación normativa: A) *Conceptos jurídicos determinados*: A-a) Directamente (de forma explícita e implícitamente; nociones conceptuales y funcionales). A-b) Indirectamente: A-b-a) Por remisión a la experiencia común y general. A-b-b) Por remisión a la experiencia técnica (concepto de actividad técnica, naturaleza, carácter vinculado de la misma y posibilidades de su fiscalización). B) *Conceptos indeterminados* (su correspondencia con la discrecionalidad; doctrinas total o parcialmente contrarias; las dos posibles fases de su determinación; postura jurisprudencial). La clasificación a la luz del mecanismo de aplicación de los distintos tipos de conceptos.

Para cumplir su función —reglamentar la vida social—, el Derecho ha de satisfacer dos exigencias esencialmente contradictorias. Por un lado, ha de ser rígido y estable, a fin de garantizar la seguridad en las relaciones jurídicas; por otro, deberá ser móvil, flexible, evolutivo, capaz de adaptarse lo más perfectamente posible a las transformaciones y modificaciones de la vida social (1). Esta su connatural antinomia entre la necesidad de seguridad en las relaciones jurídicas y la necesidad de adaptación a las circunstancias siempre cambiantes de la vida social, se refleja naturalmente, en sus fórmulas; así, unas son fijas, estables, precisas, completas, detalladas, inmóviles, rígidas (2); otras, en cambio, genéri-

(1) Podría incluso afirmarse que en el Derecho privado es más importante la precisión (garantía de eficacia); en el público, en cambio —y especialmente en el administrativo—, es más importante la fluidez.

(2) Reglas estrictas que, en ningún caso, pueden equipararse, como hace PUIG BRUTAU (*La jurisprudencia como fuente del Derecho*, Barcelona, s/f, 1951 ó 1952, 173) con el *ius cogens*, cualquiera que sea el concepto que sobre el mismo se mantenga. Vid. la equiparación que GARRIDO FALLA hace entre *ius cogens* y derecho obligatorio (*Tratado...*, op. cit., I, página 113), y la crítica a la misma de GARCÍA-TREVIJANO, en esta REVISTA, núm. 28, pág. 155, así como el concepto de normas cogentes y normas dispositivas —clasificación diferente de la de normas obligatorias y permisivas— de este último, en su *Tratado...*, op. cit., I, pág. 205.

cas, elásticas (3), flexibles, completables, móviles, fluidas, inestables; en aquéllas, las soluciones están predeterminadas y son invariables; en éstas, la variabilidad y elasticidad de soluciones permite su adaptación a las modificaciones del medio a que se apliquen; aquéllas presentan, frente a la ventaja de la seguridad, el inconveniente de unas aristas fijas que dificultan la adaptación del Derecho a las transformaciones de la vida y a la singularidad de los casos; éstas, y frente a la imposibilidad de conseguir seguridad completa, suponen un intento de alcanzar el máximo de seguridad compatible con la flexibilidad que exige el concepto para que sea aplicable (4) (5).

Las primeras establecen reglas que intentan satisfacer la sed de pre-

(3) Por supuesto que, como decimos en el texto, las expresiones empleadas hasta aquí lo están en un sentido atécnico y pre-jurídico. En efecto, y como ejemplo, no se podría hablar en sentido técnico de elasticidad y flexibilidad para referirse a un mismo tipo de fórmulas. Como se ha subrayado (GARCÍA-TREVIJANO, *Tratado de Derecho administrativo*, Madrid, 1965, I, pág. 208) que una norma es flexible, se ha de entender en el sentido de «modificable por procedimientos normales»; que es elástica, en cambio, quiere decir «que es de fácil y moldeable interpretación».

(4) Acaso nos pudiéramos preguntar cómo se explican tales normas, que responden al principio de flexibilidad, si todo el Derecho debe garantizar seguridad jurídica. Mas adelante, al referirnos a los conceptos jurídicos indeterminados, aludiremos a su justificación.

(5) Las ventajas de estas fórmulas están precisamente en los inconvenientes de aquéllas: en que la definición exacta, a través de rasgos formales, deja fuera de sus límites las hipótesis formalmente no previstas, a pesar de la identidad del fondo, y no comprende la propia hipótesis si, por cualquier rasgo, el caso concreto no se ajusta exactamente a la tipificación legal. Sobre los inconvenientes de la excesiva precisión legal vid. RIPERT, *Le declin du Droit*, núms. 21 y sigs., y sobre el dilema que ambas fórmulas presentan, DU PASQUIER, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit*, Neuchâtel, 1948, núm. 194.

ROUBIER, P., ha señalado (*Theorie générale du Droit*, París, 1951, pág. 112), cómo el «standard» jurídico, la regla imprecisa, ofrece la posibilidad de individualización del derecho aplicable, teniendo en cuenta todas las circunstancias particulares del caso, lo que representa un cierto progreso, ya que la justicia debe ser concreta, progreso y ventaja que se obtienen a costa, sin embargo, de la seguridad jurídica. Sobre la eterna antinomia entre los postulados de ésta y los de la necesidad de adaptación a la vida, cfr. ESSER, *Principios y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, Barcelona, Bosch, 1961, *passim*, quien, sin embargo, advierte que las fórmulas elásticas, que pueden tener en cuenta la evolución social y la adaptación jurídica, ofrecen también destacadísimas garantías de estabilidad e incluso de continuidad, pudiendo convertirse —a través de la «sustancia directiva» de sus aplicaciones constantes— en sostén de la propia seguridad jurídica frente a un poder legislativo que por razones políticas se haya alejado de la objetividad (cfr. pág. 34). En cualquier caso el valor que la idea de seguridad jurídica encierra es susceptible de cotizaciones fluctuantes: en la tabla de los antinómicos «supremos valores jurídicos» cambia de puesto al compás de las distintas culturas y concepciones sociales; de ahí la observación que sobre la elección de uno u otro de los posibles procedimientos hacemos en la nota 17 de este trabajo. Sobre su desvalorización desde 1900, cfr. RADBRUCH, *Annales Insti. Phil.*, III, 1938, pág. 55, citado por ESSER, *Principio y norma...*, cit., pág. 476, nota 184.

cisión del espíritu humano, predominando en su aplicación el automatismo; las segundas señalan *directrices*, en cuya aplicación predomina la idea que la fórmula encierra; en el primer caso nos enfrentamos a un esquematismo simple, rígido y pobre, que se despreocupa de los matices, pero seguro y estable; en el segundo, en cambio, con la posibilidad de ponderar todos los supuestos —aún excepcionales—, pero también con una incertidumbre que pone en peligro la estabilidad jurídica; allí, si se trata de realidades cuantitativas, se emplearán cifras, si cualitativas, enumeraciones (reducción a lo cuantitativo), sacrificándose «la plenitud de la idea, expresada por el género, a la comodidad de las especificaciones»; aquí, las realidades cualitativas, por resistirse a su reducción a lo cuantitativo, no pueden expresarse sino a través de su signo (o signos) o índice más significativo, y las propias realidades cuantitativas no son susceptibles de ser cifradas (6); unas se adaptan más a la realidad, a la verdad, a la oportunidad; las otras apenas permiten tal adaptación, pero son mucho más objetivas (7).

En nuestro entender, no se puede plantear una polémica sobre si el Derecho, en virtud de esa su exigencia de seguridad unánimemente reconocida, debe elaborar exclusivamente definiciones relativamente simples y fáciles de manejar (8), o si, por el contrario, ha de preocuparse de elaborar definiciones científicamente correctas (9), ya que la propia naturaleza de la realidad a que se han de aplicar exige la presencia conjunta de ambas. A veces la necesidad de seguridad prevalece de modo absoluto sobre las consideraciones de verdad y oportunidad (Derecho punitivo —penal o no— (10), requisitos formales y procedimentales, competencia,

(6) Cfr. DABIN, *Teoría general del Derecho*, Ed. «Revista de Derecho Privado», Madrid 1955, pág. 280.

(7) *Grosso modo*, las primeras podrían calificarse con ESSER como constitutivas de un «sistema cerrado», tal como viene representado por la idea de la codificación, y las segundas como integrantes de un «sistema abierto», cuyo prototipo moderno sería el método del Derecho del caso inglés y angloamericano. De esta estructura, axiomáticamente cerrada o problemáticamente abierta de un sistema jurídico, dependerá que los pensamientos básicos sean *principia* en sentido aristotélico, a partir de los cuales se «concluye» deductivamente, o criterios pragmáticos («topoi») de la justicia material, o, en su caso, de los fines fijados por la política jurídica, que renuncian a una conexión deductiva coherente y atacan el problema, en su entidad aparentemente aislada, partiendo libremente de los dictados reconocidos de la razón, del *common sense*. ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, Barcelona, Bosch, 1961, pág. 57.

(8) Como propugna DABIN, *Teoría general...*, op. cit., pág. 279.

(9) RUSSO, *Realité juridique et réalité sociale*, París, 1942, págs. 65 y sigs.

(10) Ello no quiere decir que el Derecho penal no utilice más que conceptos rigurosamente definidos: existe indeterminación al no precisarse el número de hechos necesarios para constituir el hábito (embriaguez habitual) y en la utilización de conceptos

etcétera); otras, en cambio, y dada la complejidad, variedad o posible variación en el tiempo de determinadas categorías de relaciones sociales, ha de prevalecer la flexibilidad si no se quiere correr el peligro de graves desaciertos axiológicos. En la actualidad se advierte, sin embargo, un esfuerzo de todos los Ordenamientos por eliminar lo vago de la idea mediante conceptos unificadores, un aumento de esa sed de precisión del espíritu humano, una evolución de la directriz hacia la regla. Pero la vida social, infinitamente múltiple, compleja, cambiante, no puede ser conducida y reconducida a una colección de hipótesis *a priori* a las que el Derecho habría provisto de otras tantas soluciones uniformes; de ahí, y puesto que el Derecho «está obligado a desposarse con la plasticidad de la vida» (11), la necesidad de fórmulas amplias, elásticas, cuya maleabilidad permita su aplicación a todos los casos, previsibles o no, atribuyendo a cada uno de ellos el trato apropiado.

Hasta aquí las consideraciones formuladas —y las expresiones empleadas— lo están en un sentido lógico y prejurídico, por lo que al señalar cómo tal variedad se refleja en las fórmulas jurídicas empleadas, hemos de precisar jurídicamente dicho reflejo. Prejurídicamente podríamos significar cómo tal polaridad se corresponde con dos tipos de conceptos: determinados aquéllos e indeterminados éstos; pero dentro de la indeterminación lógica, es preciso distinguir jurídicamente aquellos supuestos en que hay que entender que la norma se remite, para la necesaria determinación que exige la aplicación a los casos concretos, a la experiencia (común y general o técnica y profesional), de aquellos otros en que dicha tarea se encomienda expresamente a las *valoraciones subjetivas* del órgano al que se encarga tal aplicación; en sentido atécnico y prejurídico, en ambos supuestos hay indeterminación (lógica); en sentido jurídico no se puede hablar, sin embargo, de indeterminación legal (normativa, para ser más precisos) de los conceptos, sino en el último de los supuestos, es decir, cuando la norma no establece unos módulos o, aun estableciéndolos muy vagos y genéricos, se encomienda al órgano su aplicación de acuerdo con sus propias valoraciones.

Sólo en este último supuesto la norma confía a la Administración (si es ésta la que ha de aplicar el concepto) un cierto ámbito, más o menos amplio, según los casos, de propia determinación y concreción; en los demás, no se deja a la Administración libertad alguna de apreciación, de

psicológicos, no susceptibles de determinación *a priori* («aviesamente, ensañamiento, etc.), en la graduación dentro de los límites máximo y mínimo de las penas...

(11) DABIN, *Teoría general...*, op. cit., pág. 271.

forma que prácticamente podría decirse que de antemano se conoce la decisión de adoptar.

Los conceptos jurídicos son, en definitiva y como se sabe (12), «reelaboraciones» que la ciencia del Derecho hace de los conceptos científicos que primariamente han captado y definido las realidades (lo «dado por la vida») que están en su base, reelaboración que se lleva a cabo en función de las exigencias del propio cometido que en el campo jurídico van a desarrollar, y por tanto, normalmente en sentido distinto al originario (naciones funcionales, independencia de las calificaciones jurídicas entre sí o en relación con los conocimientos vulgares o científicos), justificándose la operación desvirtuadora en aras de las exigencias de practicabilidad del Derecho, practicabilidad que comprende, ante todo y en su esencia, la posibilidad de su aplicación, a través de un especie de vaciado de las reglas sobre las situaciones de hecho o a través del encuadramiento de éstas en los trazos rígidos de la fórmula. Pues bien, esta misma necesaria «practicabilidad» impide otras veces que aquella reelaboración se lleve a cabo dentro del Derecho, abandonándola a los conocimientos originarios (vulgares y técnicos) existentes en cada momento, y finalmente, otras puede exigir —o aconsejar como más conveniente— remitirse, no a tales conocimientos tal y como existen en cada momento en la cultura común o en las ciencias, sino a las propias valoraciones de quien deba actuar el concepto (13).

Tales reflexiones, válidas en teoría general del Derecho, tienen singular importancia en el derecho supraindividual (14) y especialmente en el Derecho administrativo, ya que en ningún otro campo (a salvo quizá

(12) DABIN, *Teoría general del Derecho*, op. cit., págs. 276 y sigs.

(13) Puesto que los resultados de la elaboración científica del Derecho y los principios del Derecho natural, son —en cuanto directrices de la conducta social— demasiado generales, esquemáticos, huidizos e indeterminados en sus contornos para insertarse útilmente en la fluidez móvil y multiforme de la vida, la técnica jurídica debe suplir tal insuficiencia. De ahí que, tomándolo de JHERING, GENY haya visto en la necesaria «practicabilidad» del Derecho, en esa «realizabilidad» plena y segura del orden jurídico, la misión esencial de la técnica jurídica. Tal realizabilidad aparece en sí misma como una exigencia de justicia y razón, porque, ¿para qué serviría un Derecho que se limitase a la formulación de puros principios y no se pudiese «actualizar en la vida»? El devenir real del derecho necesita procedimientos especiales de realización, distintos de los preceptos en sí, que la técnica jurídica le ha de procurar, adaptando los medios al fin, con vistas a garantizar la penetración eficaz del derecho en la vida social, la aprehensión total de las realidades por las reglas GENY, G., *Science et technique en Droit privé positif*, III (*Elaboration technique du Droit positif*), París, Sirey, 1921, págs. 34 y sigs.

(14) Vid. sobre la noción de Derecho supraindividual, superadora de la de Derecho público, GARCÍA-TREVIJANO, *Tratado de Derecho administrativo*, I, Madrid, 1964, páginas 135 y sigs.

el Derecho internacional público) las situaciones a regular —la vida administrativa— están más sembradas de imprevistos a los que es necesario proveer de soluciones a ellos adecuadas y que, por tanto, no se pueden fijar de antemano. Sólo reglas amplias en cuyo marco, y dentro desde luego de los límites de la legalidad, pueda cómodamente moverse el órgano administrativo, ofrecen esa posibilidad. Pero su mayor frecuencia en Derecho administrativo no viene exclusivamente determinada por esa imprevisibilidad de buena parte del actuar administrativo, sino también, y a la vez, por la necesaria predeterminación legal de toda su actuación. Si la situación no puede preverse y la actuación tiene que estar legalmente predeterminada, será necesario utilizar fórmulas amplias, en las que quepan todas las posibilidades (15), porque, además, el jurista no puede subordinar la realidad al concepto, sino éste a aquélla (16).

Esta necesaria y previa habilitación legal puede ser de dos formas, y tal dualidad determina dos tipos de actividad administrativa perfectamente diferenciados: una, en la que el contenido de la actuación se determina por la propia Administración, y otra, en la que dicho contenido está predeterminado por la ley, distinción que se corresponde, en nuestro entender, con la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados en el primer caso —aplicación que supone atribución legal de potestad discrecional—, y con la de conceptos determinados, en el segundo, cuya aplicación se corresponde con el ejercicio de facultades regladas (17).

Anticipamos, pues, y desde ahora, que para nosotros existe una clara correspondencia, de un lado, entre conceptos jurídicos determinados, cuya

(15) Vid. ZANOBINI, *L'amministrazione e la legge*, en «Scritti di Diritto pubblico», Milán, 1955, pág. 203. En tal sentido nos parece correcta la conocida doctrina de CLAVERO ARÉVALO de que la discrecionalidad no es, como pretenden DUEZ y DEBEYRE, GARRIDO..., ausencia de normas, sino que, por el contrario, precisa de norma que la consagre, ni tampoco, por otro lado y como pretende VILLAR PALASÍ (*Apuntes de Derecho administrativo*, IV, pág. 114), renuncia de la Ley para normar ciertos aspectos de la potestad, porque, como veremos, tal renuncia se da también en los conceptos que calificaremos de «indirectamente determinados», sin que se dé discrecionalidad en ninguno de sus aspectos, sino vinculación en todos ellos.

(16) Cfr. ROMANO (S.), *El Ordenamiento jurídico* (traducción española de S. MARTÍN RETORTILLO), I. E. P., Madrid, 1963, pág. 143.

(17) La elección de uno u otro procedimiento es algo que escapa a nuestro trabajo e incluso al mundo del Derecho; serán razones de oportunidad las que lo determinen; sin embargo, dicha elección ha de venir condicionada por la consideración de que el Derecho, como regla de disciplina social, debe construirse en cualquier caso no sólo pensando en su adecuación al fin del interés público, sino también, y sobre todo, en su practicabilidad; el Derecho debe ser aplicable, y pensando en esta su también intrínseca condición, la formulación técnica de la norma, a través de la que se expresa el concepto, seguirá uno u otro de los caminos a que en el texto se alude.

aplicación se corresponde con el ejercicio de facultades regladas y, por tanto, con la posibilidad de revisión jurisdiccional de dicho ejercicio por violación de la norma que los determina (aparte los vicios primarios que puedan afectar al acto de aplicación, vicios en cuanto a la competencia, procedimiento, forma, etc.), y de otro, entre conceptos jurídicos indeterminados, ejercicio de facultades discrecionales e imposibilidad de impugnación de la aplicación realizada, salvo por desviación de poder (y aparte siempre la impugnabilidad de los elementos reglados del acto).

A) *Conceptos jurídicos «determinados».*

Son aquellos conceptos cuyo contenido se precisa en la norma que los crea, bien porque en ella de forma explícita o implícita vienen definidos, o bien porque ella contiene una remisión —generalmente tácita, pero a veces expresa— a una experiencia —común y general o técnica y profesional— en la que se pueden encontrar los perfiles o caracteres esenciales de dichos conceptos. Quiérese con ello decir que la categoría abarca dos especies claramente diferenciadas: conceptos en los que dicha determinación se hace por la norma, y conceptos en los que ésta, para tal determinación, se remite a la experiencia de quien deba aplicarlos. A los primeros los vamos a denominar «conceptos jurídicos determinados directamente»; a los segundos, «conceptos jurídicos indirectamente determinados».

Aa) *Conceptos jurídicos directamente determinados.*

Nos encontramos en primer lugar con aquellos conceptos en los que la norma ha determinado satisfactoriamente su contenido y precisado su significación, sacándolos del complejo campo de los conocimientos humanos y haciéndolos suyos, mediante la correspondiente definición, formulada generalmente en el mismo, pero a veces en sentido distinto del comúnmente admitido en la sociedad y a los que la doctrina denomina «conceptos jurídicos en sentido estricto» (18), «conceptos jurídicos totalmente contruídos» (19) o bien «conceptos objetivos» (20). Son para nosotros «conceptos jurídicos directamente determinados».

Ahora bien, dentro de éstos podemos hacer dos clasificaciones: la

(18) STASSINOPOULOS, M., *Traité des actes administratives*, Atenas, 1954, pág. 146.

(19) GARCÍA MÁYNEZ, E., *Lógica del concepto jurídico*. Fondo de Cultura Económica, Méjico-Buenos Aires, 1959, pág. 17.

(20) GENY, G., *La collaboration des particuliers avec l'Administration*, Sirey, París, 1930, págs 33 y 34.

primera tiene en cuenta la forma de determinación; la segunda, la correspondencia o menos de la determinación realizada con los rasgos extra-jurídicos esenciales del concepto.

Desde la primera perspectiva, en efecto, la determinación puede haber sido hecha por el Ordenamiento jurídico, bien de forma explícita o bien implícitamente; allí nos encontramos con una formulación expresa, hecha de acuerdo o menos con los criterios sociales, técnicos, etc., extra-jurídicos, en una palabra, que configuran el concepto; aquí, al no existir dicha formulación, es preciso captar el concepto a través del examen del Ordenamiento jurídico: es lo que ocurre con lo que la doctrina (21) viene denominando tradicionalmente «institutos jurídicos» (22).

(21) Cfr., por todos, GARCÍA-TREVIJANO, *Tratado de Derecho administrativo*, op. cit., I, pág. 209.

(22) Como ejemplo concreto, piénsese en el concepto de «matrícula turística», tal y como se configura en el Decreto de 11 de julio de 1963 y en la Orden de 14 de octubre de 1963.

ROUBIER, P. (*Theorie générale du Droit*, op. cit., págs. 15 a 25), partiendo de la observación de que es raro que una norma jurídica aislada hasta para establecer el régimen jurídico de cualquier relación de la vida en sociedad, siendo necesaria, por lo general, una serie de normas que determinen posiciones de principio, limitaciones o restricciones, indicación sobre las condiciones precisas para su nacimiento y extinción, disposiciones sobre transformación de tal situación, sobre su sanción, prueba, etc., distingue, al examinar esos necesarios complejos de normas jurídicas, entre *categorías jurídicas*, *instituciones jurídicas* y *órdenes jurídicos*. Categorías jurídicas son, para el autor, complejos normativos determinados exclusivamente por la extensión de la materia jurídica a tratar, por el análisis detallado de la situación que constituye su objeto. Normas agrupadas para reglamentar en su conjunto una materia determinada, para regular jurídicamente situaciones jurídicas surgidas de ciertos hechos o de determinados actos. El escalón superior en esta escala ascendente de complejos normativos que ROUBIER señala, está constituido por las instituciones jurídicas, que no son sólo complejos orgánicos de normas jurídicas: un conjunto orgánico que contiene la reglamentación de una idea concreta y durable de la vida social y que está constituido por un «nudo» de reglas jurídicas dirigidas a un fin común. El concepto se caracteriza, frente a las categorías jurídicas, por el carácter durable y orgánico del complejo normativo; el primero se lo imprimen los hechos concretos que le sirven de base; ahora bien, tales hechos carecen de toda duración, de toda permanencia, por lo que no pueden reivindicar el carácter estable, que sólo puede imprimir a las normas jurídicas a ellos relativas el carácter institucional; el segundo, carácter orgánico, refleja que la institución constituye un conjunto vivo de reglas, creado por el derecho objetivo y no por los particulares, por lo que se opone, de un lado, a los propios hechos con los que no puede ser confundida; de otro, a las organizaciones creadas por los particulares en sus actos jurídicos; tal conjunto tiene además un fin propio, cuya influencia será sensible en las diversas normas que integran su mecanismo y deben contribuir a su realización. Dentro de ellas puede hablarse (RENARD) de *instituciones de instituciones*, en el sentido de que ciertas instituciones principales, más complejas, contienen en sí otras instituciones secundarias (la familia, por ejemplo, es una institución que agrupa por debajo de ella un cierto número de instituciones: matrimonio, patria potestad, régimen matrimonial, régimen de sucesión, obligación alimentaria, etc. Cfr. RENARD, *La théorie de l'institution, Essai d'ontologie juridique*, 1930, págs. 31 y sigs.). Por encima de las categorías y de las instituciones aparece todavía, para ROUBIER, un nuevo complejo formado por el orden jurídico, integrado por un complejo de normas y de instituciones, relativo a una determinada

En el primer caso no obsta a su naturaleza de conceptos directa y explícitamente determinados el que, a veces, la jurisprudencia haya contribuido a perfilar el concepto con matices que escapan a la definición legal, en cuanto lo ha hecho teniendo en cuenta, al margen o por encima de la letra de la misma, o bien su *ratio decidendi*, o bien principios de justicia material o de racionalidad que han de entenderse implícitos en toda norma (23) (24).

En el segundo (conceptos directa, pero implícitamente determinados),

materia (ordenamiento mercantil, penal, laboral, rural, etc.), a un determinado lugar (ordenamiento francés, inglés, alemán, etc.), a un grupo de personas (ordenamiento canónico, corporativo, etc.), a una determinada época (ordenamiento romano, de antiguo régimen, etc.), o a la fuente de la que aquéllas derivan (ordenamiento positivo, consuetudinario, jurisprudencial, doctrinal, etc.). Por lo que a los conceptos contenidos en los mismos se refiere, la distinción es irrelevante, aunque se ha de admitir que esa «cierta relatividad» que, en función de la labor interpretativa que de los mismos se haga, admitimos más adelante en el texto, aumentará a medida que se ascienda en la escala de los complejos normativos: será más fácil captar el concepto de una categoría jurídica que el de una institución y el de cualquiera de ellas más asequible que el de un orden jurídico, aunque deba también reconocerse que las dificultades de la creciente complejidad normativa se compensan en parte con la organicidad y común finalidad que a las últimas se asignan.

(23) Vid, por ejemplo, la interpretación dada por la sentencia de 20 de junio de 1963 al requisito configurador del concepto de casco urbano de la Ley del Suelo, de que la construcción efectuada cubra las dos terceras partes de la extensión superficial edificable o la precisión que, para computar la longitud establecida en el artículo 17 del Reglamento de 9 de diciembre de 1949, como determinante del concepto de «línea de cercanía», ha realizado la sentencia de 8 de mayo de 1963, o la fijación que del concepto «modelo de utilidad» establecido en los artículos 171 y 182 del Estatuto de la Propiedad Industrial, y en el enunciado diferencial respecto al modelo industrial que se consigna en el artículo 169 del mismo, ha realizado la sentencia de 11 de junio de 1965.

(24) Son evidentemente los más numerosos. Espigando en nuestra legislación nos encontramos, por ejemplo, con los conceptos de «hospital» (art. 1.º de la Ley de Hospitales de 21 de julio de 1962), «renta fiscal» (D. 21 de mayo de 1943), «gran presa» (artículo 1.º de la Instrucción para el proyecto, construcción y explotación de grandes presas, aprobada por Orden de 21 de agosto de 1962), «profesión de óptico» (art. 1.º, párrafo segundo del Decreto de 20 de julio de 1961), los conceptos materiales —no orgánicos— de «establecimiento provincial y municipal de Beneficencia» arts. 3.º y 4.º del Real Decreto de 14 de mayo de 1852), «superficie útil» (a efectos de viviendas subvencionadas y Ley de Urgencia Social de Madrid), «industrias agropecuarias» (arts. 2.º al 6.º del Decreto-ley de 1 de mayo de 1952), «industrias forestales» (art. 7.º del anterior Decreto-ley), «vivienda de renta limitada» (art. 2.º de la Ley de 15 de julio de 1954 y 3.º del Reglamento de 24 de junio de 1955), «vivienda de protección oficial» (art. 2.º del texto refundido y revisado y aún no vigente de 24 de julio de 1963), «metro cuadrado construido», «superficie total construida» y «superficie útil» (Reglamento citado de Viviendas de Renta Limitada), «agencias informativas» (art. 43, 1, de la Ley de Prensa e Imprenta de 18 de marzo de 1966), «aeronave», «aeródromo» y «aeropuerto» (arts. 11 y 30 de la Ley de Navegación Aérea de 21 de julio de 1960), «agencias de transporte» (art. 49 de la Ley de Ordenación de transportes mecánicos por carretera de 27 de diciembre de 1947), «riqueza preponderantemente agrícola» (Real Decreto de 27 de diciembre de 1929 y Reglamento de pósitos de 14 de enero de 1955, art. 101), etc., etc.

el concepto, no formulado expresamente, es preciso inferirlo, captarlo a través del examen del Ordenamiento jurídico. Por supuesto que en tal hipótesis el concepto puede revestir cierta relatividad en virtud de la labor interpretativa que del mismo se haga; pero aun concediendo un amplio margen a tal labor y aun admitiendo dicha relatividad, es indudable que *hic et nunc* las normas sólo pueden tener un determinado sentido y sólo una puede ser la interpretación exacta (25); de no ser así, tendríamos un concepto no directa, sino indirectamente determinado.

En cualquier caso, y para nosotros, tal distinción carece de relevancia, y creemos que, tanto en el supuesto de determinación explícita como en el caso de que ésta se haya hecho implícitamente, se trata de conceptos «directamente determinados», en los que no cabe esa «relativización» que por algún sector doctrinal (26) se afirma corresponde «absolutamente a todos los conceptos jurídicos». Cuando de esta categoría se trata, tal relatividad es impensable. El concepto de «mayoría de edad», tal y como queda precisado en el artículo 320 del Código civil, no es relativo ni susceptible de relativizar en su significación. Otra cosa será que se corresponda, más o menos exactamente, con los supuestos sociológicos, psicológicos, de madurez mental, etc., en que se apoyara su formulación, circunstancias todas indiferentes al concepto mismo cuando éste ha quedado fijado por la norma. En ningún caso, y en tal supuesto, se alcanzaría ese «desorbitamiento ni del concepto, ni de las consecuencias que de él pudieran deducirse» (27). El concepto que se especifica por su contenido es un concepto objetivamente determinado, susceptible de descomposición en sus diversos elementos, y éstos a su vez de ser analizados directamente por el sentido observador del jurista (28).

Ahora bien, tanto en los conceptos directa y explícitamente determinados como en los que lo están de forma implícita, nos encontramos, a su vez, con dos posibilidades: una, la ya aludida y sobre la que insistiremos más tarde, que el concepto conserve o pierda su originario sentido extrajurídico (en el caso, naturalmente, de que existiera); otra, que la noción extrajurídica que la norma hace suya (cualquiera que sea el grado de fidelidad de esta apropiación respecto a los caracteres originarios), fuese

(25) Cfr. FORSTHOFF (E.), *Tratado de Derecho administrativo*, tradc. esp. I. E. P., Madrid, 1958, pág. 143.

(26) MARTÍN-RETORTILLO (S.), *La doctrina del Ordenamiento jurídico de SANTI ROMANO y algunas de sus aplicaciones en el campo del Derecho administrativo*, estudio preliminar a la traducción española del «Ordenamiento jurídico de SANTI ROMANO, I. E. P., Madrid, 1963, pág. 18.

(27) MARTÍN-RETORTILLO (S.), *op. y loc. cit.*

(28) Cfr. GENY (G.), *La collaboration des particuliers...*, *op. cit.*, pág. 34.

o no una noción técnica. Ninguna de ambas tiene, sin embargo, la más mínima relevancia jurídica. Tanto si el concepto se ha creado *ex novo* por la norma, como si ésta ha recogido el sentido comúnmente admitido en la sociedad o en la ciencia técnica correspondiente, como si ha deformado dicho sentido, el concepto directamente determinado no tendrá otro sentido que el que la norma, al definirlo, si lo ha hecho explícitamente, o al regularlo, si lo ha hecho de forma implícita, le haya dado. Esta forma de juridización del concepto obliga a que nos preocupemos por completo de sus caracteres anteriores; si se nos permitiera emplear una terminología muy generalizada en otros campos, calificaríamos la naturaleza de esta forma de juridización como esencialmente constitutiva.

Esta argumentación no es, sin embargo, pacífica cuando el concepto que la norma precisa ha sido tomado de las ciencias técnicas. En tales supuestos, se ha dicho, el concepto es formalmente jurídico, pero puesto que su contenido no lo es, no puede en realidad considerarse tal. La objeción procede de DE VALLES, y si bien es cierto que su razonamiento y conclusiones están referidos a las normas, son, no obstante, plenamente válidos para los conceptos en ellas fijados. La doctrina del autor —aplicable tanto al supuesto que examinamos, y que tomando la terminología usada para las normas, podemos calificar de reenvío material o recepticio, como para el formal o no recepticio que después examinaremos— parte de comparar dichas normas con las constitucionales, «que proclaman principios abstractos» y que, por tanto, no son obligatorias; su observancia o violación no produce efectos jurídicos, y como máximo, crea situaciones que sirven para detectar la observancia o violación de otras normas. La observación, que acaso valga para la parte dogmática de los textos constitucionales (29), no es, desde luego, extensible a las normas técnicas de que el autor nos habla (30). Cualesquiera que sea el juicio que sobre la jurisdicción se mantenga —y, por supuesto, aceptando el del mandato en que se basa DE VALLES—, es evidente que tales normas, no «en cuanto reglas de la disciplina en sí, sino en cuanto recogidas por el Ordenamiento para aplicarlas al obrar humano», contienen un mandato. El mayor argumento que se ha encontrado para oponerse a la admisión de su jurisdicción parece haber sido aquel viejo principio del Digesto: «*leges ab omnibus intelligi debent*», cuyo valor jurídico es más que dudoso en contraposición

(29) La jurisdicción de las normas constitucionales orgánicas es, si no pacífica, sí comúnmente admitida. Cfr. SAITA, *Premesse per un studio delle norme di organizzazione*, Milano, 1966, págs. 37 y sigs.

(30) DE VALLES (A.), *Norma giuridiche e norma tecniche*, en «Raccolta di scritti in onore de A. C. JEMOLO», vol. III, Milano, 1963, pág. 178.

a la presunción legal *iuris et de iure* (31), ínsita en aquel otro que afirma que «la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento. Dejando a un lado el problema de si la incomprensión entra o no dentro de la ignorancia no excusable, podría muy seriamente dudarse del valor jurídico de aquellas normas cuyos preceptos resultaran incomprensibles, no sólo para sus destinatarios, sino también para quienes están obligados a hacerlas observar, hasta el punto de que aquéllos, dice DE VALLES, tienen derecho a no comprenderlas; éstos, el deber de no comprenderlas (32). Ahora bien, creemos que pueda dudarse con idéntica seriedad de la existencia de tales normas, ya que aun siendo indudable que muchas de ellas recogen conceptos y preceptos especializadísimos, lo es también que sus destinatarios son precisamente quienes conocen dichas técnicas, la vigilancia de cuyo cumplimiento está asimismo encomendada a especialistas de la propia disciplina.

A nuestro juicio, en la doctrina de referencia es fácil observar una confusión entre reglas técnicas en sí (las leyes propias de cada disciplina: leyes naturales, leyes físicas...), que evidentemente no pueden nunca convertirse en normas jurídicas (sería inexplicable una norma que formulará la ley de la gravedad) y la apropiación que de alguno de sus resultados realiza el Ordenamiento para aplicarlos al obrar humano. En tal sentido es imposible admitir la tesis de DE VALLES de absoluta imposibilidad de reenvío entre ambas, afirmando rotundamente que éste sólo entre Ordenamientos jurídicos es posible, y que no lo es que una norma, un principio, un concepto que no posea caracteres de norma jurídica, pueda adquirirlos por efecto de dicho reenvío. Creemos, por el contrario, que cualquiera que fuera la naturaleza originaria de la norma o del concepto (social, moral religiosa, técnica...), una vez que ha sido absorbida por el Ordenamiento jurídico, se ha ineludiblemente convertido en jurídica.

Cuando la norma se remite a reglas de disciplinas técnicas, a criterios

(31) Sobre la doble afirmación de que con las presunciones legales el legislador obliga al Juez a creer siempre cierto lo que la experiencia demuestra que generalmente lo es y de que la realidad demuestra que el conocimiento de las leyes es un hecho excepcional, ZANOBINI (*La pubblicazione delle leggi*, Torino, 1917, pág. 27) ha refutado la configuración del principio como presunción, proponiendo su sustitución por la tesis de la ficción legal, explicación asimismo inaceptable, ya que *fiingitur supra falsum* y es indudable que hay un buen número de ciudadanos que conocen las leyes. Los presupuestos en que ambas explicaciones se apoyan son, pues, sólo válidos en parte, pero puesto que la de la presunción es la más antigua y la de la aceptación más general, a ella nos referimos en el texto. Cfr. DE VALLES, *Norme giuridiche...*, cit., pág. 182.

(32) Deber en el sentido de que si un Juez hipotéticamente poseyera conocimientos técnicos en una determinada materia no sería correcto que los utilizara al juzgar. Cfr. DE VALLES, *Norme giuridiche...*, cit., págs. 183 y 184.

sociales o de las llamadas ciencias morales (reglas estéticas, por ejemplo), enunciando en las propias disposiciones conceptos que son objeto de tales disciplinas, resulta indiscutible que tales nociones adquieren cierta relevancia jurídica en virtud del dictado legislativo. Ahora bien, no podría afirmarse con carácter absoluto, como hace PIRAS (32 bis), ni que sigan en otros aspectos especiales sujetas a la disciplina de la que forman parte, ni que no adquieren el carácter de auténticas normas y conceptos jurídicos, ni tampoco las proposiciones contrarias. La conclusión a que habrá de llegarse dependerá precisamente de la naturaleza del reenvío. Si se trata del que, utilizando la terminología consagrada para las normas, llamamos material o recepticio, será evidente que los caracteres de tales conceptos pueden no ser exactamente los que tengan en dichas disciplinas, porque una vez integrados en la norma jurídica, desaparece toda sujeción del concepto a la disciplina originaria y sus verdaderos perfiles serán los que, al apropiárselo, la norma jurídica le haya atribuido, con total independencia, insistimos, de su coincidencia o no con los originarios. En tal supuesto tampoco debe haber duda alguna sobre el carácter auténticamente jurídico del concepto. Cuando el reenvío, en cambio, sea formal o no recepticio, las normas y los respectivos conceptos de tales disciplinas adquieren cierta relevancia jurídica, como decimos más arriba, pero conservan los perfiles que en las mismas tengan y no adquieren, por el simple dato del reenvío, el carácter de auténticas normas y conceptos jurídicos hasta que no se hace uso de los mismos en los casos concretos. En el primer caso, estamos en presencia de conceptos jurídicos directamente determinados y explícitamente formulados; en el segundo, ante conceptos cuyo contenido vendrá determinado precisamente por el que en la disciplina de que forman parte le corresponda, por lo que, desde el plano jurídico, calificaremos tal determinación de indirecta.

Nociones conceptuales y funcionales.

Si teniendo en cuenta la forma de determinación legal de los conceptos, distinguíamos los conceptos directa y explícitamente determinados de los determinados directa pero implícitamente, atendiendo ahora su correspondencia o menos con los rasgos extrajurídicos esenciales al concepto, podríamos oponer las nociones *conceptuales* a las *funcionales* (33). Tal

(32 bis) PIRAS (A.), *Discrezionalità amministrativa*. Voz de la Enciclopedia del Diritto, XIII, pág. 88.

(33) De la crítica de RENARD (*Introducción...*, op. cit. II, págs. 123 a 140) al conceptualismo jurídico parece deducirse la existencia no de dos, sino de tres hipótesis,

distinción nada tiene que ver con el criterio clasificador adoptado (el grado de determinación legal), y su presencia se justifica únicamente en nuestro deseo de resaltar la importancia esencial o, valga la expresión, la constitutividad que la función de determinación normativa juega en la precisión de los verdaderos perfiles de un concepto jurídico.

Nociones conceptuales llamamos a aquellas que corresponden a conceptos precisos, definidos por sus esenciales caracteres extrajurídicos, correspondiéndose con la realidad o con un ideal trascendente (34); funcionales, en cambio, aquellas que son instrumentales y se utilizan para la consecución de un determinado resultado, sin que correspondan a un concepto definido ni a sus caracteres esenciales extrajurídicos: constituyen el reino de las ficciones y de las presunciones legales (35).

En el segundo supuesto pueden ocurrir dos casos: o bien que la norma cree un concepto que no existe o no está debidamente perfilado ni técnica ni socialmente, o bien que, aun existiendo, la norma lo configure de forma que no se corresponda (o no se corresponda exactamente) con sus caracteres esenciales, ora técnicos, ora sociales, es decir, con la idea comúnmente admitida en la sociedad o en las ciencias. Son esos casos en que, según BRUNSCHVIGG (36), «la incorporación de los elementos de la ciencia experimental a las construcciones de la ciencia racional (ciencia jurídica en nuestro caso) se convierte en parodia»; los conceptos se desnaturalizan y pervienten, y esta desnaturalización y perversión llega, en los sistemas jurídicos, al paroxismo, ya que no hay ciencia en que el artificio de la construcción añada más a las ideas morales y a las realidades

desde el punto de vista que examinamos en el texto. Una primera que correspondería a nuestras nociones conceptuales y en la que todavía los conceptos están imperfectamente ajustados a la realidad o ideal trascendente que pretenden traducir; una segunda en la que tras el concepto no aparece ninguna realidad (conceptos fantasmas, huecos, vacíos), y una tercera en la cual dicha separación, dicha independencia total, no es una debilidad, sino una necesidad del sistema; no es defectuosa, sino obligatoria. Tal consideración tripartita está pensando en las causas o posible justificación de la inadecuación entre el concepto y la realidad, y en tal sentido nos parece aceptable. En el texto, sin embargo, sólo nos planteamos el problema de su existencia y, por ello, las hipótesis son sólo dos: adecuación e inadecuación.

(34) No desconocemos que, como se ha resaltado, todo conceptualismo es una manera afectada, ficticia, de representar las cosas; que el concepto deforma la realidad, que nunca es totalmente adecuado a ella, si bien nos da una ilusión de la misma (confrontar RENARD, *Introducción...*, op. cit. II, pág. 123). Ahora bien, respecto a las nociones que hemos denominado conceptuales, y aun reconociendo la parte de artificio de que adolce el procedimiento intelectual, es innegable su aptitud para hacer resaltar la realidad de los objetos que aproximadamente traducen.

(35) VEDEL, *Droit administratif*, I, París, 1959, núm. 1.370.

(36) BRUNSCHVIGG (L.), *La philosophie d'Emile Boutroux*, en «Revue de Metaph. et de Mor.», 1922, 269, citado por RENARD, *Introducción*, op. cit., II, pág. 124.

sociales. La plétora de tales nociones explica el principio de independencia en las calificaciones jurídicas de forma que a un mismo objeto material, natural o ideal y a una misma conducta se la configura dentro del mismo Ordenamiento de forma distinta, según los casos.

La orientación política o los intereses del momento (producción, trabajo, por ejemplo) hacen que entre las posibles combinaciones de las notas de los conceptos se realice aquella que cuente con un elemento unificador que responda al interés práctico del momento, con lo que resulta a veces poco menos que imposible conocer qué esfera precisa de relaciones indica cada uno (así ocurre, entre otros muchos, con los conceptos de familia, salario, renta, trabajador, etc., etc.).

El Ordenamiento jurídico ofrece frecuentes ejemplos de cualquiera de las aludidas hipótesis y, a cada paso, nos tropezamos con no pocas realidades de las mismas (37).

(37) Así, los conceptos funcionales de «superficie expropiable» (establecido a efectos de expropiaciones urbanísticas por el art. 53 de la Ley del Suelo, y antes y a los mismos efectos, por el art. 144 de la de Régimen Local); «familia» (establecido a efectos de asistencia médico-gratuita por el art. 58 del Reglamento de sanitarios locales); «becario» (que para sus fines da el inciso último del párrafo 4.º del art. 48 del Reglamento de régimen interior del Centro de Estudios y Experimentación de Obras Públicas, aprobado por Orden de 6 de abril de 1966); «fenómeno y actividad turísticas» (establecidos a efectos de la propia Ley en el preámbulo de la de 8 de julio de 1963); «edificio público escolar», «escuela unitaria», «escuela graduada» y «colegio nacional de enseñanza primaria» (que a efectos de su propia Ley establece la modificación de 21 de diciembre de 1965 de la de enseñanza primaria de 17 de julio de 1945 en sus arts. 51, 21 y 22, respectivamente); «impreso», «impreso clandestino», «empresa periodística», «empresa editorial» y «agencia informativa» (que para sus fines específicos establecen los arts. 9.º, 13, 16 y 50 en relación con el 10 y 43, respectivamente, de la Ley de Prensa de 18 de marzo de 1966); «laguna», «marisma» y «terreno pantanoso» (que a los efectos de desecación de los mismos establece la Ley de 24 de julio de 1918); «labrador» (arts. 101 y 110 del Reglamento de pósitos y a sus efectos); «salario», a los fines de accidentes de trabajo (resolución de 6 de junio de 1961); «trabajador por cuenta ajena» (en ganadería: Orden de 21 de julio de 1954); «Comisión interministerial» (art. 1.º del Decreto de 7 de julio de 1965); «suelo salubre» (que a sus efectos establecen las instrucciones técnico-sanitarias para los pequeños Municipios aprobadas por Real Orden de 3 de enero de 1923 —artículo 1.º—); «libro» y «folleto» (Ley de 12 de mayo de 1960); «amaraje» (Real Orden Circular de 19 de febrero de 1926); «tierras en exceso» (concepto que a efectos de colonización establece el art. 11 de la Ley de 21 de abril de 1949, de acuerdo con la redacción que dió al mismo la de 14 de abril de 1962); «entidades económicas, culturales y profesionales» (a efectos de su fin específico se establece en el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Corporaciones locales de 17 de mayo de 1952 —art. 77—); «riberas» (a efectos de la Ley de Aguas, establecido por el art. 35 de la misma); «vía pecuaria» (establecido a sus efectos por el art. 1.º del Decreto de 23 de diciembre de 1944); «licencia», «permiso», «aguas continentales», «desembocadura del río en el mar» (que a efectos de pesca fluvial establecen los arts. 59, 63 y 1.º del Reglamento de 6 de abril de 1943 y el art. 48 de la Ley de 20 de febrero de 1942, respectivamente); «semilla», «semilla original», «semilla certificada» y «semilla pura» (esta-

La polémica sobre cuáles deberían existir, planteada en Francia, donde CHENOT (siguiendo la línea de aquel nominalismo radical que intenta separar lo nocional de lo real —LEROY—, lo racional de lo experimental —RUEFF—, lo construido de lo dado y que JÈZE llevó a sus últimos extremos) asegura que «se ha de hacer poco caso del valor conceptual de los términos jurídicos (38), mientras RIVERO defiende «el valor de los conceptos y categorías jurídicas», sigue sin resolverse. El Consejo de Estado francés muestra una sensible predilección por las nociones funcionales en detrimento de las conceptuales que corren el riesgo de carecer de flexibilidad en el momento de su utilización práctica. En la misma ofensiva, COSSÍO (39) asegura cómo «es evidente que si la ciencia jurídica se atuviese con fidelidad al contenido de los conceptos que importa, se disolvería en un capítulo de las ciencias madres».

Lo que desde luego sí es evidente es la necesidad que el Ordenamiento tiene en aras del principio de seguridad, de utilizar a veces tales nocio-

blecidos para sus fines específicos por el Reglamento del Instituto para la producción de semillas selectas, de 16 de diciembre de 1947); «empresa turística privada», «actividades turísticas privadas», «empresas de hostelería», «alojamientos turísticos», «agencias de viajes», «agencias de información turística» y «restaurantes», establecidos, respectivamente y para sus fines particulares, por los arts. 1.º, núm. 2; 1.º, núm. 3; 2.º, 3.º, 4.º, 5.º y 6.º del Estatuto ordenador de las empresas y actividades turísticas de 14 de enero de 1965); «plaga del campo» (a los efectos de la Ley de 21 de mayo de 1908); «explotación agraria ejemplar» y «explotación agraria calificada» (establecidos a los fines de la Ley de 15 de julio de 1952 por los arts. 1.º y 6.º, respectivamente, de la misma); «unidad mínima de cultivo» (establecido a los fines de la Ley de 15 de julio de 1954 por el art. 1.º del Decreto de 25 de marzo de 1955); «zona regable» (a los efectos de la Ley de 21 de abril de 1949; se ha aclarado el concepto por el art. 1.º de la de 17 de julio de 1958); «daño en el transporte de viajeros» y «daño en el transporte de mercancías» (establecidos a efectos de responsabilidad en caso de accidente en transportes aéreos por el artículo 115 de la Ley de Navegación Aérea citada); «viviendas rurales» (precisado a efectos de la protección oficial por el art. 6.º del Reglamento ya citado de viviendas de renta limitada); «empresa porteadora» (establecido a los efectos del Reglamento de Juntas de Detasas por su art. 5.º —Orden de 28 de diciembre de 1938—); «prestación personal» (a efectos de primas a la construcción de viviendas de renta limitada). Asimismo, y a efectos urbanísticos, los conceptos de «parcela indivisible» (art. 78 LS); «parcelación urbanística» (art. 77, 1); «reparcelación urbanística» (art. 77, 2); «suelo urbano» (artículos 63, 1 y 66, 2); «solares» (arts. 63, 3 y 79, 4); «casco urbano» (art. 12, 4), etc.

Asimismo, y para sus fines específicos, el concepto de «bien identificable» establecido en el artículo 2.º del Reglamento de ventas a plazos, aprobado por Decreto de 12 de mayo de 1966; el concepto de «cabeza de familia», distinto según se trate de efectos electorales o no (art. 81 del Reglamento de población y demarcación territorial de las Entidades Locales, aprobado por Decreto de 17 de mayo de 1952, cuyos dos últimos números ha transcrito la Ley de Representación Familiar en Cortes de 28 de junio de 1967, en el apartado II de su artículo 4.º, y de igual forma en el núm. 2 del artículo 2.º del Decreto complementario de 20 de julio de 1967), etc.

(38). CHENOT (B.), *Organisation économique de l'Etat*, París, 1951, núms. 76 y sigs.

(39) COSSÍO, *El ser de la norma*, en «Teoría de la verdad jurídica», Buenos Aires, 1954.

nes (40); pero no lo es menos, en nuestro entender, que su uso es perturbador y debe limitarse a la estricta necesidad, ya que supone, las más de las veces, un cómodo expediente del autor de la norma para despreocuparse del verdadero sentido de los conceptos que alegremente utiliza, lo que nos lleva ineludiblemente a un conceptualismo jurídico completamente libre de toda realidad positiva y, en el peor de los casos, de todo ideal trascendente. No se olvide que contra lo que la escuela histórica pudiera creer, los conceptos no son creaciones abstractas sin ninguna relación con la vida del pasado ni con la del presente, no tienen una existencia autónoma lejos de toda conexión con la vida, no pueden existir por sí solos (41); ni tampoco la vigilancia que en el uso de los conceptos jurídicos y de las construcciones edificadas sobre esos conceptos recomendaba RENARD (42), vigilancia que debe ser cada vez más atenta a medida que la abstracción se aleje de las realidades.

Por ello nosotros manifestamos (a salvo los supuestos aludidos de estricta necesidad) nuestra aversión a lo que, trasladando un término filosófico muy en boga, se ha dado en denominar «existencialismo jurídico», refiriéndose con él a esa predilección de CHENOT por las nociones funcionales, a esa preferencia dada a la existencia sobre la esencia, a ese «poco importa que la noción no corresponda a sus rasgos esenciales; existe, puesto que se utiliza» (43).

Ab) *Conceptos jurídicos indirectamente determinados.*

En segundo lugar, y dentro del primero de los dos grandes grupos citados, nos encontramos con aquellos conceptos cuya determinación no se realiza directa, sino indirectamente, por la ley. El concepto se expresa entonces a través de un término que no precisa exactamente el contenido de esa noción que la ley introduce y que él está destinado a encuadrar.

Son, para nosotros, los «conceptos jurídicos indirectamente determinados», esto es, determinados por la tácita remisión que se hace a la experiencia.

Ahora bien, para que tales conceptos no sean estériles es preciso aplicarlos a los casos concretos, y para poder realizar tal aplicación es, a la vez, necesario —en la categoría que examinamos— puntualizar su conte-

(40) Recuérdese, por ejemplo, cómo la Ley tiene que decidir artificialmente el momento del nacimiento de una persona o el período de la concepción a efectos de la paternidad de los hijos nacidos de la viuda.

(41) POUND (R.), *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, trad. esp., Puig Brutau, Barcelona. 1950, pág. 160.

(42) RENARD, *Introduction*, op. cit. II, págs. 141 a 144.

(43) Cfr. WALLINE, *Droit administratif*, Sirey, París, 1959, pág. 621.

nido, puntualización que se realiza mediante la utilización de una serie de nociones que escapan del acervo jurídico, pero que están referidas al mismo objeto material del concepto jurídico a ellas superpuesto, siendo, como veremos en seguida, las formas de realización diversas, según los casos.

Todo el Derecho escrito, pese a la tendencia ya indicada de la legislación hacia la determinación lo más unívoca posible de los conceptos introducidos, se compone en el fondo de no pocas palabras y conceptos no determinados directamente, y cuyo sentido habrán de buscar la ciencia y la aplicación del Derecho en disciplinas ajenas al mismo. Incluso los conceptos jurídicos directa y explícitamente determinados —al menos si se trata de nociones conceptuales— no se generan sino terminando artificialmente la cristalización esbozada por la experiencia (BOUTROUX). Mediante la remisión, cuyo método técnicamente más simple es el empleo de un mundo conceptual ajeno al Derecho, toda la ciencia, con sus disciplinas íntegras, así como la cultura común, quedan convertidas en «parte constitutiva del Derecho y —repárese bien (44)— «en medio o instrumento de vinculación jurídica» (45), ya que, puesto que toda definición es una composición de términos previamente definidos (46), no es posible ni remontarse indefinidamente ni dar vueltas en círculo; habrá que pararse en un punto determinado, dando por conocidos los términos que integran esa cultura común o, en su caso y por los respectivos especialistas, la ciencia.

Hemos dicho que en los de esta categoría el concepto aparece determinado por la *tácita* remisión que se hace a la experiencia, y es, sin duda, cierto que normalmente tal remisión suele ser *tácita*. Es más: cuando de la primera de las dos hipótesis de determinación indirecta (remisión a la experiencia vulgar) que vamos a estudiar se trata, tal remisión es siempre *tácita*. Nada impide, sin embargo, que sea expresa, y así, en ocasiones, lo es en relación con la segunda de dichas hipótesis (remisión a la experiencia técnica).

Lo que sí ha de ser en todo caso tal remisión (utilizando la terminología consagrada para referirse al mismo fenómeno en las normas) (47), es «formal o no recepticia», pues, como se intuye fácilmente y ya hemos advertido, la «material y recepticia» daría lugar a conceptos directamente determinados.

(44) Repárese bien, decimos, ya que tendrá importancia señalarlo a la hora de estudiar las posibilidades de fiscalización de la aplicación de los respectivos conceptos.

(45) MERKL (A.), *Teoría general del Derecho administrativo*, op. cit., pág. 206.

(46) RENARD (C.), *Introducción*, op. cit., II, pág. 115.

(47) Cfr. por todos GARCÍA-TREVIJANO, *Tratado...*, op. cit., I, pág. 206.

A veces, sin embargo, nos encontramos con que la remisión es en parte formal o no recepticia y en parte material y recepticia. Se podría entonces plantear la cuestión de fijar si se trata de un concepto directa o indirectamente determinado. Nosotros creemos que es la segunda de ambas hipótesis la que debe prevalecer, puesto que el concepto sólo queda efectivamente determinado con la aportación del resultado de la experiencia a que el concepto remite (48). Su utilización es frecuente en normas administrativas; bástenos ejemplificar con los conceptos de agua «potable» (49), «sanitariamente tolerable» (50) e «impotable» (51), establecidos a efectos del respectivo servicio de abastecimiento.

Finalmente se ha de señalar cómo el concepto puede tener una interpretación varia, técnica y vulgar a la vez, pudiendo resultar dudoso en algunos supuestos a qué tipo de experiencia remite la norma (52), no

(48) Que admitamos la posibilidad de una remisión en parte recepticia y en parte no recepticia, inclinándonos en tales supuestos por el carácter indirectamente determinado del concepto (solución razonada en la circunstancia de que, como decimos en el texto, sólo con la aportación del resultado de la experiencia a que el concepto remite, queda efectivamente determinado, no estándolo previamente con el resultado de la experiencia que el concepto tenga ya jurídicamente incorporado), no quiere ni mucho menos decir que desconozcamos que la determinación a realizar con el resultado de la experiencia no incorporado en la norma no deba hacerse dentro de los límites que el resultado de dicha experiencia en la misma ya incorporado, permita, ni tampoco —como parece pretender ESSER— que tal posibilidad se dé en todos los supuestos de conceptos indirectamente determinados (que él, como el resto de la doctrina alemana, califica de indeterminados, pero refiriéndose a aquellos de los que ahora nos ocupamos). En los patrones notativos y normas en blanco, afirma tajantemente, «debe el Juez, junto al *standard* social, poseer además un *standard* específicamente jurídico, sobre lo que son, por ejemplo, malos tratos, difamación o desfiguración, en el sentido de una determinada norma de derecho» (la afirmación sería válida igualmente, creemos, si fuera éste el supuesto que el autor contemplara, para la aplicación por la Administración de tales *standards*). Es innegable que en tal aplicación la calificación previa de acuerdo con el sentir común —vulgar o científico— no puede separarse de la calificación en sentido técnico jurídico, «en el sentido de la Ley». Lo que está, sin embargo, por demostrar es que en todos los supuestos existan —en el sentido de la Ley— elementos para poder llegar a esa calificación en sentido técnico jurídico, a esos *standards* específicamente jurídicos que el Juez debe, junto a los sociales, poseer. Cfr. ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, Barcelona, Bosch, 1961, pág. 141, nota 77.

(49) «Será agua potable la que reúna todas las características que se requieren en las bases de calificación.» Base 27 de la Ley de Bases de Sanidad Nacional de 25 de noviembre de 1944.

(50) «Será agua sanitariamente tolerable la que, reuniendo sólo en parte las características exigidas para la potable, no alcance a estar calificada como potencialmente peligrosa, o bien la que sus características bacteriológicas eventuales la hicieren caer en esta calificación.» Base 27 de la Ley de Bases de Sanidad Nacional.

(51) «Será impotable la que rebasa los límites máximos de la composición química y la de cualquier otro tipo que por efecto de contaminación bacteriológica requiera este calificativo.» Base cit. de la Ley cit.

(52) Piénsese, por ejemplo, en el concepto de «espacio abierto» que a efectos de

sólo por la dificultad de precisar qué conocimientos integran la cultura común y cuáles son los especializados (apareciendo casos marginales de difícil encuadre) (53), sino también porque un mismo concepto puede ser,

medición de distancias para la instalación de nuevas oficinas de farmacia establece la legislación respectiva. A primera vista podría pensarse que se trata de un concepto integrado en la cultura común; la jurisprudencia, sin embargo, estimando que, al ser controvertido, se ha de acudir a los especialistas (aparejador y arquitecto), ha sostenido la tácita remisión a la experiencia técnica (sentencia de 13 de diciembre de 1961). Inversamente, el concepto de « semejanza fonética o gráfica » de las marcas, que se utiliza para impedir la coexistencia registral de las semejantes (art. 124 del Estatuto de la Propiedad Industrial), no remite, como ha precisado la jurisprudencia (sentencias de 3 de marzo y 14 de abril de 1964), a la experiencia técnica o especializada (ha de apreciarse no con una « confrontación detenida y minuciosa en la que entran en juego aquilatados aspectos terminológicos poco conocidos por los no profesionales », no siendo « valederos criterios de generalidad ni los matemáticos ni los conceptuales o intelectuales... »), sino a la experiencia común y general (« ha de apreciarse con una audición o visión somera de las mismas — marcas —, normal y corriente en el público... »).

(53) Piénsese, por ejemplo, en el concepto de « celo o rendimiento » de un funcionario apreciado por el superior. ¿ En qué medida puede calificarse con los conocimientos de la experiencia vulgar o de la especializada? Por otra parte, cuando el que lo aplique sea un especialista, ¿ cómo saber cuál ha utilizado o cuál debe utilizar? Y aun sabiéndolo, ¿ cómo impedirle, si debe emplear la común y general, el uso de sus conocimientos especializados?

Como ha señalado DABIN (*La technique de l'élaboration du Droit positif*, Bruxelles, París, 1935, pág. 115, nota 2), refiriéndose a la propia técnica jurídica, un gran número de nociones, en apariencia muy técnicas, y que el jurista se esfuerza en precisar, no son en realidad sino nociones vulgares imprecisas (no se olvide que, como he subrayado recientemente WIENWES, el pensamiento deductivo a partir de principios echa mano de la riqueza y fertilidad del pensamiento tópico). Es lo que ocurre, añade DABIN, con la distinción entre error sobre la cualidad de una cosa y vicio de la cosa: salvo la terminología (error sobre la sustancia de la cosa), que es técnica, no hay en este problema ninguna dificultad técnica, en el sentido de que pertenece a la razón común — del jurista o de cualquier otro — descubrir el criterio exacto. En caso de duda, sin embargo, ya indicamos en el texto que la regla general nos parece deba ser inclinarse por el carácter técnico del concepto. Es la solución que parece más adecuada en relación sobre todo con la propia técnica jurídica, ya que, como se sabe, muchos conceptos, originariamente profanos, han adquirido un sentido particular, específico en el mundo jurídico (recuérdese, por ejemplo, el concepto de ausencia, posesión, etc.). Si de la interpretación lógica de la norma, atendida su finalidad o su posible conexión con otras disposiciones, etc., se deriva que el legislador ha querido atribuir a los conceptos que utiliza un contenido mayor o menor, o, sin más, totalmente diverso de aquel que se derivaría del sentido, de acuerdo con su significación común, de las palabras a través de las cuales se expresan (nociones funcionales), es indudable que tal contenido es el que se ha de considerar propio del concepto. El problema se plantea, sin embargo, no respecto a tales supuestos, sino en aquellos otros en que sin estar claro el carácter artificial de la noción y en los que, por tanto, ha de pensarse que se trata de nociones conceptuales (vid. la distinción hecha más atrás sobre ambos tipos de conceptos), de la interpretación de la norma no se desprenda a qué tipo de experiencia ha de entenderse que se remite. DONATI (D.) (*Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, en « Scritti di Diritto Pubblico », Padua, Cedam, 1966, pág. 195), ha insistido, en contra de la opinión que mantenemos en el texto como más atendible, en que, salvo que de la interpretación lógica de la norma se derive otra cosa todo concepto, expresado con palabras, tiene aquella extensión y aquel contenido que

según la prescripción normativa, completado de ambas formas (54). En nuestra opinión, en caso de duda, la remisión ha de entenderse hecha a la experiencia técnica o especializada, salvo que la finalidad de la norma indique lo contrario (55).

Clases de conceptos indirectamente determinados.

En cualquier caso, y teniendo en cuenta la naturaleza —vulgar o científica— de los conocimientos a que el concepto remite, podremos distinguir, dentro de los conceptos indirectamente determinados, los que lo están por la tácita remisión que la norma hace a la experiencia vulgar, de los que lo son por remisión —generalmente tácita, pero a veces expresa— a la experiencia técnica.

Aba) Conceptos determinados por remisión a la experiencia vulgar.

Son aquellos conceptos cuyo contenido sólo queda completado con el resultado de la experiencia común y general a que la norma tácitamente reenvía. La remisión se entiende hecha al sentido común, a la naturaleza

se deriva de los términos a través de los cuales se expresa, de acuerdo con la común significación de los mismos; el concepto no tendrá sino el contenido que le atribuya el uso común. Dicha solución, obvia cuando tal contenido sea incontrovertido, no nos parece aceptable en los casos de controversia (supuesta, desde luego, la existencia de una técnica sobre la materia, ya que en otro caso no se plantearía el problema), pues entonces, y como nos refeja el primero de los supuestos a que nos referimos en la nota anterior, sólo acudir a la especializada nos puede resolver satisfactoriamente —en términos de justicia— la cuestión planteada.

(54) Es lo que ocurre —de estimarse acertada la corriente jurisprudencial— con el concepto introducido en el artículo 23 de la Ley de Aguas («amenaza de peligro de merma o distracción de las aguas públicas o privadas...»). Prescindiendo de que las facultades discrecionales que al alcalde se otorgan («podrá...», dice el texto) no constituyen, como se ha advertido (ECHEVARRÍA HERNÁNDEZ, *La suspensión por la Administración de obras para alumbrar aguas subterráneas*, núm. 43 de esta REVISTA, pág. 229), libertad de apreciación de las circunstancias de hecho, pues tal apreciación viene configurada por tales circunstancias, es lo cierto que desde la perspectiva que ahora nos interesa dicha apreciación parece abandonarse a la experiencia común y general, ya que no se precisan informes técnicos; en cambio, en la revisión por el Gobernador la remisión se hace a la experiencia técnica no, claro está, del Gobernador, sino de los ingenieros que emitan el dictamen pericial que vincula la resolución de éste (así, las sentencias de 27 de febrero de 1956, 13 de marzo y 24 de junio de 1957, declarando ajustadas a Derecho las respectivas resoluciones de los Gobernadores, dictadas de acuerdo con el dictamen pericial, y las de 25 de octubre y 12 de mayo de 1956 anulando dichas resoluciones por apartarse del dictamen).

(55) Es lo que ocurre con la interpretación que la jurisprudencia ha dado al concepto de « semejanza fonética o gráfica » de las marcas, teniendo en cuenta a quién —público en general— podría confundir la supuesta semejanza.

de las cosas (56), a la *communis opinio*, a las concepciones y conducta del tráfico normal, a las convicciones generales, a la concepción corriente en la vida, a las concepciones vivientes de lo que es valor, deber o diligencia, a la propia intuición. Son conceptos que se comprenden mejor que se definen (57), y que por ello, ni por la doctrina (58), ni por la costumbre, ni por la jurisprudencia, ni por la ley, han sido definidos

(56) No podemos entrar aquí en la problemática que la determinación del concepto *naturaleza de las cosas* plantea, pero sí queremos señalar los sentidos más significativos con los que se emplea el concepto en la doctrina contemporánea. En la alemana, según el testimonio de MAHOFER (M.) (*Droit et nature des choses dans la philosophie allemande du droit*, en «Droit et Nature des choses», —Travaux du colloque de Philosophie du Droit comparée—, París, Dalloz, 1965, págs. 103 a 136), son dos los sentidos en que suele hablarse de naturaleza de las cosas: como estructura y orden de los conceptos jurídicos, es decir, como estructura *ontológica* de la materia jurídica (*Rechtstoff*), constituida por las complejidades y conexiones *esenciales* (*Wessenszusammenhänge*) de los hechos y actos sociales; las Leyes *esenciales* que la constituyen forman el objeto de una *lógica* material de los conceptos jurídicos y precisamente el que éstos tengan su fundamento en tales estructuras apriorísticas ha constituido la base de argumentación de toda la *jurisprudencia de conceptos*. El segundo sentido en que se habla de naturaleza de las cosas la ve como estructura y orden inmanente a las *situaciones* jurídicas, como estructura *axiológica* de la materia social, constituida por las complejidades y conexiones *existenciales* de los hechos y de los actos sociales; las Leyes *existenciales* que la constituyen forman el objeto de una *axiología* material de las situaciones jurídicas, y precisamente el que éstas tengan su fundamento en tales estructuras axiológicas ha constituido la base de argumentación de toda *jurisprudencia de intereses*. La primera significación parte de REINACH, WELZEL y STRATENWERTH; la segunda, de RADBRUCH, FECHNER y BLOCH. Para ESSER, la naturaleza de las cosas es ya un principio jurídico, cuyo valor prejurídico se sitúa dentro del marco del pensamiento institucional, un principio cuya cualidad jurídica se deduce exclusivamente de la misión ordenadora atribuida a una determinada institución. Si hemos interpretado rectamente la concepción del autor, que, partiendo de PUCHTA, ve la naturaleza de las cosas como lógica de las instituciones —las cuales, dice, tomándolo de NEUNER, se muestran siempre congruentes con sus fundamentos objetivos— habremos de concluir que el concepto no nos vale sino para la interpretación —no vinculada a las fuentes políticas del derecho— de los conceptos directamente determinados o cuando más, puesto que prejuzga la construcción dogmática, para detectar la ilegitimidad de los mismos cuando se aparten de tal naturaleza, pero no para determinar, de acuerdo con ella, el contenido de los indirectamente determinados a que nos referimos. (Cfr. ESSER, *Principio y norma...*, op. cit., págs. 129 a 137). Cfr. la postura de BOBBIO, que la viene a identificar con la interpretación teleológica en *Droit et nature des choses*, citado en esta nota, págs. 193 a 206, así como el resto de los trabajos del volumen. Cfr. de la doctrina española la interesante monografía de ELÍAS DÍAZ, *El tema de la naturaleza de las cosas en la filosofía jurídica*, «Revista de la Facultad de Derecho de Madrid», 1961, en la que parece aceptarse como sentido primordial del concepto su «función de orientación para el legislador, al que propone contenidos objetivos sacados de la realidad».

(57) Como ha señalado RULL SABATER, refiriéndose a la noción de necesidad de vivienda (en *Estructuras básicas de viviendas y hogares en España*, Madrid, 1966), es evidente que en todo concepto intuitivo, si bien el sentido general a que el mismo se refiere no ofrece dudas, cuando se trata de traducirlo a una magnitud a la vez cualitativa y cuantitativa conviene formular un buen número de precisiones a fin de que su contenido resulte inequívoco.

(58) Algunos autores, sin embargo, han intentado fijar algunas de las características

En nota enumeraremos los que la doctrina suele más frecuentemente citar. Hay que advertir, sin embargo, que no se puede afirmar —como se hace corrientemente— que son los ejemplos más utilizados en nuestro Ordenamiento. En éste, por el contrario, tal uso es mucho más frecuente de lo que habitualmente se cree, pues la norma no puede expresarse sino a través de una panoplia de conceptos, la inmensa mayoría de los cuales encierran nociones vulgares (cuyo sentido no se explica, por suponerse conocido) y que tienen su expresión en la lista de nombres comunes del diccionario, calificándoseles de «conceptos imprecisos», «ampliables» (59), «generales de ámbito amplio», «elásticos», «en blanco» (60), «conceptos-válvula» (61), «disposiciones de caucho» (62), «fórmulas de goma» (63), «órganos respiratorios del derecho» (64), «conceptos incluidos en el esquema de la ley a manera de *ventanas*» (65), «robots jurídicos que sirven

de algunos de estos conceptos. Así, SAVATIER, respecto al de «buenas costumbres» («Revue Trimestrelle du Droit civil», 1940-41, págs. 303 a 315); LASKI, respecto al concepto de «obscenidad» como causa indiscutible de inmoralidad pública («La Liberté», págs. 62-64). Ved asimismo las reflexiones de DABIN sobre el concepto de «guerra de agresión» (Teoría general..., op. cit., págs. 267 y 268); las de PLANIOL sobre el concepto de «injuria grave» como causa de divorcio («Traité Élémentaire de Droit civil», doceava edición, I, núm. 1.158) y las del propio DABIN (ibídem, págs. 262 y sigs.) sobre los de «injusticia usuaria», «incapacidad para administrar por sí mismos sus negocios», «actos contrarios a la paz pública» y «orden público» (del mismo en «Autonomía de la voluntad y Leyes imperantes, orden público y buenas costumbres», *Annales de Droit et de Science politique*, Lovaina, 1940, págs. 190 y sigs.); las de TCHERNOFF (J.) (*Ententes économiques et financières devant les lois civiles, pénales, internationales*, París, 1933, núm. 104 y sigs.) sobre el concepto de «acuerdos económicos lícitos e ilícitos»; las de PACE (*De la interpretation des lois...*, cit., II, págs. 304 a 307) sobre el de «subida o bajada anormal de los precios».

(59) LOUNUNG, BOEHM, citados por VILLAR PALASÍ, *Apuntes...*, op. cit., IV, pág. 115.

(60) SCHEUERLE, citado por VILLAR PALASÍ, *Apuntes...*, op. cit., IV, pág. 115.

(61) En todo sistema jurídico, decía WURZEL ya en 1904, hay conceptos cuya esencial función consiste en servir para integrar las situaciones imprevisibles, para atribuir al derecho una cierta adaptabilidad, una capacidad de adecuación... «Yo los llamo, concluía el autor, conceptos-válvula (*Ventilbegriffe*), porque su función es equiparable a la de las válvulas de seguridad». WURZEL (K. G.), *Das juristische Denken*, Viena, 1904, pág. 84.

(62) «Kautschukparagraphen», expresión introducida también por WURZEL, op. y loc. cit.

(63) Así las denomina GENY en *Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif*, LGDJ, París, 1919, II, 183.

(64) Así los califica DONATI, tomándolo de POLACCO (*Le cabale del mondo legale*, en *Atti del Reale Istituto Veneto di scienze, lettere et arti*, LXVII, parte I, Venezia, 1908, página 172), en *El problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, en «*Scritti di Diritto Pubblico*», Cedam, Padua, 1966, pág. 210. Tales conceptos, dice, vienen a funcionar como órganos respiratorios, a través de los cuales todos aquellos elementos, que caracterizan y plasman por sí mismos y en cada momento el ambiente exterior, penetran en el Ordenamiento jurídico y lo adaptan al propio ambiente, en el cual el Ordenamiento debe vivir y funcionar.

(65) ESSER, *Principio y norma...* op. cit., pág. 194.

para formar normas en ausencia de reglas fijas» (66), «recetas sacadas de la práctica» (67); se trata de nociones que se especifican, no por su contenido, sino por su orientación (68), no por la enumeración de sus elementos internos, sino únicamente por la finalidad a que tienden y en las que falta, por así decir, el esqueleto que a los conceptos jurídicos directamente determinados proporcionaba la descomposición lógica de sus elementos internos.

Cuando la *novedad* de la cuestión o la propia naturaleza —dinámica o imprevisible— de la situación a regular, resistente por ello a una mayor previsión e individualización, lo exigen o aconsejan, las normas utilizan *standards* jurídicos que han de ser completados de acuerdo con el sentido que tengan en el uso o conciencia común en el momento de su aplicación (69). La previsibilidad, que de otro modo sólo posee la norma fijada con ayuda de conceptos lógicos, se obtiene aquí por remisión al *tipo normal* de una conducta social correcta (70). El *standard* no tiende, pues, a una delimitación objetiva de lo que queda permitido o prohibido por la regla que lo utiliza (71) —y en este sentido es cierta la afirmación de SHARTEL (72) de que los *standards*, meras fórmulas, palabras sólo, no operan por sí mismos—, sino que constituyen una fórmula de comprobación de la conducta (o situación) de los particulares sobre la base de un tipo-modelo con el que se la compara (73).

Va de suyo que la calificación de tales conceptos como *standards* supone la utilización del vocablo para aludir a una idea totalmente distinta a su vulgar y originario significado de unificación, uniformación o tipo medio único, puesto que, como ha sido oportunamente subrayado (74), la aplicación de los mismos en Derecho lleva, por el contrario, a la individualización de las soluciones, de modo que el *standard* jurídico, «conducta del máximo decoro moral y material», por ejemplo, es sí un *tipo medio*

(66) HUTCHESON, *Recueil Geny*, II, pág. 537, citado por ESSER (*Principio y norma...*, op. cit., pág. 124, nota 36).

(67) Cfr. ESSER *Principio y norma...*, op. cit., pág. 128.

(68) Por el punto hacia el que tienden; por eso se las ha denominado (GENY [G.], *La collaboration des particuliers...*, op. cit., pág. 34) «finalistas».

(69) DONATI (D.), *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, op. cit., pág. 208.

(70) Cfr. ESSER, *Principio y norma...*, op. cit., págs. 124 y 125.

(71) ROUBIER (P.), *Théorie générale du Droit*, París, 1951, pág. 112.

(72) SHARTEL, *Our legal system and how it operates*, 1952, pág. 83, citado por ESSER, *Principio y norma...*, op. cit., pág. 123, nota 30.

(73) ROUBIER, *Théorie générale...*, op. cit., pág. 112.

(74) STATI (Marcel O.), *Le standard juridique*, París, Librairie de Jurisprudence ancienne et moderne, 1927, pág. 40.

de conducta normal (75), pero no un *tipo único*. Para cada una de las circunstancias en que se aprecia se da una situación distinta de las demás, es decir, una solución «variable con la especie y móvil según las circunstancias». El concepto se aprecia con sujeción a criterios extralegales de cambiante base empírica y concreción, cada uno de los cuales determina el grado aplicable de tolerancia jurídica (76).

De ahí que si de los dos métodos de formación conceptual existentes —generalizador e individualizador— los juristas emplean normalmente el primero (77), cuando de tales conceptos se trate, en virtud precisamente de su «carácter esencialmente concreto y profundamente empírico» (78), habrá de emplearse el segundo, ya que aquél no puede conocerse sino en relación a ciertos elementos de hecho concretamente determinados. En contra, pues, de lo que es común en el mundo jurídico —prescripciones uniformes para casos distintos—, y en base precisamente a la relatividad de tales conceptos y a su dependencia de las especiales circunstancias que los caracterizan e individualizan, se podría decir, dentro de ciertos límites, que cada especie es única en su género. De ahí las dificultades para su adecuada delimitación, ya que, como se sabe, la especie no pasa de ser un fenómeno y solamente el género es un concepto (79).

(75) Hablar de «tipo medio de situación normal» nos obliga a determinadas reflexiones en torno al concepto de *normalidad*. Sabemos bien lo que la noción de normalidad tiene de frágil e inaprehensible. A poco que sobre ella se reflexione se hará intuido que la noción de lo normal es equívoca. En primer lugar, hay que distinguir entre normalidad estadística y normalidad normativa; la primera identifica norma y frecuencia, confundiendo la mayor repetición de casos con la normalidad. A ella nos referimos cuando hablamos, por ejemplo, de talla media, duración de la vida media, etc. Se trata, sin más, de un promedio. En segundo lugar, podemos hablar de una normalidad normativa que se refiere a lo que es tal como de ser. Aquella es un dato estadístico; ésta, un criterio de valor. Ambas, sin embargo, juegan en la categoría de conceptos a que nos referimos. Esta es también la opinión de ESSER, quien, después de haber señalado cómo el *standard* jurídico puede consistir en la remisión a la conducta habitual en el lugar o puede venir determinado por las costumbres del tráfico en un determinado círculo profesional o venir fijado por un criterio legal o por la experiencia de la judicatura, subraya que, incluso en los criterios que han de ser considerados *notativos*, se trata de un *patrón normativo*, «cuya eficacia no consiste en un aserto sociológico, sino en una ordenación jurídica vinculante». ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, Barcelona, Bosch, 1961, págs. 123 y 124, nota 34.

(76) Cfr. ESSER, *Principio y norma...*, op. cit., pág. 194.

(77) GARCÍA MÁYNEZ (E.), *Lógica del concepto jurídico*, Fondo de Cultura Económica, Méjico, Buenos Aires, 1959, pág. 59.

(78) STATI (Marcel O.), *Le standard...*, op. cit., pág. 45.

(79) CARNELUTTI (F.), *Metodología del Derecho...*, op. cit., pág. 74. El género, dice el autor, es un parto de nuestra mente; su realidad, a diferencia de la especie, no es fenoménica sino interior; en suma, solamente la especie es un fenómeno, mientras el género es un concepto.

Todo ello no obstante, se sigue utilizando el vocablo *standard* (80) para referirse a tales conceptos, porque su apreciación debe hacerse en relación con el tipo medio de conducta o estado normal en la generalidad de las personas o situaciones en que se realice. Por ello, POUND ha definido el *standard* como «medida media de conducta social correcta» (81), y CARDOZO, como «prototipo aceptado de conducta correcta» (82), definiciones que podrían corregirse en un sentido más general (no limitado a la conducta) como «medida media de una situación normal».

A tales conceptos se refiere, por lo general y como veremos (83), la doctrina cuando habla de conceptos jurídicos indeterminados, identificándolos o separándolos, total o parcialmente, del concepto de discrecionalidad. Al examinar nuestra concepción de los «conceptos indeterminados» como categoría diferente de los «indirectamente determinados por remisión a la experiencia vulgar» que ahora nos ocupan, ya veremos la unívoca significación del patrón a que éstos remiten y, en consecuencia, la inexistencia de facultades discrecionales en el momento de su aplicación a los casos

(80) Pese a la indudable y cada día mayor aproximación entre el sistema jurídico continental, predominantemente axiomático y lógicamente cerrado, que culmina en proposiciones generales manejadas deductivamente y el angloamericano, predominantemente problemático y abierto, que renuncia a toda deducción dogmáticamente clara —aproximación que se hace patente, según ESSER (*Principio y norma...*, op. cit., pág. 284), en el hecho de que la jurisprudencia continental abandona cada vez más claramente el enfoque conceptual para pasar a la casuística le los problemas recién descubiertos, mientras que la práctica angloamericana hace un uso creciente de los conceptos jurídicos como base de construcción—, es, sin embargo, evidente el distinto papel que en cada uno de dichos sistemas, el *standard* está llamado a desempeñar. En el razonamiento problemático de la evolución del derecho del caso, el *standard* «ocupa, incluso metodológicamente, el lugar del principio fundador de derecho» (ESSER, *Principio y norma...*, op. cit., pág. 126). «El *standard* de una diligencia razonable y normal, añade ESSER, opera allí constitutivamente, es decir, que sólo en él se asientan los deberes de acción, tolerancia, publicidad, contacto social y solidaridad. El *standard* juega, en definitiva, un papel central allí donde no existe un sistema de deducción axiomático para la formación de conceptos jurídicos» (Id. *ibidem*, pág. 124), papel que en el sistema continental juegan las normas y los principios, pese a lo cual —y acaso por ello constituya uno de los elementos de aproximación—, «mientras la teoría americana los usa de un modo cada vez más anodino, a saber, como normas jurídicas en sentido general, que sólo se distinguen por el lugar que en ellas ocupa la atención prestada a la «conducta razonable», en el continente los *standards* gozan de una atención creciente como un tipo especial de normas de derecho» (Id. *ibidem*, pág. 123).

(81) POUND (ROSCOE M. M.), *The administrative application of legal standard*, American Bar. Assoc. Reports, 1919, XLIV, pág. 445, citado por ROUBIER, *Théorie générale...*, op. cit., pág. 112.

(82) CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, 1922, pág. 112, citado por ESSER, *Principio y norma...*, op. cit., pág. 124, nota 37.

(83) Los perfiles diferenciales en relación con los indeterminados, así como su correspondencia o menos con la discrecionalidad, se examinan ampliamente en las páginas 42 al final de este trabajo.

concretos, salvo que dicha aplicación se conecte con una apreciación del interés público (84), y tales facultades se otorguen expresamente, supuesto éste en que habrán de ejercitarse en todo caso dentro del marco de objetividad que el concepto necesariamente señala.

Como decimos repetidamente en este trabajo, desde un punto de vista lógico y prejurídico, podrían considerarse —como en general hace la doctrina a que después nos referiremos (85)— como indeterminados, ya que, además, al igual que los «jurídicamente indeterminados», su determinación la reciben a través de la decisión en cada caso concreto (86). Pero puesto que la norma pensó en una determinación unívoca, aunque no llegara a expresarla unívocamente, la decisión final sobre la corrección o menos de la determinación del concepto realizada al aplicarlo, debe corresponder a los Tribunales y, por tanto, la aplicación primaria por la Administración debe ser revisable jurisdiccionalmente, para comprobar en qué medida se ha interpretado y aplicado rectamente el único sentido de la norma.

Las palabras o términos utilizados por las normas no hacen sino incorporar conceptos, solamente a través de los cuales pueden expresarse las realidades jurídicas. Pues bien, tales conceptos —sin los cuales es imposible captar los preceptos destinados a regir imperativamente la conducta exterior de los hombres en sociedad— «se apoyan, ante todo, en el *stock*, infinito e inagotable, de las nociones corrientes». El jurista, como el legislador, comienza por utilizar conceptos sin caracteres específicos (87). Ocurre, sin embargo, que cuando se habla de ellos suelen citarse, no los más utilizados, como se dice, sino los más polémicos, dada su relatividad, es decir, aquellos que por tener unos contornos menos definidos —y, en cuanto tales, menos aceptados íntegramente por la generalidad— han adquirido relevancia conflictual (88).

(84) Respecto a cuya conexión consideramos totalmente aplicables, como decimos repetidamente en el texto, las observaciones que la doctrina ha formulado en cuanto a las posibles combinaciones entre criterio técnico y administrativo (aquí entre criterio experimental y administrativo) y subsiguientes hipótesis de discrecionalidad o vinculación. Cfr. nota 75 de este trabajo.

(85) Especialmente la doctrina alemana, y entre nosotros, GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades...*, op. cit., *pasim*.

(86) «... und ihre Bestimmtheit erst durch die Entscheidung in konkreten Fall bekommen...»; JESCH (D.), Recensión al estudio de Ehmke, *Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht*, Tübingen, 1960, en «Archiv des Öffentlichen Rechts», 1961, Band 86, pág. 492.

(87) Cfr. GENY (F.), *Science et Technique...*, op. cit., III, págs. 465 y sigs.

(88) Suelen citarse como tales, «diligencia de un buen padre de familia», «usos y costumbres de buen labrador», «comerciante ordenado», «información periodística lícita»,

Abb) *Conceptos determinados por remisión a la experiencia técnica.*

Conceptos en los que la remisión normativa no se hace a la experiencia común y general, sino a una experiencia especializada —técnica—,

«seguridad del tráfico», «lealtad en el trabajo», «cuidado razonable», «interés bien entendido». «falta de diligencia debida», «notorio interés», «ocasiones de regocijo familiar», «buenas costumbres», «uso natural de las cosas», «ejemplo corruptor», «negocios inmorales o usuarios», «contrario a la moral», «fidelidad o infidelidad», «concurrancia desleal», «buena o mala fe», «urgencia», «necesidad», «interés público», «bien común», «utilidad pública», «equidad», «la menor incomodidad posible», «maquinaciones insidiosas», «contrario a las buenas costumbres», «dureza excesiva», «la mayor reciprocidad de intereses», «socorro mutuo», «temor racional y fundado».

DABÍN (J.) (*La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement du droit privé*, Bruxelles-París, 1935, págs. 139 y 140, nota 4) cita: lugar del establecimiento principal —Código Napoleón, art. 102—, imposibilidad de manifestar su voluntad —arts. 149 y sigs.—, alimentos —art. 205—, obediencia y protección —art. 213—, posesión de estado —art. 321—, hechos justificativos de la no-paternidad —art. 313—, acto de pura administración —artículo 481—, obligaciones excesivas —art. 484—, debilidad de espíritu —art. 499—, afectación de un mueble al servicio y a la explotación de un fundo —art. 524—, cargas anuales de la herencia —art. 608—, ciudades y suburbios —art. 663—, obras necesarias para utilizar la servidumbre —art. 697—, seguridades suficientes —art. 767 nuevo de la Ley sobre derechos de cónyuge sobreviviente—, recelo —art. 792—, dolo —art. 1.116—, cosa fuera del comercio —art. 1.128—, pacto sobre la sucesión futura —art. 1.130—, actos constitutivos del requerimiento o intimación —art. 1.139—, caso fortuito —art. 1.148—, derechos exclusivamente ligados a la persona —art. 1.166—, actos en fraude de los derechos del acreedor —art. 1.167—, presunciones humanas —art. 1.353—, peligro para la dote —art. 1.443—, gasto de justicia —art. 2.101—, muebles de adorno —art. 2.102—, grandes obras —artículo 2.270—, gastos de conservación necesarios, útiles, suntuarios, inconvenientes normales de la vejez, interés legítimo justificativo de las causas de inalienabilidad, derechos de la personalidad, medidas dejadas a la interpretación amplia del Juez en los artículos 270, 601 y siguientes y 645. En el número 40 de esta REVISTA, GARCÍA DE ENTERRÍA enumera asimismo de los contenidos en el Código civil, los siguientes: orden público —arts. 4.º, 11 y 1.255—, demencia, imbecilidad, sordomudez y prodigalidad —art. 32, etc.—, fidelidad y socorro mutuo —art. 56—, «cosas por su naturaleza destinadas al consumo ordinario de la familia» —art. 62—, «medidas necesarias» —art. 68—, buena fe, mala fe —arts. 69, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 375, 379, 382, 383, 433, 1.107, 1.258, etc.—, «lo que no es indispensable para el sustento, según la posición social de la familia» —art. 142—, auxilios necesarios para la subsistencia —art. 143—, «urgente necesidad o circunstancias especiales» —art. 145—, proporción con caudal y necesidades —arts. 146, 147—, «mala conducta, falta de aplicación al trabajo» —art. 152—, «respeto y reverencia» —art. 154—, trato de «dureza excesiva», «órdenes, consejos o ejemplos corruptores» —art. 171—, diligencias que estime necesarias —art. 178—, negligencia —arts. 236, 273, 1.089, 1.101, 1.103, 1.104, 1.902, etc.—, utilidad del incapacitado —art. 275—, deterioro del objeto —art. 334—, necesidades de la explotación —art. 334—, conservar su sustancia —art. 467—, «como un buen padre de familia» —arts. 497, 1.094, etc.—, uso natural de las cosas, indispensables para su conservación —art. 500—, la menor incomodidad posible —art. 543—, lo necesario para vivir —art. 643—, intervalo lúcido —art. 665—, fraude —arts. 673, 674, 1.292, 1.297, etc.—, según su naturaleza y circunstancias —art. 1.100—, según la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias —art. 1.104—, buenas costumbres —arts. 1.116, 1.255, 1.271, etc.—, lo que por la naturaleza y circunstancias deba inferirse —art. 1.120—, cumplimiento imposible —arts. 1.124, 1.132, etc.—, del temor de la obligación o «de otras

poseída, no por todos, sino únicamente por quienes tengan una formación de aquella naturaleza, esto es, por especialistas.

A veces será la propia persona que ha de aplicar el concepto la técnicamente competente, otras necesitará el auxilio de quien posea dicha

circunstancias» —art. 1.127—, naturaleza y circunstancias —art. 1.128—, lo que sea útil, lo que sea perjudicial —art. 114—, «modificará equitativamente la pena» —art. 1.154—, calidad y circunstancias de la persona —art. 1.161—, su utilidad —art. 1.163—, de todo punto incompatibles —art. 1.204—, apreciación de los Tribunales —arts. 1.221, 1.239, 1.248—, reglas del criterio humano —art. 1.253—, contrario a la moral —arts. 1.255, 1.275—, fuerza irresistible, temor racional y fundado —art. 1.267—, maquinaciones insidiosas —artículo 1.268—, más conforme a la naturaleza y objeto del contrario —art. 1.286—, la mayor reciprocidad de intereses —art. 1.289—, falta evidente a la equidad —art. 1.690—, etc. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, número 40 de esta REVISTA, pág. 194, nota 18.

Recuérdense, además de normas administrativas tomadas al azar, los conceptos de «conducta irregular», el de «hechos socialmente reprobables», el de «solvencia económica», del artículo 22 del Estatuto de Gobernadores, el de «amenaza para la convivencia social» de la Ley de Orden Público, «condiciones de moralidad» del Reglamento de Policía gubernativa, aprobado por Real Decreto de 25 de noviembre de 1930 (art. 444); «reconocido prestigio en la localidad» (art. 79-2 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen jurídico de las Corporaciones locales de 17 de mayo de 1952), «núcleo de población agrupada» (art. 4.º del Reglamento de Actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas de 30 de noviembre de 1961), «explotación familiar mecanizada», (a que, para determinar la extensión de la eventual división de la finca, se remite el art. 5.º de la Ley de 14 de abril de 1962 sobre fincas mejorables). «uso y costumbres de buen labrador» (ap. 2.º del art. 1.º de la Ley de 5 de noviembre de 1940), «causa justificada» (que para poder separar a un consejero permanente del Consejo de Estado alude el art. 10 de la Ley y 33 del Reglamento), «suficiente antelación» y suspensión de las reuniones «por causa justificada» (de la Ley de Procedimiento Administrativo. Cfr. sobre el sentido de los mismos, GARCÍA-TREVIJANO, *Tratado...*, tomo II, Madrid, 1967, págs. 476 y 478, respectivamente), «falta de decoro profesional» y «hecho infamante o afrentoso» (Estatuto general de la Abogacía), «novedad» (como requisito de las patentes o de los modelos de utilidad), «insuficiente interés» (para la cinematografía nacional, en cuanto a clasificación y protección económica de la película: Orden de 13 de mayo de 1961), «conducta del máximo decoro moral y material» (núm. 6 del art. 74 del Reglamento de Funcionarios de Administración Local de 30 de mayo de 1952), etc., etc.

Respecto a tales conceptos se nos plantea el problema de determinar a qué grupo pertenecen los conceptos básicos que fundamentan *los principios generales del Derecho*. Prescindiendo de las polémicas en torno a su concepto y considerándolos sin más como «especificaciones de la justicia material en un Ordenamiento concreto» (vid. sobre este sentido GARCÍA-TREVIJANO, *Tratado...*, op. cit., I, pág. 222, y GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la Ley...*, op. cit., pág. 189), estimamos que tales conceptos básicos son conceptos objetivos, constatables, envolviendo —como dice NIETO (*Reducción jurisdiccional...*, op. cit., pág. 158)— preceptos perfectamente objetivados. CLAVERO ARÉVALO (*Jurados fiscales y jurisdicción contencioso-administrativa*, núm. 39 de esta REVISTA, pág. 37) dice que «a veces actúan también como conceptos indeterminados, y en tales supuestos lo jurídico exige que se imponga una sola solución, la más racional, la más lógica...» Prescindiendo de la caracterización como indeterminados (creemos está pensando en los que aquí configuramos como indirectamente determinados), añadiremos que tales principios funcionan no a veces, sino siempre como tales, y precisamente en base a ello son revisables los actos que los desconocen. Entendemos incluso que no es que tales con-

competencia técnica; en cualquier caso, será el resultado de dicha experiencia, basada en conocimientos especializados, el que determinará el contenido del concepto.

No parece preciso observar que dicha parcial configuración del concepto —por parte de la norma que lo utiliza— viene en este caso normalmente exigida por la propia naturaleza del mismo. Es cierto que a veces el Ordenamiento jurídico se apropia conceptos técnicos, lo cual no ofrece inconveniente de ninguna clase si éstos son fijos y apriorísticos; pero otras veces, en aras de esa naturaleza técnica y de sus posibilidades de variación, ha de limitarse a esa tácita referencia a que venimos aludiendo. Ello puede tener su aspecto negativo —por las posibilidades de desfiguración del concepto—, pero lo tiene también, sin duda, positivo; así, refiriéndose al concepto de enfermedad, algún autor (89) ha calificado tal indeterminación (tal «determinación indirecta», diríamos nosotros) de fecunda, puesto que permite que los progresos del saber puedan seguir siendo incluidos en la primera definición utilizada por la norma, y como ejemplo nos cita los casos en que el Código civil y las Leyes procesales, tanto civil como criminal (como se sabe, de finales del XIX) utilizan tal concepto y, pese a la variación que el mismo ha sufrido, sigue siendo concretamente aplicable.

En sentido amplio podríamos también considerar tales conceptos como indeterminados, en cuanto su propio concepto no ha sido fijado por la norma que los utiliza y de cuya aplicación se trata; pero en sentido estricto, se ha de aceptar su determinación legal indirecta, en virtud de la tácita remisión a las diversas ciencias; su contenido será entonces el que en cada momento venga fijado por éstas o, mejor, el que, de acuerdo con los conocimientos de las mismas, resulte de la propia experiencia profesional

ceptos no sean indeterminados, sino que no pueden serlo, ya que no podrá dejarse al albedrío, a la discrecionalidad, a la valoración subjetiva, intuitiva y acaso arbitraria del órgano administrativo la elección de la solución más racional, más igualitaria, más lógica de que habla el autor. No se trata, por tanto, de que los Tribunales tengan facultad discrecional para sustituir una resolución por razones de ilogicidad, racionalidad o igualdad y no la tengan por razones de oportunidad, como pretende el autor, sino que en el primer caso se trata de la aplicación de conceptos indirectamente determinados, y en el segundo (oportunidad), de indeterminados. Allí son revisables porque puede haber —dada la unicidad de solución justa que está postulando su aplicación— otra resolución más lógica, más racional, más igualitaria, porque la aplicación no se corresponde al común sentir sobre tales conceptos; aquí, en cambio, tal fiscalización resulta imposible, porque la norma no se remite tácitamente al resultado de ese común sentir, sino *expresamente* al resultado del órgano que los aprecia en un supuesto dado.

(89) ALBERCA LORENTE (R.), *La actualidad de la enfermedad y la tipicidad del delito en Derecho penal*, y ROS DE OLIVER, *Valoración forense de los informes psiquiátricos*, en «Psiquiatría y Derecho Penal», Tecnos, Madrid, 1965, págs. 38 y 172, respectivamente.

de quien haya de aplicar o de utilizar tales conceptos. El espíritu de la norma que los utiliza exige que éstos queden fijados, no de acuerdo con las valoraciones subjetivas de la persona u órgano competente, sino mediante la aplicación de unas reglas técnicas en un caso concreto.

La hipótesis más atrás admitida de remisión en parte recepticia y en parte no recepticia o formal, tiene especialmente sentido y realidad en los supuestos de remisión a la experiencia técnica, rara vez en los de remisión a la experiencia vulgar. La remisión a la experiencia técnica, pues, puede hacerse tanto en bloque como parcialmente, y ello sin necesidad de distinguir entre remisión recepticia o no recepticia.

La norma, en efecto, puede reenviar formalmente en bloque a la experiencia técnica o apropiarse en bloque (reenvío material) nociones técnicas, formulando conceptos directa y explícitamente determinados. Pero tal reenvío, tanto recepticio como no recepticio, puede también ser parcial. Pues bien, en esta parcial recepción de fórmulas técnicas se ha querido ver —partiendo seguramente de la admisión de la monstruosidad jurídica que encierra la expresión «discrecionalidad técnica»— una autolimitación de la potestad discrecional. «Así, se ha dicho (90), cuando aparecen fórmulas técnicas, cuadros de resistencia mínima, la Administración *deja* (91) de actuar discrecionalmente para hacerlo de modo reglado».

Efectivamente, en tales supuestos hay autolimitación, pero no de la discrecionalidad —que en ningún momento ha existido—. Lo que ocurre es que la norma, que podría haberse remitido sin más y en bloque (reenvío formal) a la experiencia técnica, impone parte de los conocimientos de ésta, dejando otros a precisar por la experiencia técnica personal de quien haya de aplicar el concepto. Ahora bien, los conceptos técnicos, tanto si han sido asumidos por la norma jurídica como si ésta se remite tácitamente a la experiencia profesional de quien deba aplicarlos, no dejan (como intentamos —de acuerdo con opiniones bien autorizadas— (92) demostrar en este trabajo) hueco alguno para la discrecionalidad. Juridizar técnicas extrajurídicas no significa, ni mucho menos, autolimitación de facultades discrecionales que en el mundo de la actividad

(90) VILLAR PALASÍ. *Apuntes de Derecho administrativo*, I, Madrid, 1965-66, IV, página 114.

(91) El subrayado es nuestro.

(92) Entre las que está, desde luego, la del propio VILLAR PALASÍ, que en un trabajo anterior (*Voz Concesiones*, de la N. E. J. Seix) había subrayado cómo «en los criterios puros de condiciones de hecho técnicas no se concede discrecionalidad a la Administración». «Así sucede, por ejemplo, en la determinación de locales o industrias insalubres en las que la resolución administrativa es impugnabile con acceso a la vía jurisdiccional.»

técnica no existen. Significa que un concepto indirectamente determinado —mediante remisión formal o no recepticia de la norma— se ha convertido, total o parcialmente, en directamente determinado (remisión material o recepticia), pero sin cambiar por ello la naturaleza de las facultades utilizadas al aplicarlo. La vinculación, cualquiera que sea la diferencia desde el punto de vista de la real aplicación técnica, es, desde el jurídico, exactamente igual en un supuesto que en el otro. La norma no se ha remitido, es cierto, a la experiencia técnica del profesional: le ha dado una, pero ello sólo quiere decir que el técnico no podrá usar —en el supuesto de una eventual discoincidencia— la suya. A simple vista un profano podría decir que en un caso tiene y en el otro carece de libertad, lo que teniendo en cuenta el proceso operacional, puede ser cierto; pero, atentamente observado por un jurista, habrá de concluirse que tal libertad de elección entre varias soluciones de validez jurídica idéntica —en que sin duda reside la potestad discrecional— no existe ni en un caso ni en el otro. La experiencia profesional —propia o ajena— le vincula de modo inexorable.

Caracterizar la segunda especie de conceptos indirectamente determinados por su remisión a la experiencia técnica presupone, evidentemente, que la actividad necesaria para su aplicación es una actividad de esta naturaleza. Ahora bien, ¿qué es una actividad técnica?

Concepto de actividad técnica.

No pretendemos, desde luego, insistir en conceptos ya fijados por la doctrina más autorizada, pero sí referirnos a algunas de las posturas más relevantes a los efectos que pretendemos en este trabajo.

En primer lugar, algunos autores (93), incurriendo en una clarísima tautología, han definido la actividad técnica como aquella que sustancialmente consiste en la aplicación de criterios proporcionados por disciplinas de dicha naturaleza, lo que evidentemente supone tanto como no decir nada.

(93) GIANNINI (M. S.), *Lezioni di Diritto amministrativo*, op. cit., pág. 110; GARRIDO FALLA (F.), *Tratado de Derecho administrativo...*, op. cit., II, pág. 128. El primero de estos autores considera que la actividad técnica no es una noción jurídica, sino una noción de ciencia de la organización. No estamos, al menos por lo que a nuestro Ordenamiento se refiere, de acuerdo con dicha postura, ya que desde el momento en que se utiliza constantemente la expresión para cualificar una determinada especie de la actividad administrativa, una clase de órganos o una serie de titulares de los mismos («funcionarios técnicos»), creemos que el concepto es un concepto netamente jurídico (ver, por ejemplo, el núm. 2 del art. 30 del Reglamento de Personal de los Servicios Sanitarios Locales de 27 de noviembre de 1953).

De actividad técnica se puede hablar en un sentido amplio y en un sentido estricto, es decir, considerándola como una especie de la actividad administrativa.

En la primera de ambas acepciones puede entenderse por actividad técnica (94) el conjunto de aptitudes y conocimientos necesarios al ejercicio de cualquier actividad; el complejo de reglas conforme a las cuales debe realizarse cualquier trabajo intelectual o manual para que esté bien hecho. Existe así una técnica del juez, del buen administrador, una técnica jurídica, contable, política, administrativa..., etc. En este sentido no es extraño que haya podido decirse (95) que toda la actividad administrativa es una actividad técnica.

En un sentido más restringido se ha hecho derivar el concepto de la contraposición, en el campo de las ciencias, entre Ciencias morales y el resto de las Ciencias: así son técnicas las normas y conceptos de la Matemática, Física, Química, Medicina y los de las Ciencias de éstas derivadas. Este es aproximativamente el concepto en que se habla en nuestro Ordenamiento de Enseñanza técnica, Escuelas técnicas, Instituto politécnico superior (96), etc.

Por lo general, cuando se habla de actividad técnica como especie de la actividad administrativa, la referencia se entiende hecha a aquellas aptitudes y conocimientos necesarios solamente en el ejercicio de determinadas artes y profesiones (97), conocimientos provenientes de disciplinas que nada tienen que ver con lo jurídico, y cuyo objeto lo constituyen actividades humanas distintas del administrar en sentido estricto. Suelen citarse los sanitarios, químicos, ingenieros, docentes, etc. En tal sentido, insistimos, se habla de actividad técnica como especie de la actividad administrativa, por lo que algún sector doctrinal prefiere hablar más que de *actividad técnica*, de *momento técnico* de la actividad administrativa (98), con lo que únicamente se quiere indicar que ésta «assume a ve-

(94) ZANOBINI, *Corso di Diritto amm.*, op. cit., I, pág. 19.

(95) GIANNINI (M. S.), *ibídem*, pág. 110.

(96) Véanse los Decretos 209 y 210 de 2 de febrero de 1966 sobre reestructuración del Ministerio de Educación y Ciencia.

(97) En tal sentido MIELE, *Principi di Diritto amministrativo*, Padova, 1953, pág. 28; RANELLETTI, *Istituzioni di Diritto pubblico*, 2.º, Milán, 1954, pág. 406; ZANOBINI, *Corso di Diritto amministrativo*, Milán, 1959, I, pág. 249; ALESSI, *La responsabilità della pubblica amm.*, op. cit., pág. 187; VINOGRADOFF, *Il senso comune nel Diritto*, Milán, 1965, página 88.

(98) FORTI-LACCARINO, *Amministrazione pubblica*, Voz del «Novissimo Digesto Italiano», I, 1.º, pág. 562.

ces un contenido técnico», sin que sea, por otra parte, lícita la pretendida (99) contraposición entre ambas.

Dicho concepto coincide esencialmente con el recientemente expuesto por DE VALLES, quien, despreciando el criterio de pertenencia o no a una de tales ciencias de los conocimientos respectivos, ve el carácter técnico en la ajenidad de tales conocimientos respecto a la cultura común o elemental, propia de la gran mayoría de los ciudadanos (100). Y si aun siendo propios de una de tales ciencias se han insertado en la cultura común, han dejado de ser técnicos, puesto que no es necesario estar especializado en una materia para comprenderlos (101). Con tal criterio también los estrictamente jurídicos serían técnicos, en cuanto ajenos a la cultura común, y en tal sentido habremos de discernir, cuando sea necesario, dentro de la técnica y como una de las especies de la misma, la propia técnica jurídica. No es este el criterio normalmente utilizado, ya que ésta suele excluirse de él, pero es el que aceptamos y sobre el que basamos nuestra distinción entre dos clases de conceptos indirectamente determinados: unos que remiten a la experiencia común y general y otros que lo hacen a la experiencia técnica, incluida —repetimos— la propia técnica jurídica o, en su caso, jurídico-administrativa.

Otras veces ha intentado caracterizarse la actividad técnica como una «parte de la actividad administrativa de carácter material». Se parte de la ilógica distinción entre actividad jurídica y actividad material, y se intenta caracterizar, equivocadamente en nuestro entender, la técnica dentro de esta última. Aquella distinción es, desde luego, inadmisibile, pero aún corregida en el sentido de oponer actividad ideal a material, la técnica nunca podría considerarse como una especie de ésta, ya que si bien es posible pensar en una actividad técnica material o puramente ejecutiva, lo normal es, sin embargo, que tal actividad no sea material, sino que encierre «un matiz fuertemente ideológico y jurídico» (102), que puede muy bien incluso consistir en el desempeño de una función en sentido estricto (no material).

(99) GARRIDO FALLA, *Tratado...*, op. cit., II, pág. 128.

(100) Como señala ROCA SASTRE (*El expediente contradictorio...*, op. cit., pág. 176), refiniéndose al concepto de perito, que ha de intervenir en el expediente de ruina, de acuerdo con la jurisprudencia, el concepto es amplísimo, «pudiendo intervenir técnico con título superior (Arquitecto), técnicos sin título superior (Peritos Aparejadores) o —el subrayado es nuestro— simplemente *personas sin título de ninguna clase, pero que puedan calificarse de peritos por su oficio o dedicación* (maestros de obras, constructores, etc.)».

(101) DE VALLES, *Le norme giuridiche...*, op. cit., pág. 179.

(102) GARCÍA-TREVIJANO FOS (J. A.), *Relación orgánica y servicio*, op. cit., pág. 56.

Naturaleza de dicha actividad.

Como consecuencia quizá de la consideración de la actividad técnica como actividad estrictamente material, JELLINEK (103), ROMANO (104), TESAURO (105) y LESSONA (106) han sostenido que tales manifestaciones de actividad técnica no son sino una actividad profesional y, por tanto, meramente privada, que no cambia su naturaleza porque sirva de base, se conecte o se identifique con el interés público. Tales actuaciones no serán, en consecuencia, propias del Estado, sino que permanecerían como acciones de los sujetos que las llevaron a cabo.

En contra de tal postura se ha evidenciado —RANELLETTI (107), ZANOBINI (108), VITTA (109) y, entre nosotros, GARCÍA-TREVIJANO (110— no sólo el carácter jurídico de tal actividad, sino, incluso, que aun tratándose de aquella que sea prevalentemente una actividad material que se agota en sí misma (111), hay que predicar la posibilidad de caracterizarla como actividad de un sujeto administrativo (para el que el funcionario actúa) en cuanto directa o indirectamente las modificaciones materiales del mundo externo que comporte producen algún efecto jurídico. El mismo proceso lógico que permite referir al Estado los actos de voluntad, las declaraciones de conocimiento y los juicios de una parte de los órganos administrativos, induce a admitir la imputación al mismo de cualquier otra actividad (y, por tanto, la técnica) de las personas que actúan a su servicio y para la consecución de sus fines.

Otra cosa será, en cambio, que tal actividad se concrete siempre en verdaderos actos administrativos. El carácter estrictamente interno de muchas de las operaciones que contribuyen a integrar dicha actividad privará a ésta de relevancia jurídica externa, pero en cualquier caso, y cualquiera que sea su consideración, es innegable su referibilidad al

(103) JELLINEK, *Sistema dei Diritti pubblici subiettivi*, op. cit., pág. 246. La actividad específica de los médicos, profesores, maestros, ingenieros del Estado es individual y no puede menos de serlo. El Estado autoriza su acción, pero jamás es ésta el contenido de un órgano del Estado, porque éste es el modo peculiar de determinar al exterior aquellas actividades...

(104) ROMANO (S.), *Introduzione al Diritto amministrativo e suoi principi*, 1952, pág. 91.

(105) TESAURO, *Istituzioni di Diritto pubblico*, vol. II, Torino, 1961, págs. 96 y sigs., y en *Scritti in onore de G. SALEMI*, Milano, 1961, págs. 375 y sigs.

(106) LESSONA (S.), *Introduzione al Diritto amministrativo e suoi principi*, 1952, pág. 91.

(107) RANELLETTI, *Principi di Diritto amministrativo*, Napoli, 1912, pág. 199.

(108) ZANOBINI (G.), *Corso di Diritto amministrativo*, op. cit., I, pág. 20.

(109) VITTA, *Diritto amministrativo*, vol. I, 1949, págs. 288 y 308.

(110) GARCÍA-TREVIJANO FOS (J. A.), *Relación orgánica y...*, op. cit., págs. 56, 57 y 98.

(111) Cfr. en contra ALESSI (R.), *Sistema istituzionale di Diritto amministrativo*,

ente al que orgánicamente esté conexasionado el funcionario que realiza una actividad técnica.

En cuanto actividad técnica, no es discrecional.

La doctrina no está totalmente de acuerdo cuando procede a la determinación de la naturaleza —discrecional o vinculada— de la actividad técnica por la que se declara el estado de salud o enfermedad de una persona, las condiciones sanitarias de una zona de la población, el estado de ruina de un edificio, etc., etc.

Nos referimos, por supuesto, a la actividad en sí y no a los actos, pues a nadie se le oculta que no existen actos discrecionales «por naturaleza» o «en bloque» (112).

Y por otra parte, nos limitamos aquí a examinar la naturaleza de la actividad desde el punto de vista de su vinculación o discrecionalidad, dando por supuesta tal tecnicidad y prescindiendo ahora de las posibles combinaciones entre el criterio técnico y administrativo con las subsiguientes hipótesis de respectiva discrecionalidad o vinculación (113).

(112) No hay que advertir, en el estado actual de la doctrina, tal inexistencia que ha recogido incluso la Exposición de Motivos de nuestra Ley jurisdiccional. Cfr. por todos GARRIDO FALLA, *Tratado...*, op. cit., págs. 395 y 396 y nota 17. De ello, sin embargo, no puede deducirse la proposición contraria: que las atribuciones de un órgano administrativo nunca podrán ser totalmente regladas, porque siempre quedará algún pequeño margen que deberá dejarse necesariamente al arbitrio del funcionario actuante, que todo acto es en parte reglado y en parte discrecional, pues nunca se presenta de hecho la total regulación de una conducta; cfr., por ejemplo, en tal sentido, GORDILLO (A. A.), *Derecho administrativo de la economía*, Buenos Aires, 1967, págs. 160 y sigs., bajo un epígrafe que titula «Todo acto es en parte reglado y en parte discrecional». Por nuestra parte, creemos que en todos aquellos supuestos en que no haya expresa atribución de facultades discrecionales, en alguno de los momentos en que caben, se producirán actos administrativos totalmente reglados, actos reglados «en bloque». Si creemos con KELSEN que «carcece de sentido dividir los actos jurídicos en libres y vinculados», no pensamos que pueda hacerse idéntica observación sobre la distinción que pudiera hacerse entre actos total o parcialmente vinculados (cfr. KELSEN, *Teoría general del Estado*, Ed. Labor, pág. 319).

(113) «En la estimativa técnica no puede hablarse propiamente de discrecionalidad más que en los supuestos en que tales criterios técnicos se entremezclen con criterios administrativos.» Normalmente la actividad técnica constituirá o bien una premisa necesaria, en cuanto consiste en la comprobación por especialistas de ciertas circunstancias que inducen a la Administración a actuar, o bien el medio de que la Administración se vale para la consecución de alguno de sus fines. GARCÍA-TREVIJANO (*Tratado...*, op. cit., I, páginas 386 a 389) ha sistematizado convenientemente los supuestos de combinación entre el criterio técnico y el administrativo y, consecuentemente, los respectivos momentos de discrecionalidad o vinculación, distinguiendo las siguientes hipótesis:

1.º Que el criterio técnico sirva de base a una posterior actividad administrativa discrecional.

2.º O vinculada.

3.º Que la actividad administrativa se lleve a cabo a través de una actividad técnica.

Partiendo de la doble vertiente (frente a la ley y frente al Juez) en que la discrecionalidad debe manifestarse (114), y apoyándose en la inmunidad jurisdiccional de que tradicionalmente han gozado las cuestiones técnicas, se han venido confundiendo ambos conceptos, hablándose de una discrecionalidad técnica.

Así, DE LAUBADÈRE (115) —comentando la exclusión jurisdiccional realizada por el Consejo de Estado francés, en un caso de «apreciación del estado de salud de un funcionario que solicitaba licencia por enfermedad», invocando su carácter de «cuestión de hecho» (116)— señala cómo tal exclusión podría más exactamente fundarse en el concepto de «competencia discrecional» del órgano en cuestión, que en el de cuestión de hecho. Ahora bien, el propio DE LAUBADÈRE, recogiendo la formulación de BONNARD (117), hace radicar la esencia del poder discrecional en la existencia

4.º Que ésta se lleve a cabo a través de una actuación material, doctrina que estimamos correcta y cuya única observación será la de considerarla igualmente aplicable a los supuestos en que la norma se remite no a la experiencia técnica, sino a la experiencia común y general.

VILLAR PALASÍ (Voz «Concesiones», de la N. E. J. Seix), sin embargo, afirma que cuando la estimativa técnica se configura tan sólo como cuestión previa, sometida a un posterior criterio administrativo de necesidad, oportunidad o urgencia, como sucede en las licencias por derribo, prima el carácter discrecional sobre el estimativo, del mismo modo que el fin prevalece sobre el medio. Como afirmamos en el texto y más adelante, en la constatación de una actividad técnica no cabe hablar de poder discrecional. Otra cosa será que, una vez constatada técnicamente la circunstancia de hecho, se confiera al órgano administrativo facultad discrecional para obrar en el sentido más conveniente a aquella concreta manifestación del interés público a que se haya conectado el resultado de la citada constatación, dependiendo, en consecuencia, el carácter discrecional pretendido de la prescripción normativa, pero sin olvidar que uno de los resultados de la constatación puede vincular —aunque sea negativamente— la actuación administrativa. Si, por ejemplo, una vez comprobada la enfermedad de un funcionario la Administración puede o no jubilarle, es evidente que el resultado negativo —ausencia de enfermedad— de la constatación técnica priva de toda facultad discrecional a la Administración.

(114) Cfr. BONNARD, *Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir*, en «Rev. de Droit Public», 1923, págs. 365 y 366, citado por GARRIDO FALLA, *Tratado...*, op. cit., pág. 208.

(115) DE LAUBADÈRE (A.), *Traité élémentaire de Droit administratif*, L. G. D. J., París, 1953, pág. 396.

(116) Tratándose, como defendemos, de facultades vinculadas, no se debería haber realizado tal exclusión. Por lo demás, el fundamento de cuestión de hecho y de error sobre éste tanto puede detectar la violación de las normas (si se trata de facultades regladas) como una desviación de poder (si se trata de facultades discrecionales). Cfr. la distinción que en este sentido hace GARCÍA-TREVIJANO (*Acotamiento cualitativo de la pretensión contenciosa-administrativa*, en el núm. 38 de esta REVISTA) entre vicios de los actos (incompetencia, violación de norma y desviación de poder) y los instrumentos de exteriorización de los mismos (errores, dolos, simulaciones, reservas mentales, violencias, etc., etc.).

(117) Cfr. VENEZIA (J.-C.), *Le pouvoir discrétionnaire*, L. G. D. J., París, 1959, páginas 48 y sigs., y DI QUAL (L.), *La compétence liée*, París, L. G. D. J., 1964, pág. 80.

de un cierto margen de libertad en la adecuación del objeto del acto (o efecto que éste tiende directa o inmediatamente a producir) a los motivos del mismo (o elementos objetivos, de hecho o de derecho, que están en su base) (118). Basta una elemental reflexión sobre la declaración del estado sanitario de una persona, por ejemplo, y sobre las operaciones de constatación que la preceden para convencerse de que esa «libre determinación del motivo al que debe corresponder el objeto del acto» no aparece por ninguna parte, puesto que la circunstancia de hecho condiciona inexorable y directamente tal declaración.

Como es sabido, y el mismo DE LAUBADÈRE reconoce (119), la discrecionalidad no aparece sino cuando la ley, intencionadamente, hubiese dejado al órgano libertad para determinar el sentido o contenido de la noción a aplicar —la de salud o enfermedad, en este ejemplo— libertad de apreciación, o lo que es lo mismo, libertad de elección de varias soluciones igualmente justas, lo cual, obviamente, no sucede cuando de determinar si una persona está sana o enferma se trata, ni, por otra parte, podría el propio órgano a su arbitrio o, mejor, a su discreción (120), formarse el criterio para tal determinación. Así, no podría, por ejemplo, señalar un grado de temperatura como índice del estado de salud o de enfermedad (pues ello supondría, nada menos, que la facultad de formar la premisa mayor de ese silogismo en que todo acto jurídico consiste, y es en tal facultad en lo que reside la esencia del poder discrecional), por la razón de que los criterios para tal determinación le vienen impuestos por lo que, a la vista de los conocimientos técnicos, es su propia experiencia profesional (121). Si la discrecionalidad nace de una libertad de apreciación (122), no hace falta insistir en la inexistencia de tal libertad en los casos planteados. En éstos no hay ninguna posibilidad de elección, sólo es posible tomar una medida. La competencia, pues, en cuanto al objeto del acto, es reglada, puesto que comporta ausencia de libertad del

(118) Por eso en la terminología de WALINE (*Droit administratif*, París, Sirey, 1959, página 416) y en el caso de que la declaración no correspondiera a tales elementos objetivos de hecho, tendríamos un vicio de inexactitud de los motivos del acto, no de los móviles del sujeto.

(119) DE LAUBADÈRE (A.), *Traité élémentaire...*, op. cit., pág. 223.

(120) La distinción entre arbitrio y discreción, establecida por primera vez por BEN-NATZIK (*Rechtsprechung u. materielle Rechts Kraft*, 1886, op. cit., pág. 46), citado por ZANOBINI (*L'attività amministrativa e la legge*, en «Scritti di Diritto Pubblico», Milano, 1955, pág. 205), ha obtenido una significación comúnmente admitida por la doctrina. En contra parece la expresión de GARCÍA DE ENTERRÍA (*La lucha contra las inmunidades...*, núm. 38 de esta REVISTA, op. cit., pág. 173, nota).

(121) Cfr. posición contraria de GASPARRI, en este trabajo, págs. 244 y sigs.

(122) DI QUAL, *La compétence liée*, L. G. D. J., París, 1964, pág. 31.

agente comprobador en la elección del motivo al que debe corresponder este objeto. Conforme a las leyes técnicas, a las que tácitamente reenvía la norma, sólo hay una solución.

Respecto a la discrecionalidad técnica, ROCCO (123), aunque la considera vinculada a las reglas técnicas (provenientes de la ciencia, del arte o de la experiencia) que fundamentan el juicio en que consiste, la califica, sin embargo, de verdadera discrecionalidad, estimando que es una de las diversas formas o tipos de ésta (124).

El propio ZANOBINI (125), tras haber observado agudamente cómo los actos consistentes en declaraciones de juicio o conocimiento no pueden, por su propia naturaleza, ser resultado del ejercicio de poderes discrecionales, admite, sin embargo, la posibilidad de una discrecionalidad técnica.

Con idéntica fundamentación y refiriéndose a la calificación de determinados objetos «de interés especial», FAZIO (126) asegura estar en presencia de un verdadero acto administrativo de contenido técnico-discrecional y, en cuanto tal, no fiscalizable bajo el aspecto de la cualidad atribuida al bien, ya que no se debe y no se puede tener en cuenta en la esfera administrativa un procedimiento lógico que pertenece a la formación de una voluntad sobre la base de elementos estrictamente técnicos.

En el mismo sentido, GARRIDO FALLA (127), pese a reconocer acertadamente, creemos, que en tales supuestos «la ley determina de forma categórica la solución procedente», admite como una de las «hipótesis en las cuales es posible hablar de poderes discrecionales en manos de la Administración pública» la de la discrecionalidad técnica, fundándose en la imposibilidad de su fiscalización, razonada en base a la imposibilidad para el Juez de subrogarse en la apreciación de los criterios técnicos utilizados (lo cual no parece sino una reminiscencia del viejo principio, conforme al cual «juzgar a la Administración es también administrar»). Reflexionando sobre la brillante tesis de LAUN —que el autor acepta en el texto y expone en nota—, conforme a la cual la discrecionalidad aparece cuando, por consistir

(123) ROCCO (F.), *Discrezionalità e controlli sul suo esercizio. Spunti e rilievi dogmatici*, en «Foro Italiano», 1954, IV, I, y después en *Scritti e discorsi di Diritto pubblico*, Milano, 1961, pág. 318, y en *Parere in tema di interpretazione della legge 27 dicembre 1953*, en «Scritti...», cit., pág. 372.

(124) En el mismo sentido, implícitamente, CATALDI (G.), *Le legislazioni speciali...*, op. cit., pág. 113.

(125) ZANOBINI (G.), *Corso di Diritto amministrativo*, I, Milano, 1958, 8.ª ed., pág. 247.

(126) FAZIO (G.), *Sindacabilità e motivazione degli atti amministrativi discrezionali*, Milán, 1966, pág. 103.

(127) GARRIDO FALLA (F.), *Tratado de Derecho administrativo*, op. cit., pág. 209.

la norma en un juicio disyuntivo, se desprende de la misma que el legislador ha conferido posibilidad (128) de elección, o en la de STASSINOPOULOS —expuesta también en nota y calificada de «muy interesante»—, según la cual la libertad que la discrecionalidad encierra no es sino la posibilidad de elegir entre varias soluciones igualmente legales, es decir, entre dictar o no el acto y determinar, en el primer caso, su contenido de tal o cual manera, no hay más remedio que concluir en la incorrección del empleo del término para referirse a actuaciones que nada tienen que ver con lo discrecional, porque por ningún lado aparece la libertad de elección, en que, sin duda, la discrecionalidad consiste.

En sentido parecido, ROCA ROCA, pese a reconocer el carácter reglado de la materia objeto de su estudio —declaración de ruina—, aduciendo una larga enumeración de autos y sentencias en los que, desde 1903, así se ha venido declarando, y pese a reconocer su impugnabilidad por vicio en la causa, es decir «por inadecuación de la declaración a los elementos fácticos que la determinan y condicionan», concluye que el «expediente de ruina es un acto administrativo reglado en su forma y discrecional técnico en cuanto a su fondo, realizando nuestro Tribunal Supremo el control de dichos actos fiscalizando y examinando tanto su fin como su causa» (129).

Desde un ángulo distinto, TESAURO (130) califica también la actividad técnica como discrecional. Refiriéndose a los ejemplos citados por ALESSI,

(128) Se ha dicho que «siempre que se utiliza la palabra "podrá", referida a la Administración hay discrecionalidad» (GARCÍA-TREVIJANO, *Tratado...*, op. cit., I, pág. 381), lo que, de acuerdo con el propio autor, creemos debiera corregirse en el sentido de que «únicamente cuando se utiliza la hay», de forma que tal posibilidad de elección conferida a la Administración constituye un requisito necesario, pero no suficiente, ya que a veces tal posibilidad de elección, «más que discrecionalidad es un aspecto político de la autonomía administrativa que otorga cierta libertad...» En contra, CAMMEO, aunque distinguiendo entre posible y lícito jurídico, la considera como verdadera discrecionalidad (discrecionalidad pura). *Corso di Diritto amministrativo*, Padua, 1960, págs. 189 y sigs.

(129) ROCA ROCA (E.), *El expediente contradictorio de ruina*, Madrid, 1966, págs. 141 y sigs., nota 7.

A la contradicción que supone hablar de discrecionalidad técnica, hay que añadir la de caracterizar el fondo como tal y declarar fiscalizable la causa que, aunque no es el momento de problematizar sobre la misma, otra cosa parece que no pueda ser que ese fondo: la existencia o no del estado de ruina. Por otra parte, de suponerse reglada —siendo la expresión discrecional técnica no más de una denominación consagrada—, ¿cómo admitir la conjunta fiscalización del fin —desviación de poder— que *no puede ser sino* un instrumento para la fiscalización de lo que de discrecional pudiera haber existido? Cfr. cuanto decimos en las págs. 250 y sigs. y 274 de este trabajo.

(130) TESAURO (A.), *L'attività amministrativa discrezionale*, en «Scritti giuridice in onore di SALEMI, Milano, 1961, págs. 375 y sigs. Y en «Istituzione di Diritto Pubblico», II, Torino, 1961, págs. 96 y sigs.

entre los que aparece el de la «actividad encaminada a comprobar por parte de los técnicos y de acuerdo con criterios de esta naturaleza, la existencia o menos de una enfermedad infecciosa», afirma cómo estamos, indudablemente, en presencia de una actividad llevada a cabo conforme a reglas técnicas, con independencia de cualquier valoración del interés público que esté implicado.

Por supuesto que, al menos en el caso que nos ocupa —y en el que prescindimos de las posibles conexiones que una tal actividad pueda tener con el interés público (131)—, existe de modo absoluto tal independencia. Ahora bien, la discrecionalidad es, para nosotros, un concepto si se quiere prejurídico y, desde luego, aplicable, no sólo al campo público, sino también al privado. El propio TESAURO señala cómo suele designarse actividad discrecional aquella que en su totalidad o en parte no esté determinada por una ley, sino dejada a la determinación que —basándose en la valoración de los fines a realizar— haga el sujeto encargado de llevarla a cabo, sin precisar, como se ve, que se trate o no de fines de interés público. Por otra parte, ya vimos cómo el autor señala que tal comprobación no es sino manifestación de una actividad profesional y, por tanto, meramente privada, que no cambia su naturaleza porque se ejecute en interés del Estado o porque se realice por quienes actúen en nombre y por cuenta del Estado. Una actividad, en efecto, es pública o privada exclusivamente por la naturaleza —pública o privada— del poder jurídico del que es manifestación.

Prescindiendo de las objeciones que pueden hacerse al criterio de la calificación de la naturaleza pública o privada de la actividad por la presencia o menos de la valoración de un fin público, afirmamos, en contra del autor, que tal actividad es en realidad prejurídica y precisamente idónea luego para ser pública o privada, fundándose precisamente en que sirva o no de base, esté o no conexiónada o se identifique o menos con el interés público y se realice o no por un órgano administrativo. El autor no desconoce esta posibilidad, y así, hablando de actividad administrativa, se refiere a la hipótesis de comprobación por una autoridad de esta índole, de una enfermedad que hace a un sujeto inidóneo para ocuparse de una determinada actividad estatal. «Aquí la actividad es esencialmente discrecional (y la discrecionalidad especialmente evidente), puesto que se lleva a cabo en base a conocimientos técnicos y a la experiencia médico-legal, variable de sujeto a sujeto, y porque, además, supone apre-

(131) Vid. cuanto se dice más arriba sobre relaciones entre el criterio técnico y el criterio administrativo.

ciación de las exigencias públicas que se han de realizar en el desarrollo de cada actividad». De aceptar la discrecionalidad —en la determinación del contenido del supuesto—, se haría (como veremos en su momento) no porque la actividad se haya realizado de acuerdo con conocimientos técnicos, sino porque se ha valorado una manifestación del interés público y la adecuación de las aptitudes del sujeto a la misma.

En cuanto a los primeros (conocimientos técnicos y experiencia médico-legal), no cabe hablar de discrecionalidad, y la eventual diversidad entre distintos sujetos tan sólo nos revelará las dificultades gnoseológicas, no ontológicas, para apreciar ciertos estados. En cualquier caso la discrecionalidad, si existiera, sería predicable, como veremos, de *alguna de las operaciones* que integran la comprobación, pero *por no serlo de todas ni de las esenciales*, ha de predicarse del resultado su carácter reglado y no discrecional, porque éste, como dice la Exposición de Motivos de nuestra Ley jurisdiccional, no aparece sino cuando «el Ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar, en un supuesto dado, lo que sea de interés público».

Las facultades, por consiguiente, de que dispone quien esté técnicamente capacitado para declarar si el concepto de «salud» o de enfermedad, la clase de ésta, la existencia de una epidemia, la peligrosidad, nocividad o carácter molesto de una actividad, etc., se dan o no en un supuesto determinado, es decir, para declarar sano o enfermo a un determinado sujeto o a una colectividad, no son facultades discrecionales, sino regladas; regladas no por la norma directamente, es cierto, pero sí indirectamente, mediante la tácita remisión que ésta hace a los principios de las ciencias médicas, que son los que, en definitiva, vinculan tal declaración, al establecer cuáles son las condiciones que han de darse o han de faltar en un sujeto o en una colectividad determinada para que su estado pueda calificarse de «salud» o de «enfermedad».

Se podría argüir —y puede que sea cierto— que entre ambos estados —por seguir con una ejemplificación simple que evidencia nuestro razonamiento— existen zonas intermedias difícilmente precisables, y en consecuencia, al menos en estos casos marginales, existe para el órgano esa posibilidad de elección entre declarar enfermo o sano a un sujeto, y que tratándose de materias científicamente opinables (frecuentes en las ciencias experimentales) el mismo supuesto podría llevar a conclusiones técnicas diversas, lo que se acentúa aún más cuando se trata de determinar,

no la existencia de una enfermedad, por ejemplo, sino alguno de sus caracteres, peligrosidad, gravedad (132), etc.

Lo único cierto y admisible es, no obstante, en nuestra opinión, que, por la propia limitación de las ciencias médicas, ciertos estados no es posible calificarlos con probabilidades de acierto con los conocimientos que aquéllas ofrecen, si bien, en todo caso, son y siguen siendo independientes en su existencia de la dificultad, e incluso de la imposibilidad que pueda existir de calificarlos. Sin perjuicio, pues, de que se confiara un margen intermedio de apreciación de cierta holgura a quien haya de calificar como de «salud» o de «enfermedad» el estado de una persona, o como de ruinoso, o menos, el de un edificio, hay que significar una vez más que tal margen es *cognoscitivo*, ya que ésta o tiene o no tiene salud, no puede a la vez estar o no estar en ruina, con independencia de que esto en los casos marginales pueda o no declararse con exactitud.

Basándose acaso en tal posible variabilidad de sujeto a sujeto de la experiencia técnica y en la existencia de esos casos marginales de difícil catalogación a que acabamos de referirnos, algún autor (133) cree preciso distinguir entre «reglas estrictamente técnicas» —indiscutibles e indiscutidas por lo general— y «aspectos técnicos susceptibles de controversia», ligada la aplicación de las primeras a ese resultado indiscutible que de tal aplicación se ha de derivar y libre la aplicación de los segundos dentro de las vías técnicas posibles: si una técnica es una mera cuestión opinable o discutible, un arte que puede ser ejercido de diversos modos y de acuerdo al criterio subjetivo de quien en el caso lo desempeña, es «lógico afirmar que esa actividad no puede ser controlada». Si, por el contrario, una técnica es científica y, por tanto, por definición, cierta, objetiva, universal, sujeta a reglas uniformes que no dependen de la apreciación personal de un sujeto individual, es obvio que no pueda en este aspecto hablarse «de completa discrecionalidad, sino que corresponde, por el contrario, hablar poco menos que de *regulación* (sujeción a normas, en el caso técnicas)». La argumentación, válida acaso desde un plano estrictamente lógico y prejurídico, incurre, en nuestro entender, en un no pequeño error. Cuando para la aplicación de un concepto una norma reenvía, expresa o tácitamente, a la experiencia técnica de un sujeto, está indudablemente remitiendo a la que éste debe tener de acuerdo con las

(132) Es evidente que la ciencia médica, por ejemplo, no siempre está de acuerdo consigo misma, bien sobre el valor en general, bien sobre la oportunidad de un tratamiento concreto en el caso particular o de una operación quirúrgica.

(133) GORDILLO (A. A.), *Derecho administrativo de la economía*, Buenos Aires (Córdoba), 1967, págs. 166 y sigs.

reglas y principios científicos y, en cuanto tales, ciertos, objetivos y universales, de la respectiva disciplina. La admisión, por otra parte, en tiempos anteriores de la «discrecionalidad técnica» no obedece, en nuestro entender, a que por técnica se entendiera ese «arte que puede ser ejercido de diversos modos y de acuerdo con el criterio subjetivo de quien lo desempeña», como quiere el autor, sino a una pretendida imposibilidad de fiscalización, razonada en base a la imposibilidad para el Juez de subrogarse en la apreciación de los criterios técnicos utilizados. No quiere con ello decirse que tal posibilidad (variedad de los procedimientos para desarrollar dicha actividad) no se dé en la aplicación de conceptos técnicos (134), pero ni ha sido esta consideración en la que se ha apoyado la doctrina de la discrecionalidad técnica ni su presencia justifica la calificación del resultado como discrecional. El autor, por otra parte, no acaba de decidirse ni en la primera de sus hipótesis —reglas estrictamente técnicas, indiscutibles e indiscutidas por lo general— por la tesis de la vinculación en su ejercicio, señalando tímidamente que en tales casos no puede hablarse de «completa discrecionalidad», sino que «corresponde hablar poco menos que de regulación», por lo que, para el autor, dichas reglas y principios técnicos operan únicamente como «límites concretos» de la discrecionalidad, caracterización que, por otra parte, debe considerarse un avance en relación con anteriores posturas de la literatura argentina. No hace aún treinta años, en efecto, que en una por lo demás interesante monografía sobre el tema, FIORINI señalaba categóricamente que tales reglas técnicas son «directivas para la realización de la apreciación, pero en ninguna forma pueden calificarse de límites positivos y definitivos de la discrecionalidad» (135).

Como ha subrayado ALESSI (136), los términos discrecionalidad y técnica son «esencialmente inconciliables», o, como dice GARCÍA-TREVIJANO (137), «conceptos completamente antagónicos». «Lo técnico —añade este último— no se valora, sino que se puede comprobar. Lo discrecional

(134) Vid. páginas 34 y siguientes de este trabajo.

(135) FIORINI, *La discrecionalidad en la Administración Pública*, Buenos Aires, 1948, pág. 127.

(136) ALESSI (R.), *La responsabilità della Pubblica Amministrazione*, 2.^a edizione Milano, 1951, pág. 48. Igualmente, en *Sistema istituzionale del Diritto amministrativo italiano*, 2.^a ediz., Milano, 1958, pág. 197. En el mismo sentido, SANDULLI (A. M.), *Manuale di Diritto amministrativo*, Napoli, Jovenne, 1959, págs. 263 y sigs.), que utiliza precisamente ejemplos relativos a situaciones sanitarias, sea del individuo o de la colectividad.

(137) GARCÍA-TREVIJANO FOS (J. A.), *Tratado de Derecho administrativo*, op. cit., I, página 386.

no se comprueba, sino que se valora». En nada —nos dice GIANNINI (138)— es discrecional tal actividad. No hay ponderación de intereses ni juicio de oportunidad, sino pura y simplemente aplicación de normas y reglas técnicas que conducen a una solución unívoca en cuanto científica.

LAUN (139) —que tan acertadamente, a nuestro juicio, ha enfocado el problema de la discrecionalidad—, en el momento de ejemplificar se plantea precisamente el caso de que las autoridades administrativas hubiesen de definir sobre si una instalación industrial es «perjudicial a la salud». Por regla general nos encontraríamos, dice, ante poder reglado y no discrecional.

Y si la actividad discrecional depende, y en gran medida, como es sabido, del sujeto que la realiza, de la valoración que éste haga, nadie duda que no es de esta valoración de lo que depende el estado de ruina de un edificio, el estado de salud o la enfermedad de una persona (140).

En todo caso, en tales supuestos, no nos encontramos con ninguna posibilidad de valoración de una manifestación del interés público, sino con una esfera de determinaciones rígidamente vinculadas a valoraciones de orden técnico, que deben realizarse de acuerdo con los conocimientos administrados por las ciencias médicas.

Por otra parte, la naturaleza de cada una de ellas (actividad discrecional y técnica) es realmente distinta, ya que el acto emanado como resultado del ejercicio del poder discrecional es una declaración de voluntad, siendo, por otra parte, bien sabido que dicho poder se mueve en el campo del «obrar», mientras el acto por el que se declara el estado de salud o de enfermedad de una persona o algún aspecto de la situación sanitaria de una colectividad (consecuencia del desarrollo de una actividad técnica) es una declaración, no de voluntad, sino de verdad, es decir, es un juicio y procede, no del mundo de las actuaciones prácticas, sino del campo del «conocer».

(138) GIANNINI, *Lezioni...*, op. cit., pág. 110.

(139) LAUN, *Le pouvoir discretionnaire*, en «Annuaire de l'Institut International de Droit Public», 1953, págs. 133 y sigs.

(140) Ni siquiera, pese a la tan manoseada relatividad, de la valoración que el propio sujeto haga de su estado sanitario, hasta el punto que con el avance científico de la Patología, que se edificó a la luz de la Anatomía patológica y de la clínica, cada vez más provista y prolongada por el laboratorio, ha quedado demostrado [PEQUIGNOR (H.), *Medicina y mundo moderno*, Valencia, 1959, pág. 35], con general sorpresa del médico y del enfermo, que, salvo en algunos casos particulares, apenas hay relación entre la opinión que un hombre tiene de su salud, los síntomas que, por supuesto de buena fe, nota y las lesiones anatómicas y perturbaciones funcionales que realmente existen en sus órganos, hasta el punto que hoy una Psiquiatría de extensión intenta demostrar cuántas veces lo que se manifiesta como perturbaciones de apariencia somática no es sino una situación de inadaptación al medio familiar o social que le rodea.

Desde una perspectiva heterodoxa en relación con la mayoría de la doctrina moderna, partiendo de la distinción entre discrecionalidad pura y discrecionalidad técnica, y probablemente recordando ese concepto amplio de actividad técnica al que más arriba hemos aludido (y dentro del cual cabía hablar de una «técnica administrativa»), CAMMEO (141) configura la discrecionalidad técnica como una apreciación, en relación con las exigencias del interés público de los hechos (complejos, susceptibles de un más o de un menos, de una valoración), presupuesto de la aplicación de normas imprecisas, aplicación que ha de hacerse de acuerdo con criterios de técnica administrativa, es decir, de aquellos que la norma sugiere en relación con las exigencias de la Administración pública.

La inimpugnabilidad de tal actividad la justifica en una circunstancia contingente y de mera oportunidad: inexistencia de jueces técnicamente competentes (carencia de técnica administrativa, imposibilidad de apreciar los hechos en relación con las exigencias del interés público), con lo que, en cuanto a sus efectos jurídicos y desde el punto de vista de los interesados, ambos tipos de discrecionalidad quedan equiparados. Inexistencia de normas y normas imprecisas caracterizan, pues, respectivamente, a la discrecionalidad pura y a la discrecionalidad técnica; la eventual desviación de poder consecuentemente puede determinarse mejor en ésta que en aquélla.

La doctrina, así planteada, es desde luego incontestable, ya que presupuesto de su caracterización es la apreciación de determinados hechos en relación con las exigencias del interés público. El autor olvida, sin embargo, que tal apreciación supone dos momentos cuya relación puede haberse configurado diversamente por la norma: uno primero de comprobación de esos hechos, y uno segundo de su ponderación en relación con las exigencias del interés público; una vez comprobados, la norma puede ordenar una conducta vinculada rígidamente al resultado de la comprobación, o puede conferir discrecionalidad para la adopción o no de la medida o para elegir entre las distintas medidas que quepa adoptar. CAMMEO contempla este segundo supuesto únicamente y, desde él, su postura es irrefutable. Nosotros nos despreocupamos en este trabajo de la relación entre dichos momentos y pretendemos viviseccionar únicamente el primero (142).

Solamente queremos relevar cómo, con la expresión discrecionalidad técnica, CAMMEO se está refiriendo a la aplicación de los conceptos que

(141) CAMMEO, *Corso di Diritto amministrativo*, Padua, 1960, págs. 188 y sigs.

(142) Sobre dichos momentos, las posibles combinaciones de vinculación o discrecionalidad, cfr. GARCÍA-TREVIJANO FOS, *Tratado...*, op. cit., I, págs. 386 y sigs.

aquí configuramos como «indirectamente determinados», sin distinción entre los que lo son por remisión a la experiencia común y general, y los que lo están por remisión a la experiencia técnica y profesional (en el sentido que damos a la expresión) (143), doctrina que no parece sino emanación de aquella vieja postura alemana que pretendía ver discrecionalidad técnica cuantas veces se emitían juicios de valor sobre conceptos «indeterminados», ya que, como veremos, entendía por tales los que aquí intentamos caracterizar como indirectamente determinados (144). En el mismo sentido, aunque rechazando la distinción, FIORINI (145) señala cómo la doctrina pretende hacer «clasificación absoluta entre discrecionalidad técnica y discrecionalidad pura; es decir, la que responde a normas creadas fuera de la apreciación del administrador y la que debe ser realizada en forma inmediata por el mismo. La primera responde a un dato en que la labor intelectual de la administración no ha intervenido en forma directa; en la segunda, es la voluntad administrativa la que crea la estimación necesaria para el acto que dicte». Nos interesa subrayar cómo para el autor la discrecionalidad técnica comprende tanto «las reglas técnicas que pertenecen al conocimiento especializado de ciencias o especialidades prácticas», como «los *standards* jurídicos (146) que se crean en el seno de las ciencias normativas y se refieren a conducta de las personas». Ello nos vale, a su vez, para recordar cómo las posibles combinaciones de poder reglado y discrecional que la doctrina (147) ha predicado de las relaciones entre un criterio técnico y otro administrativo, son totalmente válidas (dada la doctrina que propugnamos como más correcta) para la aplicación de conceptos determinados por remisión a la experiencia común y general.

(143) Baste recordar los ejemplos que cita el autor: apreciación, en relación con las exigencias del interés público, de si determinadas obras pueden resultar *dañosas* al buen régimen de las aguas públicas o del *peligro* que para la seguridad pública, la vivienda o la higiene pueden ofrecer determinadas actividades, o de la existencia o no de *utilidad pública* a efectos de expropiación o de la *urgencia* como legitimadora de determinadas medidas, de la *idoneidad* de una persona para un cargo determinado, de la *gravedad* de las infracciones a efectos de aplicación de sanciones disciplinarias, de la *pobreza* para subsidios benéficos, de la *suficiencia* de una fianza o, finalmente, de la *insalubridad* como presupuesto de determinadas medidas.

(144) HERRNITT, *Grundlehren des Verwaltungsrechts*, Tübingen, 1921, pág. 293.

(145) FIORINI, *La discrecionalidad en la Administración Pública*, op. cit., págs. 124 y sigs.

(146) De los cuales cita algunos ejemplos de Derecho civil, «creados en las claras fuentes del Derecho romano»: «la bona moris», «la bona fides», etc.

(147) Cfr. la nota anteriormente citada al respecto de GARCÍA-TREVIJANO.

Por lo demás, la discrecionalidad se da, por lo general (148), únicamente respecto al momento y al contenido de la actuación. El primero se da aquí por supuesto, mientras el segundo viene en todo caso determinado por las circunstancias objetivas de la situación examinada. Pero aun admitiendo que la indeterminación y, consecuentemente, la discrecionalidad se dé respecto a casi todas las circunstancias (excluidas, desde luego, el fin, la forma y la competencia), como pretende parte de la doctrina (149), en ninguna de las enumerables nos encontraremos con un proceso volitivo de discrecionalidad: no existe en el *an habeatur* (oportunidad de actuar) supuesto en este caso; tampoco en cuanto al *quo-modo habeatur* (consecuencias de una actuación administrativa u otra), inimaginable en el tipo de actividad que examinamos, en la que, además, no hay libertad para imponer cláusulas accesorias.

Otro sector doctrinal (150), aceptado el concepto de discrecionalidad técnica que más atrás se ha combatido, y limitándola, no al resultado de la actividad, sino al procedimiento de realización de la misma, señala cómo la discrecionalidad existe no sólo cuando se ha dejado al agente la determinación de si ha de obrar o no, o la elección entre varias posibles actuaciones, sino también cuando se ha dejado en sus manos la elección, no del fin, sino del modo, del procedimiento, de los medios más aptos para conseguir un fin determinado, para obtener un determinado resultado, reservando para tales supuestos, es decir, para esta segunda posibilidad de elección, el concepto de discrecionalidad técnica. Más adelante veremos cómo tal discrecionalidad, referida a alguna o a algunas de las operaciones que la actividad entraña, es indiscutible, pero no legítima la caracterización del resultado como discrecional.

En efecto, que en un individuo, por ejemplo, se dé el concepto «salud» quiere decir que sus órganos funcionan sin apartarse, de manera anormal, de ciertos promedios o módulos aceptados para determinados índices (pulso, temperatura, recuento globular, tensión arterial, etc.), constituyendo así la salud una situación empírica, una circunstancia de hecho, la constatación o comprobación de cuya presencia ha de hacer un técnico conforme a las reglas de su arte; la labor de éste se agota en dicha operación de comprobación, que, desintegrada, supone a su vez estas dos: constatación de determinadas manifestaciones, signos o índices y valoración de los

(148) GARCÍA-TREVIJANO FOS, *Tratado...*, op. cit., I, págs. 382 y sigs.; ALESSI, *Sistema istituzionale...*, op. cit., pág. 265.

(149) VILLAR PALASÍ, *Apuntes de Derecho administrativo...*, op. cit., vol. IV, páginas 110 y sigs.

(150) Cfr. GASPARRI, *Corso di Diritto...*, op. cit., pág. 80.

mismos. Va de suyo que para realizarlas puede el técnico elegir los medios a su juicio más aptos—dentro de los que su disciplina le ofrece— y puede determinar la utilidad, el valor o fuerza probatoria de cada uno en relación con la apreciación que se intenta, exigiendo la natural complejidad (determinada por la multiplicidad y elasticidad de los elementos a comprobar) del acto por el que se comprueba dicho estado de salud que el técnico que la realice disponga de un cierto margen de libertad. Tal relativa libertad es, en esencia, poder discrecional, pues supone libertad de elección de medios para la consecución, en base a ciertas premisas, de un determinado resultado. La presencia, no obstante, de discrecionalidad (o lo que es lo mismo, de libertad de elección de medios de comprobación igualmente indiciarios del estado de salud) en la realización de alguna de las operaciones necesarias para tal comprobación, no significa, ni mucho menos, que la misma pueda predicarse del resultado o juicio final, ya que éste, repetimos, viene condicionado —en virtud del ineludible nexo lógico con sus presupuestos— por la situación real del organismo, si bien tal situación haya sido observada mediante un procedimiento discrecionalmente elegido.

Ya MARTÍN-RETORTILLO (151) había, hace tiempo, señalado cómo no puede verse una manifestación del poder discrecional en la libertad técnica para la realización de un servicio (o un acto, añadimos), según los principios científicos de aplicación al caso. Se trata simplemente de una libertad de método propia de todo trabajo intelectual, libertad de que cada uno dispone siempre que intenta hacer uso de su capacidad y conocimientos intelectuales. «La opción entre diversos medios técnicos no debe calificarse de discrecionalidad» (152).

Puede ocurrir, sin embargo, que tal relativa libertad, aun concretándose en la elección de los medios que considere más aptos, desborde los que la propia disciplina le ofrezca, apartándose de la convicción general, de la común opinión, de la opinión dominante entre los autores más acreditados y utilizando procedimientos totalmente nuevos, acaso desconocidos (o incluso conocidos y condenados como inútiles, porque su uso no encierra las mayores probabilidades de conseguir el resultado deseado). Algún autor (153) —planteándose en un caso distinto un supuesto idéntico— caracteriza la corrección o menos de la actuación por el resultado de la misma, lo cual es, naturalmente, errado, ya que no se puede

(151) MARTÍN-RETORTILLO (C.), *Notas sobre la potestad discrecional de la Administración*, Huesca, 1929, pág. 21.

(152) VILLAR PALASÍ, *Voz Concesiones de la N. E. J. Seix*.

(153) Cfr. GASPARRI, *Corso di Diritto...*, op. cit., pág. 80.

afirmar que la consecución del fin califique de correcto el medio empleado y la no obtención del mismo de incorrecto. La actuación será, desde el punto de vista jurídico, correcta o menos, según se adecúe o no a las reglas de su arte, tenga o no el consentimiento el enfermo, etc. (154), pero todo ello siempre con total independencia, creemos, del éxito o menos en el resultado.

La actividad técnica, en cuanto no discrecional, es fiscalizable.

No habríamos insistido tanto en el carácter vinculado del ejercicio de la actividad técnica si no estimáramos importantísimas las consecuencias prácticas que de tal carácter se derivan. Como ha señalado CARNELUTTI (155), la propia Ciencia no tiene sino un oficio instrumental, en el sentido de que el saber esté preordenado al hacer, y los mismos conceptos no son sino instrumentos cuya bondad sólo puede ser alabada en virtud de su utilidad respecto a fines prácticos.

La más importante de tales consecuencias es, sin duda, la posibilidad de su impugnación. Recuérdese que muchas de las competencias de la Administración pública de hoy se traducen en prestaciones técnicas y, como se ha señalado (156), «la múltiple dependencia en que se halla hoy el individuo de las prestaciones concedidas por el Estado, y con ello de las autoridades encargadas de su administración, resultaría insoportable en un Estado de Derecho, si el particular no pudiese disponer de una tutela jurídica asegurada por Tribunales independientes frente a las resoluciones y actos de la autoridad administrativa».

Tradicionalmente, y basándose precisamente en la imposibilidad para el Juez de sustituir por los propios los criterios que hubiese utilizado el órgano técnico —puesto que el Juez no tiene por qué conocer ni puede manejar otra técnica que la estrictamente jurídica—, las *comprobaciones valorativas* (por designar de algún modo aquella segunda categoría de éstas, que consiste no tanto en simples constataciones de hechos como en la calificación, mediante la constatación de éstos, de una determinada situación) del estado de salud de una persona, de su enfermedad, de la existencia o menos de una epidemia, del estado de ruina de un edificio, etcé-

(154) No desconocemos que determinar la responsabilidad del médico por la utilización, por ejemplo, de nuevos procedimientos o prueba de los mismos va contra el desarrollo de las ciencias médicas. Desde el punto de vista jurídico nos parece, sin embargo, inadmisibile otra solución.

(155) CARNELUTTI (F.), *Teoría general del Derecho*, trad. española de F. J. OSSET, Editorial «Rev. de Derecho Privado», Madrid, 1955, pág. 20.

(156) ULE, (K.), *La Ley de 21 de enero...*, op. cit., pág. 37.

tera (como la mayoría de las que impliquen la aplicación de criterios técnicos), han escapado siempre a toda clase de control, tanto administrativo como jurisdiccional. La única posibilidad de impugnación, indirecta por cierto, radica en la determinación de la posible responsabilidad subjetiva de la persona u órgano actuante, faltando la cual cualquier actividad —error diagnóstico, por ejemplo— queda exenta de toda ulterior revisión.

En un principio tampoco los actos estrictamente jurídicos eran fiscalizables, presumiéndose la moralidad interna con que debían efectuarse, y sólo en un momento posterior —y como una verdadera conquista del Estado de Derecho— se consagra la necesidad de legalidad objetiva en todos ellos (157).

Todo ello no obstante, la completa legitimidad de cada acto exige la corrección de todos y cada uno de sus elementos —incluida, naturalmente, la causa—, lo que postula que éstos carezcan de cualquier clase de vicio y, con mayor razón, que no falte ninguno de los que son esenciales para la existencia misma del acto. En consecuencia, ha de ser fiscalizable la existencia o menos de la situación material a que el acto debe corresponder. Tal situación debe ser, además, para que pueda predicarse la corrección del acto, constatada con toda exactitud, y el hecho de que tal comprobación no pueda hacerse sino con conocimientos técnicos especializados no quiere, ni mucho menos, decir que deba escapar a cualquier clase de control.

En virtud del llamado *error de hecho* (desconocimiento o conocimiento equivocado de una determinada situación material, que incluye más o menos el error en la calificación) pueden ser fiscalizados éstos, siempre que su naturaleza sea simple y puedan aprehenderse mediante conocimientos sensibles o mediante aquellos que proporciona la común experiencia; pero cuanto aparece la necesidad de controlar con conocimientos técnicos especializados, surge el inexplicable fantasma de la inimpugnabilidad de lo que, incorrectamente, por cierto, como creemos haber demostrado, se ha venido denominando discrecionalidad técnica.

Sin embargo, el error cometido en la valoración técnica del presupuesto supone tanto como el error sobre la propia existencia del presupuesto y equivale a la inexistencia del mismo. Si existe una falta de correspondencia entre el acto emanado y el que por la ley (con su tácita remisión

(157) Cfr. HAURIOU (M.), «Prólogo a *El acto jurídico*, de FERNÁNDEZ DE VELASCO», Madrid, 1929.

a la ciencia técnica) debiera haber sido emanado, existe en definitiva una violación de la ley, una infracción del Ordenamiento jurídico (158).

El argumento contrario más utilizado ha sido el de que el Juez no puede manejar otra técnica que la estrictamente jurídica, lo cual es indiscutible y quiere decir, en el ejemplo que venimos utilizando, que el Juez no puede entrar en si la declaración sobre el estado de salud de una persona correspondía o no a tal estado. Pero ¿significa esto que nadie puede hacerlo? ¿Quién ha atribuido al Juez el monopolio de la fiscalización? Y por otra parte, ¿qué razones impiden aplicar al campo técnico la misma desconfianza con que en el estrictamente jurídico se trata al órgano unipersonal?

Evidentemente, el control de una tal actividad técnica no es desconocido por nuestro Ordenamiento, pero necesita generalizarse en muchos aspectos. En la materia que examinamos se da dentro de la Administración militar (159) —y desde luego, exclusivamente para sus fines particulares— el supuesto de órganos superiores y colegiados (sintomáticamente denominados Tribunales —Tribunales médicos, precisamente—) que van controlando, confirmativa o denegatoriamente —y con varias instancias, en cada una de las cuales la composición y colegialidad del órgano van adquiriendo mayor complejidad—, la primera declaración de juicio del órgano unipersonal. No parece existir ningún obstáculo que impida la generalización del sistema, no sólo dentro del campo del Derecho público, sino también del privado; individualizándose, incluso, la posible impugnación, desbordando con ello el pequeño papel de simple medio, generalmente no revisable, de prueba a que a veces queda reducido el dictamen técnico.

Puesto que la mayoría de las actuaciones administrativas técnicas en que tales conceptos se manejan (para su comprobación, por ejemplo) no tienen (160) naturaleza independiente, carecen de individualidad y de autonomía funcional, siendo su función simplemente accesoria o instrumental, preparatoria o incidental, de «actos de trámite», en una palabra,

(158) Todo ello, claro está, cuando la declaración subsiguiente a la constatación es base de un acto jurídico y el Ordenamiento considera la revisión del juicio técnico. Cfr. ZANOVINI, *Dell'errore di fatto negli atti amministrativi*, en «*Scritti varii di Diritto Pubblico*», Milán, Giuffré, 1955, pág. 220.

(159) Los autores no desconocen este superior desarrollo de la Sanidad militar, y así se ha llegado a decir (CARBONIERI) que la «Medicina militar parece convertirse en el arquetipo de la Medicina moderna» (Cfr. LOMBOIS, *De l'influence*, op. cit., pág. 12).

(160) Lo que, por otra parte, no ha de extrañarnos, ya que, como es sabido, actos administrativos externos, «aislados», existen poquísimos y lo normal es que el actuar administrativo dé lugar a «constelaciones de actos», es decir, a un conjunto de actos ordenados todos a uno o más fundamentales; el acto administrativo es el acto final de un procedimiento integrado por numerosos actos internos.

y nuestras Leyes procedimental (161) y jurisdiccional (162) limitan de tal forma (163) la impugnación directa de éstas, rara vez se podría en la práctica intentar. Sería aquélla la normal posibilidad de impugnación, pese a que la mayoría de las veces deciden el fondo del asunto.

Tal impugnación, aparte de limitar notablemente las facultades del interesado, por ser indirecta, no concede sino una importancia relativa a aquélla que tantas veces es la *ratio* última del acto administrativo. Se trata aquí del hecho bien conocido (164) de que cuestiones preliminares, que condicionan el problema principal, quedan también decididas con éste, aun cuando, tomadas en sí, no caigan dentro de la competencia de la instancia de que se trata. «Incluso en cuestiones de naturaleza estrictamente técnica, se ha llegado a exagerar (165), la última palabra debe corresponder al Tribunal». Se dice que el Juez es el «perito de los peritos», pero esto no es sino una frase hecha, sin ningún contenido real. En cuestiones técnicas sólo los propios especialistas pueden juzgar, y en la medida en que el Juez haya de utilizar un dictamen técnico, éste sustituye al juicio del Juez en aquello en que el problema dependa de cuestiones de tal naturaleza. El dato técnico, dato de hecho, resultado de un juicio de la misma naturaleza, es para el Juez una premisa que no puede tocar; no puede —pese a que a veces se haya afirmado lo contrario— rehacer este juicio, ni tiene facultad para aceptarlo o no (166), ya que no puede, sin excederse de su función, «manejar otra técnica que la estrictamente jurídica» (167). Para el que juzga, el dato técnico —tal y como se refleja en el dictamen correspondiente— es uno de los datos de hecho de los que se ha de partir. Lo que ocurre a veces es que lo controvertido está precisamente en la cuestión técnica, y, consecuentemente, el resultado del juicio técnico viene a condicionar el propio juicio del órgano jurisdiccional. Por eso se ha llegado a afirmar que en tales supuestos el juicio técnico se subsume en el jurídico, constituyendo parte integrante de éste (168), ya que entonces cuestiones jurídicas propiamente

(161) Artículo 113.

(162) Artículo 37.

(163) No basta que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto; es preciso, además, que pongan término, hagan imposible o impidan su continuación.

(164) Cfr. FORSTHOFF, *Tratado de Derecho administrativo*, op. cit., pág. 135.

(165) VINOGRADOFF, *Il senso comune nel Diritto*, Milán, 1965, pág. 91.

(166) Cfr. la postura contraria de BIONDI (P.), *La perizia giuridica*, en «Archivio di Studi Corporativi», 1935, págs. 87 y sigs., citado por DE VALLES, *Norme giuridiche...*, op. cit., pág. 185, nota 14.

(167) GARRIDO FALLA, *Tratado...*, op. cit., pág. 156.

(168) FRANCHI, *La perizia civile*, citado por DE VALLES, *Norme giuridiche*, op. cit., página 185, nota 14.

no existen, en cuanto las que hay aparentemente dependen totalmente del resultado de las cuestiones técnicas.

Por eso y para estos supuestos propugnamos, de un lado, la independencia de la cuestión técnica respecto de la jurídica, y de otro, la existencia de jurisdicciones de técnicos revisoras que decidan en varias instancias sobre tales cuestiones, sin perjuicio de la competencia del Juez para resolver los problemas jurídicos conexos, utilizando como dato de hecho el juicio técnico que haya adquirido firmeza; un órgano de mayor complejidad numérica y superior cualificación técnica (169) que garantice al particular frente a la actividad de tal naturaleza, siempre que ésta decida directa o indirectamente el fondo del asunto, sin que sea necesario —como exige nuestra Ley jurisdiccional respecto a los actos de trámite— que, además, ponga término o haga imposible o suspenda su continuación (artículo 37).

Algunos autores, aun reconociendo la necesidad de una tal fiscalización de la actividad técnica, han resaltado, sin embargo, las dificultades que, desde el punto de vista práctico, ofrecería. ¿Qué razón, se preguntan, existe para pensar que la experiencia técnica de una tercera persona llevaría a un resultado más justo que la del anterior? (170). Tales dificultades, no obstante, aun siendo ciertas, no son, sin embargo, exclusivas de tal apreciación, ya que pueden aparecer, incluso potenciadas, en cualquiera otra, sin que por eso se haya negado la posibilidad de control o impugnación. Pensemos, por ejemplo, en la *desviación de poder*. Quien dictare un acto afectado de tal vicio habrá procurado, sin duda, enmascarar de tal forma el *verdadero* motivo del mismo que será realmente difícil demostrar, en la generalidad de los casos, que ha sido dictado mirando a un fin distinto del interés público. No por ello, sin embargo, se ha negado la posibilidad de impugnación, a reserva, naturalmente, de que resulte relativamente probada tal desviación.

De su naturaleza vinculada derivamos, pues, la posibilidad de su impugnación (171), y en su especial naturaleza nos apoyamos para propugnar

(169) Nuestro Tribunal Supremo ha reconocido en diversas ocasiones el superior valor de la prueba técnica presentada por peritos de mayor categoría profesional (el dictamen de un arquitecto debe prevalecer sobre el de un aparejador y el de éste sobre el de un maestro de obras). Cfr. sentencia de 25 de noviembre de 1954, 12 de mayo de 1956 y 12 de abril de 1957 y 4 de noviembre de 1958, citadas por ROCA ROCA, *El expediente contradictorio...*, op. cit., págs. 176 y sigs y nota 15.

(170) Cfr. STASSINOPOULOS (M.), *Traité...*, op. cit., pág. 189.

(171) No, como pretende GARRIDO FALLA (*El tratamiento jurisprudencial de la discrecionalidad administrativa*, en el núm. 13 de esta REVISTA, pág. 150), por desviación de poder que, como veremos, no se da, no puede darse cuando del ejercicio de facultades regladas se trata (cfr. en este sentido GARCÍA-TREVIJANO, *Acotamiento cualitativo de la pretensión adm-*

que tal impugnación sea directa y que desaparezca la limitación de su consideración única como medio de prueba (172), al menos cuando la cuestión técnica decida directa o indirectamente el fondo del asunto, oponiéndonos a quienes, aun reconociendo el carácter vinculado de tal actividad, concluyen en su inimpugnabilidad (173).

Nuestra jurisprudencia, y dentro del escaso margen que las Leyes le confieren, ha venido vacilando entre la admisión o no de tal revisabilidad (174).

nistrativa, en el núm. 38 de esta REVISTA, págs. 26 y sigs.), sino por esa otra faceta que el primero de dichos autores señala de inadecuación de la declaración a los elementos fácticos que la determinan y condicionan: el estado de salud o enfermedad de una persona, de ruina de un edificio, el carácter nocivo, molesto, peligroso, insalubre de una actividad...

(172) En tales supuestos atribuir carácter vinculante a los informes técnicos supondría, como ha declarado reiteradamente nuestra jurisprudencia, «encomendar la función resolutoria al perito y no al Juez», sin que haya parecido, por el contrario, nada extraño que sea la administración activa o, en su caso, el Juez quien deba adoptar una decisión que, según la propia jurisprudencia, «ha de ser reflejo del equilibrado examen de los dictámenes periciales», «examen que ha de hacerse «con arreglo a los principios de la sana crítica, ponderándolos justamente». Cfr. la interesante jurisprudencia citada por ROCA ROCA, *El expediente...*, op. cit., págs. 174 y sigs.

(173) Así, ULE (K.), *La Ley de 21 de enero de 1960, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, en «D. A.», 1964, núm. 73, pág. 32, afirma que los juicios de valor de carácter pedagógico o científico no son, según opinión aceptada hoy generalmente, «resoluciones discrecionales o facultativas, ya que en ellos no es posible hablar de una verdadera elección entre varias soluciones posibles jurídicamente equivalentes. Pese a ello, no son compulsables por la vía jurisdiccional administrativa, porque en cuanto prestaciones insustituibles están sustraídas a la prueba técnica suplementaria ante el Tribunal; ni siquiera con el auxilio de peritos. En consecuencia, sólo podrán ser examinados en lo relativo a sí, tanto sea en el aspecto material como en el formal, han sido adoptados de modo válido e incontestable».

(174) Así ha rechazado la declaración del «estado ruinoso de una finca» hecha por la Administración en la sentencia de la A. T. de Madrid de 18 de octubre de 1963 (Sala Segunda). Igualmente la A. T. de Valencia de 18 de mayo de 1964, subrayando que la declaración de ruina es un acto reglado que la Administración ha de dictar, valorando la prueba con arreglo a las normas de la sana crítica. Cetera y fundadamente ha aceptado el carácter vinculado y la revisabilidad en un caso de actividad técnica, en el sentido que damos a la expresión en este trabajo y que incluye, como se recordará, la propia técnica jurídica en una interesantísima sentencia en la que se fija que la determinación de la naturaleza onerosa o lucrativa de una adquisición constituye «un proceso de juicio o estimación que ha de atenerse necesariamente al resultado real de la prueba practica-la y, por ende, constituye un supuesto de mera aplicación del Derecho conforme a criterios estrictamente jurídicos, incompatible con la concurrencia de facultades discrecionales, declarando, a su vez, pertinente la revisión de los "hechos probados" en vía administrativa, lo cual —se dice— no es una novedad de la normativa vigente, sino que había sido admitido ya en algunos casos calificados de discrecionalidad técnica en los que la jurisdicción contencioso-administrativa sustituía con su propio criterio el que había montado la Administración...» En cambio, ha venido rechazando todo intento de demostrar mediante análisis o prueba en contrario lo erróneo de las declaraciones del Servicio de Pesca Fluvial y Caza en cuanto a la nocividad (y grado de ésta) o inocuidad

B) *Conceptos jurídicos indeterminados.*

Frente a los conceptos directa o indirectamente determinados, tenemos «los conceptos jurídicos indeterminados». Pocas veces se consigue, en efecto, esa deseada «plenitud de determinación» de los conceptos por parte de las reglas de forma que dentro de aquéllos quepan todas las situaciones que la vida pueda ofrecer; la especial naturaleza de muchas de éstas impide que se realice ese «ideal de completa determinación» de que habla HECK (175). Por eso ya al principio de este trabajo recordábamos cómo el Ordenamiento jurídico nos ofrece, a veces, nociones vagas, flexibles, elásticas imprecisas... Ahora bien, la simple utilización de tales nociones por la norma no nos enfrenta necesariamente, y como ya hemos dicho al referirnos a los conceptos jurídicos indirectamente determinados, con la categoría que ahora analizamos, ya que es preciso que tales nociones encierren un criterio de valor y que sólo la persona u órgano encargado de su aplicación pueda —a través de un acto volitivo y en uso de las facultades discrecionales que intencionadamente la norma le confiere— realizar la necesaria determinación. Interesa, pues, para detectar la categoría, no tanto la presencia de ese ámbito libre a rellenar en cada caso (que también se da, como hemos visto, en los indirectamente determinados) como la búsqueda de la *mens legis* en cuanto a la forma de rellenar dicho ámbito: si con arreglo a criterios que no faltan en la ley, en cuanto remiten a la experiencia o de acuerdo con la propia valoración del sujeto que la realice.

Como en el caso de los «conceptos jurídicos indirectamente determinados», es también aquí preciso, para que no sean estériles y sea posible su aplicación a los casos concretos, la puntualización de su contenido, esto es, la conversión del concepto indeterminado en uno determinado; pero esta puntualización y determinación se realiza, no mediante la utilización del resultado de la experiencia (como en los indirectamente determinados), sino de acuerdo con las propias valoraciones del sujeto que haya de aplicar el concepto.

Al hablar de indeterminación (176) por parte de la norma, nos refe-

de los residuos vertidos en masas de agua, afirmando que debe prevalecer, «por ser más digno de crédito», el estudio del Servicio (sentencias de 22 de abril de 1957, 13 de diciembre de 1961 y 20 de marzo de 1958), olvidando que, al menos ante prueba plena, debería ceder la fe superior de las declaraciones administrativas.

(175) *Das Ideal der vollen Bestimmtheit*. HECK, *Das Problem der Rechtsgewinnung*, Tübingen, 1902, pág. 10. Citado por GENY, *Science et Technique...*, op. cit., pág. 36. nota 2.

(176) La indeterminación, ni en sentido lógico y prejurídico ni en el que aquí viene empleada (indeterminación normativa), debe confundirse con la incertidumbre. Entendida

rimos a la que subsiste contemplando el «bloque jurídico» en su conjunto (177). Por supuesto que los conceptos jurídicos indeterminados son más numerosos en la normación primaria (Leyes formales), y la función de muchos Reglamentos (al desarrollarla o al regular la esfera discrecional que aquélla confiere a la Administración) es justamente la conversión de conceptos indeterminados en otros directa o indirectamente determinados. Pues bien, sólo cuando examinado el bloque jurídico en su conjunto subsiste la indeterminación del concepto (y consecuentemente la habilitación a la Administración para que «discrecionalmente» lo determine, al aplicarlo) nos encontramos con la categoría (178).

en sentido lógico, la indeterminación supone vaguedad, imprecisión en la fórmula empleada, que sólo marca una directriz a la actuación y que el agente rellenará con sus propios conocimientos (comunes o especializados) o con su personal valoración. En sentido jurídico, y como decimos en el texto, supone exclusivamente habilitación al órgano administrativo para que rellene con su propia valoración el contenido del concepto. En cualquier caso se ha de distinguir esta indeterminación en el contenido, imperfección, si se quiere, en el fondo de la disposición y la regla incierta; allí hay una regla clara, pero incompleta, cuya perfección se encomienda al órgano encargado de aplicarla; aquí, en cambio, es la propia norma la que hace surgir la duda sobre su contenido, sobre su propio sentido o sobre la adecuación del empleo de ciertos términos, sin que de su formulación se deduzca quién o cómo se debe integrar y perfeccionar o completar; allí no hay, evidentemente, ningún peligro para la seguridad en las relaciones jurídicas; aquí se patentiza uno de los más claros ejemplos de inseguridad, aun refiriéndonos, como lo hacemos, a la duda que afecta al contenido de la regla, no a la que pueda existir incluso respecto a su existencia, ya que ésta se toma en nuestro trabajo como presupuesto. En contra parecen las reflexiones de EISENMANN (*El jurista y el Derecho natural*, en «Crítica del Derecho Natural», de H. KELSEN, BOBBIO y otros, págs. 269 a 271, Taurus, 1966, traducción española de ELÍAS DÍAZ), referidas comúnmente a la indeterminación en sentido lógico y a la incertidumbre.

(177) Sobre el sentido preciso de la expresión «bloque jurídico», superadora de la de «bloque de legalidad», de HAUBOU. *cf.* GARCÍA-TREVILIANO FOS, *Contratos y actos ante el Tribunal Supremo*, núm. 28 de esta REVISTA, pág. 153, nota 5. Algún autor (GORDILLO (A. A.), *Derecho administrativo de la economía*, Buenos Aires, 1967, pág. 160), al referirse a las facultades regladas, habla de dos tipos de regulación: *directa*, cuando la predeterminación de la conducta administrativa a seguir proviene de una Ley, Reglamento, etc., que se refiere directamente a la Administración Pública, e *indirecta*, cuando proviene de una norma jurídica que, sin referirse directamente a la Administración Pública, sienta de todos modos un principio concreto que también la Administración debe seguir, distinción que parece incurrir en el equivocado criterio de determinar el carácter administrativo de las normas por el lugar de su emplazamiento y que creemos totalmente equivocada. Las normas administrativas se distinguen de las civiles, mercantiles, etc., como ha subrayado GARCÍA-TREVILIANO (*Tratado...*, op. cit., I. pág. 139), por su contenido, no por el lugar de su emplazamiento. A cualquier efecto éste nos parece irrelevante y el bloque de legalidad a que nos referimos en el texto comprende cualquiera de las normas que se refieran a la Administración o a la actividad administrativa.

(178) Como veremos más adelante, en el texto, tal determinación puede hacerse no sólo de forma inmediata, sino también mediatamente, a través de actos generales no normativos, en cuyo supuesto las facultades discrecionales suelen utilizarse al emanar tales actos, y una

La utilización por la norma de tales conceptos coincide, para nosotros, con la expresa atribución de facultades discrecionales para su determinación, y por tanto, la aplicación de dichos conceptos con el ejercicio de las referidas facultades (179).

Un amplio sector doctrinal, sin embargo, desconociendo una arraigada tradición (180), ha intentado separar ambos conceptos, negando la presencia de discrecionalidad cuando tales conceptos se dan.

Supongamos, como ejemplo, que la norma establece que la Administración designará para cubrir determinada vacante al funcionario que considere «más idóneo», sin más (181). Habría que entender que por aquélla se ha dejando expresamente a ésta la discrecional posibilidad de (libertad de elección para) determinar quién ha de entenderse, en un caso concreto, «más idóneo», pudiendo *elegir* entre considerar tal «al intelectualmente mejor dotado», «al realmente más trabajador y constante», «al que tenga una experiencia mayor» o a determinada combinación de cualesquiera de los

vez utilizadas no subsisten al dictar los individuales o plurales en aplicación del general *no normativo, o, en todo caso, no subsistirán sino dentro del marco que éste haya fijado.*

(179) Facultades discrecionales que no suponen, como afirman DUEZ y DEBEYRE, GARRIDO FALLA y otros autores, defecto de normas, sino, por el contrario, como ha señalado en diversas ocasiones CLAVERO ARÉVALO, norma que las consagre. «La discrecionalidad —dice LÓPEZ RODÓ— no se encuentra hoy al margen de la Ley, sino dentro de ella: no es la consecuencia de una imprevisión legislativa, sino que es reflexivamente querida por el legislador» (*La discrecionalidad de la Administración en la doctrina extranjera*, R. E. V. L., 1947, pág. 16). «No puede existir, insiste FIORINI, actividad de la Administración, vinculada o discrecional, sin Ley previa que autorice la gestión de la Administración Pública». Lo que ocurre es que ciertas normas vinculan con mayor detalle el condicionamiento de la actividad ejecutora, en tanto que en otras la vinculación se encuentra menos particularizada. La distinción no debió pasar de ser una simple clasificación de los modos de ejecutarse la Ley y se refiere exclusivamente a simples grados en la actualización de la norma por medio de los órganos de la Administración (*La discrecionalidad en la Administración Pública*, Buenos Aires, 1948, págs. 41 y sigs.). Esta ha sido, por otra parte, la doctrina legislativamente consagrada en nuestra patria. Como se sabe, la Exposición de Motivos de nuestra Ley jurisdiccional señala, efectivamente, cómo la discrecionalidad «no tiene su origen en la inexistencia de normas aplicables al supuesto de hecho...»

(180) Recuérdese que ya JELLINEK, basándose en ideas formuladas en 1888 por TEZNER, definía la potestad discrecional como la «delimitación individual de un concepto indeterminado dentro de sus límites extremos...». Cfr. la cita y demás en FORSTHOFF (E.), *Tratado de Derecho administrativo*, op. cit., pág. 123, nota 6. No se olvide, sin embargo, que bajo tal denominación se aludía más bien a los que aquí hemos caracterizado como indirectamente determinados.

(181) Esta última expresión (sin más) nos está indicando que si la norma, al habilitar a la Administración para seleccionar al funcionario más idóneo, hubiese señalado algún criterio para precisar el concepto de mayor idoneidad, la discrecionalidad, en el caso de que se atribuyese, habría de ejercerse dentro del marco que tal criterio supusiera. Es lo que ocurre, por ejemplo, en el número 3 del artículo 56 de la Ordenanza Postal, en que se dice: «Seleccionado entre aquel que por sus conocimientos y preparación se juzgue más idóneo».

criterios citados. Es en esta libertad de elección de los medios de valoración del más idóneo donde reside el poder discrecional, y éste a su vez es posible porque de la norma —que introduce el concepto jurídico indeterminado «de mayor idoneidad»— se deduce que la determinación del contenido del mismo se ha dejado en manos de la voluntad del órgano administrativo.

La identificación entre conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad, que tanto BERNATZIK como STASSINOPOULOS, LAUN y BONNARD han sostenido, y a la que, decididamente, nos hemos adherido, ha sido negada con posterioridad, intentando no sólo separar dichos conceptos, sino significando cómo no todos los conceptos jurídicos indeterminados son automáticamente fuente de poder discrecional, sino solamente algunos, siendo el Juez administrativo quien, al controlarlos, ha de decidir (182). Bastaría una superficial ojeada a los casos citados por GOLDENBERG (183), refiriéndose a las diversas actitudes del Consejo de Estado frente a tales conceptos, para darse cuenta de que tal diversidad no procede sino de la falta de discriminación entre estos conceptos y los indirectamente determinados. Y así, si se da esa posibilidad, a que alude DI QUAL (184), de que el Juez administrativo rellene las nociones vagas e imprecisas de la Ley, vinculando con ello a la Administración, es precisamente porque, por no tratarse de nociones comprendidas en este apartado, sino en cualquiera de las dos formas del anterior (conceptos determinados, si bien indirectamente), no se deduce de la ley que tal deter-

(182) GARCÍA DE ENTERRÍA (E.), *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo*, núm. 38 de esta REVISTA, págs. 172 y sigs.; NIETO (A.), *Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria*, núm. 44 de esta REVISTA, págs. 147 y sigs. Este último autor ha separado acertadamente ambos supuestos, predicando la doctrina que estimamos correcta, si bien parece comprender dentro de un mismo supuesto, al referirse a la apreciación de los hechos, los juicios y las voliciones, y emplea, como la doctrina alemana tradicional, la expresión indeterminados para referirse a los conceptos que aquí hemos calificado de indirectamente determinados, calificación que estimamos más adecuada por entender que la aplicación del concepto se ha de hacer con criterios que, desde luego, no faltan en la norma al remitirse ésta expresa o tácitamente a la experiencia de quien deba realizar dicha aplicación; precisamente porque tal determinación se entiende hecha por la ley pensamos que debe admitirse el control de la misma; en cambio, cuando aquélla no se encuentra ni explícita ni implícitamente en la norma y expresamente se encomienda a la Administración el realizarla es cuando creemos que se puede hablar con toda propiedad de indeterminación legal del concepto. CLAVERO ARÉVALO (*Jurados fiscales...*, op. cit., pág. 37) se refiere igualmente a los conceptos que calificamos de indirectamente determinados cuando al hablar de los para él indeterminados predica de ellos «la exigencia postulada por el Ordenamiento de que se imponga una sola solución, la más racional, la más lógica».

(183) GOLDENBERG (M.), *Le Conseil d'Etat, juge du fait*, París, 1932, págs. 351 y 352.

(184) DI QUAL (L.), *La competence liée*, L. G. D. J., París, 1964, pág. 138.

minación se haya dejado en manos de la Administración. Tal confusión entre los conceptos que examinamos en este apartado y en el anterior (que es la misma que llevó un día a BERNATZIK (185) a asimilar, partiendo de la existencia de una esfera de actividad intelectual en la cual los terceros no podrían controlar la exactitud o inexactitud de la deducción hecha, la conclusión de si una cosa es o no conforme al bien público, con el dictamen de un experso sobre cuestiones técnicas) es, repetimos, a nuestro juicio, la causa por la que se niega la identificación entre conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad.

La escasa fijeza dogmática de los conceptos jurídicos indeterminados (186) se debe, sin duda, a tal indiferenciación, de modo que la doctrina, al fijarse unas veces en las características de los que aquí se vienen configurando como indirectamente determinados, y otras, en las de los que nosotros denominamos indeterminados, se ve obligada a predicar de ellos consecuencias diversas e incluso contradictorias.

Anteriormente, tanto la doctrina como la jurisprudencia alemana parecían referirse con la expresión «conceptos legales indeterminados» a los que acabamos de caracterizar como indirectamente determinados, por lo que creían debían ser definidos «de modo unívoco, al igual que los restantes conceptos jurídicos, y también que los Tribunales administrativos podían, por ello mismo, examinar y compulsar plenamente su interpretación y aplicación al caso concreto y determinado» (187). Pero sin duda

(185) BERNATZIK, *Das Frie Emerssen*, 1886, pág. 43, citado por DI QUAL, *La competence...*, op. cit., pág. 136.

(186) GARCÍA DE ENTERRÍA (E.), *La lucha contra las inmunidades...*, op. cit., pág. 143.

(187) Así, el propio ULE, de quien vemos a continuación en el texto una postura distinta, había antes (*Verwaltungsgerichtsbarkeit*, edic. 1960, citado por NIETO, *Reducción...*, op. cit., núm. 44 de esta REVISTA, pág. 154) subrayado con toda radicalidad que tales conceptos «son unívocos en el sentido de que al ser aplicados en cada caso concreto sólo pueden conducir a un resultado determinado», conclusión perfectamente predicable, en nuestra opinión, de aquellos a que más atrás nos hemos referido con la denominación de «indirectamente determinados».

Con una mayor finura perceptiva, FORSTHOFF (*Tratado de Derecho administrativo*, op. cit., págs. 124 y sigs.) había atisbado dentro de los conceptos jurídicos indeterminados (siempre en el sentido que la doctrina alemana tradicional da al concepto) la distinción entre aquellos que se refieren a hechos, situaciones y circunstancias empíricas y los conceptos de valor, aunque insistiendo en que ambos excluyen la discrecionalidad. Posteriormente, y refiriéndose, sin duda, a aquella especie de los indirectamente determinados que hemos visto remite a la experiencia técnica, parece haber modificado sustancialmente su postura. En primer lugar, porque no comprende, dentro de su concepción de los conceptos jurídicos indeterminados, los conceptos de valor, sino que da la sensación que los contrapone como categorías distintas, lo cual, evidentemente, nos parece correcto (a salvo la precisión terminológica que hemos hecho más arriba, al señalar como más adecuada la expresión «indirectamente determinados»). En segundo lugar, porque

porque no han acertado a ver la distinción que propugnamos y, en cambio, han reparado en la existencia de algunos en los que claramente se advierte su correspondencia con la discrecionalidad (los que en sentido propio son para nosotros «indeterminados»), la novísima evolución jurídica se mueve en la dirección que afirma «que aquí se ha impuesto un límite al examen y compulsión de los Tribunales administrativos, derivado de la esencia misma de los conceptos jurídicos indeterminados como conceptos normativos (Karl HERMANN ULE), o bien del ámbito de enjuiciamiento que les era propio (Otto BACHOF). Según esta doctrina, los conceptos jurídicos indeterminados admiten *en ciertos casos límite* (el subrayado es nuestro) diversas decisiones o resoluciones, todas ellas de validez jurídica idéntica. Siempre que la resolución de la autoridad administrativa sea defendible dentro del marco del concepto legal indeterminado o ambiguo, el Tribunal administrativo deberá reconocer dicha resolución como conforme a Derecho» (188).

Efectivamente, «la novísima evolución jurídica alemana» ha atisbado la distinción y ha planteado la cuestión en sus justos términos: *discrecionalidad*, expresada en esa «diversidad de decisiones o resoluciones, todas de validez jurídica idéntica», e *inimpugnabilidad* de la aplicación del concepto al caso concreto, expresada claramente en la necesidad de reconocer como conforme a Derecho la resolución, «siempre que la misma sea defendible dentro del marco del concepto legal indeterminado». Lo que ocurre es que sigue pensando que los «verdaderos» conceptos jurídicos indeterminados son los que acabamos de caracterizar como indirectamente determinados, y al encontrarse con éstos, en que se dan unos supuestos totalmente diferentes (especialmente en relación con dicha discrecionalidad y consecuente inimpugnabilidad), habla, no (como creemos debiera hacerlo) de una categoría distinta, sino de «ciertos casos límites».

de las expresiones del autor parece inferirse una reminiscencia de la monstruosidad jurídica que encierra la doctrina de la discrecionalidad técnica. «En tales conceptos —dice el autor, refiriéndose a los que denominamos determinados por remisión a la experiencia técnica— existe una determinada amplitud de apreciación...» «En ellos ha de proporcionarse a la autoridad una determinada amplitud de juicio» (FORSTHOFF, *Problemas actuales del Estado social de Derecho en Alemania*, C. F. P. F., Alcalá, 1966, págs. 44 a 46). Así, refiriéndose a uno de sus ejemplos («mayor peligro de accidente»), afirma que, según el léxico jurídico habitual, el Tribunal debía comprender tal expresión como un concepto jurídico y no como un concepto de valor. El problema para el Tribunal era ese precisamente: la expresión —aumento en el peligro de accidentes—, ¿es un concepto jurídico cuya aplicación puede compulsarse o es un concepto de valor cuyo control es improcedente? La única respuesta que nos da el autor es la información de que numerosos técnicos presentaron opiniones contradictorias.

(188) ULE (K.), *La Ley de 21 de enero de 1960, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, en «D. A.», núm. 73, 1964, pág. 32.

Con idéntica indiscriminación GARCÍA DE ENTERRÍA (189) habla de remisión de tales conceptos jurídicos indeterminados a la experiencia, o del valor que los mismos pueden encerrar, como supuestos comprendidos ambos en la categoría.

Como hemos visto, nosotros partimos de la conveniencia —ya atisbada por HAURIOL (190)— de distinguir entre los conceptos que encierran un valor a ponderar y los que remiten a la experiencia. Es cierto que en ambos supuestos existe indeterminación en sentido lógico y prejurídico, y que en aquéllos se utilizan en la determinación de su contenido datos experimentales y en éstos hay que valorar en cierto sentido los que la experiencia ofrece, y que por eso HERRNENT prefiere hablar de diferencias relativas o cuantitativas en lugar de absolutas o cualitativas. En cualquiera de ambos casos encontraríamos arbitrio y elementos de regulación, solamente que en el segundo el campo de libre elección sería menor. Se trataría entonces de una diferencia gradual, no esencial; pero ¿hasta qué punto el grado de pre-determinación legal habría de adscribir el caso concreto a uno u otro supuesto? BERNATZIK, respondiendo a la pregunta ¿cuándo una regla deja de ser precisa?, afirma que la imprecisión aparecía cuando lo hacía la imposibilidad de reunir mayoría en torno al problema de si un hecho responde o no a su definición legal, lo cual evidentemente no aclara demasiado, pero nos revela la existencia de casos gnoseológica, no ontológicamente, híbridos entre cualquiera de las categorías que examinamos.

Desde un punto de vista lógico y prejurídico, en cualquiera de tales supuestos existe indeterminación en el sentido, por ejemplo, de DABIN, de que los conceptos alojados en la norma, «aun sin llegar a ser inasequibles a la inteligencia, a causa de oscuridad de pensamiento o de lenguaje, no están (sin embargo) dibujados con trazos bastante firmes, suficientemente reconocibles para el fin práctico de poner en ejecución las reglas» (191).

(189) GARCÍA DE ENTERRÍA (E.), *La lucha contra las inmunidades...*, op. cit., páginas 124 y sigs.

(190) HAURIOL, *Police judiciaire et fond du Droit*, «Revue Trimestrielle», 1926, pág. 265. intentó, en efecto, distinguir, entre el *standard* que proporciona un criterio, remitiendo a concepciones vivientes de lo que es valor, deber o diligencia, de la *directiva* que incluye un concepto valorativo que ha de ser sustanciado a discreción del Juez.

(191) Se ha de advertir que tal indeterminación no supone, como a veces se afirma, un vicio de la fórmula que la enuncia. DABIN (*Teoría general del Derecho*, op. cit., página 263) parece insinuar lo contrario, refiriéndose precisamente a los supuestos que contemplamos en el texto, hablando de «vicio en el modelado conceptual, en la configuración externa», vicio que alguna vez afectará a la parte de la norma que enuncia lo dispuesto, pero que normalmente se presenta en la que enuncia la hipótesis o las condiciones de aplicación de la disposición, esto es, en los conceptos. Nosotros creemos que se trata

En ambas categorías, es cierto, existe un ámbito no determinado por la norma y que es preciso completar; pero el modo de cubrir dicho ámbito, distinto en cada una, nos depara el criterio discriminador. El concepto indirectamente determinado se completa con criterios extrajurídicos, utilizando técnicas no enclavadas, y la mayoría de las veces no enclavables, en el Derecho (los conocimientos que integran la experiencia común y general o la técnica y profesional), pese a lo cual podría afirmarse que el contenido de los mismos es immanente a la propia norma, de tal forma que no se trata de una valoración, sino más bien el problema de si su aplicación ha sido o no correcta aboca a una cuestión de interpretación; al aplicar tales conceptos no se valora sino que se comprueba, y la comprobación ha de fundarse, no en una opinión personal —y mucho menos en una volición— del órgano que realice tal aplicación, sino en la constatación de las circunstancias reales del caso en concreto y en el sentido jurídico que la ley les ha asignado. En los indeterminados, por el contrario, tal aplicación se encomienda a la propia voluntad del órgano que haya de realizarla.

A veces se ha querido ver una analogía de los conceptos indirectamente determinados con los indeterminados en la estructura exterior del concepto, en cuanto ambos suponen una conducta optativa de la Administración (192). Es cierto que quien al aplicarlo rellena el contenido de un concepto indirectamente determinado, con el resultado de su experiencia

más bien de una necesidad postulada por esa exigencia de practicabilidad de toda regla; si se quiere que la norma sea aplicable, ha de ser elástica, moldeable, adaptable a las circunstancias, ya que no siempre los presupuestos fácticos que se contemplan son susceptibles de una precisión radical; es la propia naturaleza de la materia a regular —naturaleza rebelde a una formulación más precisa (rebelde por sus propios caracteres, uno de los cuales puede ser su dinamicidad)— la que aconseja la existencia de tales fórmulas, sin que, desde luego y en línea teórica, dejemos de admitir la posibilidad de que tal imprecisión se deba a la impericia del legislador en la construcción de los conceptos; éste debiera en la medida de lo posible procurar, al utilizarlos, que el rasgo (o rasgos) elegido para definirlos sea revelador de la idea que pretende evocar y, además, que sea de fácil identificación. Así se cumpliría la doble exigencia —de verdad y de practicabilidad— que debe llenar todo concepto. Lo que a veces ocurre, cuando la imprecisión del concepto se debe a su propia naturaleza rebelde a una mayor fijeza, es que todo intento de mayor precisión es en la práctica inútil, cuando no contraproducente, porque en tales supuestos la misma precisión es imprecisa. Es lo que en general puede observarse en la jurisprudencia, que ha intentado categorizar al revisar las aplicaciones hechas por la Administración de alguno de tales conceptos.

(192) RÜDIGER, KLEIN, cit. por VILLAR PALASÍ, *Apuntes*, op. cit., tomo IV, pág. 116. Aunque utilizan la expresión indeterminados para referirse más bien a los que denominamos «indirectamente determinados» y discrecionalidad para lo que —para nosotros— es correspondencia exacta con los indeterminados, las consideraciones son válidas en este sentido.

vulgar o profesional puede, como quien aplica un concepto indeterminado de acuerdo con sus propias valoraciones, elegir entre una y otra solución, pero la diferencia jurídicamente es inextinguible: en el primer caso, sólo una de las soluciones es correcta, porque uno sólo es el resultado de confrontar su experiencia con las circunstancias reales del caso concreto, y sólo ésta es la tácitamente querida por la norma al remitirse a tal experiencia, unicidad que no desaparece, porque la corrección o menos de la elección resulte o no revisable, tanto jurídica como materialmente; en el segundo caso, en cambio, las soluciones correctas pueden ser varias y todas ellas jurídicamente (193) equivalentes, igualmente correctas, igualmente queridas en abstracto por la norma.

Pues bien, si en ambos supuestos se trata de conceptos jurídicos «parcialmente contruidos» (194) y si en cualquiera de ellos «la medida exacta para la aplicación de los mismos en un caso particular —de que nos habla GARCÍA DE ENTERRÍA en el trabajo de referencia— no nos la resuelve o determina con exactitud la propia ley que los ha creado y de cuya aplicación se trata», permítasenos insistir, sin embargo, en que mientras en los conceptos indeterminados tal medida quedará fijada por la valoración discrecional de quien deba aplicarlos, en los indirectamente determinados aparecerá condicionada por el resultado de la experiencia a que el concepto remite. En ninguna de ambas hipótesis, es cierto, la ley nos da «resuelta la solución concreta de cada caso»; pero mientras aquí es la persona u órgano que ha de aplicar el concepto quien habrá de rellenarlo de contenido, dando la solución adecuada, allí ésta viene determinada por el resultado de esa experiencia a que tácitamente se remite.

Es respecto a los anteriores supuestos (conceptos determinados indirectamente), pero no respecto a este último (conceptos indeterminados) respecto al que se realiza, como evidencia el ejemplo académico de «mayor idoneidad» a que nos hemos referido, esa peculiaridad que, equivocadamente, se señala como propia de los conceptos jurídicos indeterminados (195), y que, equivocadamente también, se había atribuido por

(193) Se habla de equivalencia jurídica, pues es indudable que en un plano absoluto, también en el caso de los conceptos indeterminados, hay una única solución justa. El ejemplo académico utilizado de «mayor idoneidad» nos lo refleja. El administrador podrá lícitamente elegir entre quien tenga experiencia mayor, mejores cualidades naturales en relación con el empleo a ocupar, etc., pero en términos absolutos es cierto que sólo uno de ellos es el más idóneo.

(194) La denominación es empleada por GARCÍA MAYNEZ (E.), *La lógica del concepto jurídico*, op. cit., pág. 61.

(195) ULE, *Verwaltungsgerichtsbarkeit*, 1960, pág. 319; GARCÍA DE ENTERRÍA (E.), *La lucha contra...*, op. cit., pág. 172.

MERIKOSKI (196) a la potestad discrecional: «la unidad (unicidad, diríamos mejor) de solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta». «O se da o no se da el concepto: *tertium no datur*». La norma no deja a la Administración la elección entre varias posibilidades de comportamiento; su punto de partida es, por el contrario, que sólo hay un comportamiento que responda a sus fines.

Lo característico, por el contrario, de los conceptos indeterminados, que, en nuestro concepto, se corresponden con el ejercicio de facultades discrecionales, es tratarse de casos en que «existiendo una norma, son posibles diversas aplicaciones, jurídicamente diferenciables, de la misma, y son posibles a igual título y poseen el mismo valor jurídico» (197). «El intento de armonizar la libertad discrecional con la existencia de una solución unívoca carece de fundamento y es ineficaz». «El mismo arbitrio no es otra cosa que

(196) Citado por GARCÍA-TREVIJANO, *Tratado de Derecho administrativo*, op. cit., I, página 379. En la fundamentación de tal doctrina, de la que se han hecho eco voces muy recientes (cfr. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, op. cit., págs. 82 y sigs.), encontramos la misma indiscriminación a que nos hemos referido, como causa del error. Para tales autores, en efecto, cuando la norma remite a la discrecionalidad de una autoridad la actuación de una disposición hay que entender que remite, para la ulterior regulación de la relación, a normas jurídicas y no jurídicas, ciertas u objetivamente comprobables, aptas en cualquier caso para proporcionar la medida de la única solución posible. La existencia en la realidad social de reglas, criterios y principios no jurídicos es, desde luego, indiscutible, como también lo es su utilidad para ilustrar determinadas decisiones, y precisamente en ellas fundamentamos nuestra categoría de conceptos indirectamente determinados, es decir, determinados en virtud de la tácita remisión de la norma a tales criterios y principios científicos (remisión a la experiencia técnica) o a dichos contenidos de experiencia (remisión a la experiencia común y general), el resultado de cuya aplicación es un juicio que expresa la medida en que la situación fáctica se ajusta a tales reglas, principios o criterios, los cuales en tal supuesto cumplen esa función de «individualizar la razón predeterminada de la única solución posible». Cuando la norma, por el contrario, se remite, no tácitamente a tales reglas, sino expresamente a la discrecional potestad del órgano que ha de aplicar el concepto (indeterminado, en tal supuesto) la decisión no viene determinada de manera unívoca por aquéllas, sino por la voluntad de tal órgano, admitiendo, cuando más, que contribuyan a la formación de dicha voluntad y que sirvan, en algunos supuestos, para detectar la medida en que la voluntad se apartó del marco que el interés público en presencia le trazaba (desviación de poder). La decisión adoptada es entonces el resultado no de la aplicación de la norma social preexistente o de la regla de experiencia, sino de la voluntad del órgano, ilustrada por los juicios o apreciaciones que, basándose acaso en tales reglas, principios o contenidos de experiencia, se haya formado aquél sobre la situación en orden a la cual ha de decidir. La decisión no es entonces el juicio —resultado del mejor ajuste posible de la situación fáctica a tales reglas o máximas—, sino la voluntad del órgano que elige una de las varias soluciones que, a la vista de las apreciaciones resultantes de tal confrontación, aparecen como posibles.

(197) MERKL (A.). *Teoría general del Derecho administrativo*, trad. esp. Edit. «Revista de Derecho Privado», Madrid, 1935, pág. 198.

la posibilidad de elección entre una pluralidad de posibilidades de solución ofrecidas por el Derecho objetivo» (198).

Las operaciones lógicas, en cambio, que integran el comportamiento de la persona encargada de la recepción del resultado de la experiencia y de su integración en el concepto para que éste quede determinado, es decir, las operaciones necesarias para rellenar de contenido los conceptos indirectamente determinados, no constituyen, ni mucho menos, ejercicio de facultades discrecionales, sino que, por el contrario, responden al proceso típico de la interpretación, y el acto en el que tales operaciones se concreta no es una volición, sino un juicio.

Es indudable, desde luego, que en la aplicación del resultado de la experiencia o, si se quiere, en la aplicación del concepto (completado en cuanto a su contenido con los conocimientos de la experiencia) a la situación fáctica y aun en la propia estimación de estos conocimientos, cabe lo que BACHOF llama un cierto «margen de apreciación», y HESCH, «halo del concepto por diferencia de su núcleo fijo» (199), margen y halo que a veces podrá ser muy extenso, pero que, en todo caso, será «un margen cognoscitivo y no volitivo» (200). El concepto se da o no se da, y la posibilidad de una zona intermedia difícilmente precisable nada dice en contra de tal afirmación, ya que las diferencias que puede haber entre ambos estados absolutos son gnoseológicas, no ontológicas, siendo el proceso de constatación «no un proceso volitivo de discrecionalidad o libertad, sino un proceso de juicio o estimación», como es también indudable, como dijimos, que en sentido vulgar y prejurídico hay que admitir en ambas categorías la presencia de cierta indeterminación, y en consecuencia, en sentido amplio podrían considerarse también «indeterminados»; pero dadas las diferencias entre su respectiva naturaleza y efectos y a las que hemos referido, mantenemos la necesidad de distinción.

Si la doctrina anterior (especialmente GARCÍA DE ENTERRÍA), al comprender dentro de la categoría de «conceptos jurídicos indeterminados» tanto éstos como los que nosotros consideramos «indirectamente determinados», se ve obligada a separar algunos de ellos del concepto de discrecionalidad, otros autores, con idéntica confusión, se han visto abocados a soluciones aún más disparatadas y contradictorias por la conjunta caracterización que de ambas hipótesis mantienen y la correspondencia que entre ellas y el concepto de discrecionalidad establecen.

(198) MERKL (A.). *Ibidem*, pág. 200.

(199) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA (E.), *La lucha contra las inmunidades...*, op. cit., página 174, nota 25.

(200) GARCÍA DE ENTERRÍA (E.), *La lucha contra las inmunidades...*, op. cit., pág. 173.

El propio MERKL, al tratar de la facultad discrecional (arbitrio, en la traducción española), parece atisbar la distinción que proponemos, al subrayar cómo frente a la esencia de aquélla, que consiste en la facultad de elegir entre diversas soluciones jurídicamente posibles y jurídicamente equivalentes, existen, efectivamente, «esferas en las que la Ley persigue una solución única, aunque no llegue a expresar su voluntad unívocamente». «En tales esferas desaparecen a la vez, a primera vista, vinculación jurídica y arbitrio...» (201). En nuestra opinión, no podría expresarse más exactamente lo que ocurre en los casos de determinación indirecta: unicidad de solución y cierta indeterminación en sentido lógico y prejurídico («a primera vista...»), siendo lamentable que el autor no consiga separar dichos supuestos del concepto de discrecionalidad.

LAUN (202), por su parte, se ve obligado a distinguir entre arbitrio libre y arbitrio condicionado, dándose éste cuando el funcionario administrativo, sin atenerse a lo que él mismo considera como adecuado o equitativo, etc., está obligado a ejecutar aquello que, según su leal saber y entender, cree que hubiera ordenado el legislador de haber regulado el caso concreto con una Ley individual y no con una norma abstracta; en semejante caso, la decisión se halla siempre determinada teóricamente de una manera unívoca. El arbitrio libre, por el contrario, aparecerá cuando se autoriza al órgano del Poder ejecutivo a decidir según lo que le parezca con arreglo a su conciencia; en tales casos, las autoridades tienen pleno poder, desligado de la ley, para fijar en qué consiste el interés público en el caso concreto. Como signos jurídico-positivos que denuncian la presencia del arbitrio condicionado, nos encontramos con fórmulas en las que la consecuencia jurídica se hace depender de la constatación técnica de ciertas particularidades de los hechos, como peligro, utilidad, necesidad social..., etc., mientras que las fórmulas que se reducen a autorizar al órgano para algo, como, por ejemplo, la expresión de que la autoridad «puede...», señalan el arbitrio libre (203).

El hecho de la distinción es, en nuestra opinión, acertado; pero la distinción misma resulta en sí totalmente incongruente, al quererla establecer *dentro* del concepto de discrecionalidad. En efecto, no es posible hablar de arbitrio libre sin estar pensando en la presencia de un pleonasma (ya que la esencia del mismo es esa libertad), ni referirse al arbitrio condi-

(201) MERKL (A.), *Teoría general del Derecho administrativo*, op. cit., pág. 198.

(202) LAUN, *Le pouvoir discretionnaire*, en «Annuaire de l'Institut International de Droit Public», 1935, págs. 133 y sigs.; con anterioridad, en su *Das freie Emerssen und seine Grenzen*, 1910.

(203) Cfr. MERKL (A.), *Teoría general del Derecho administrativo*, op. cit., pág. 203.

cionado sin ver reflejada en ambos términos una clarísima contradicción. La expresión «arbitrio libre», además, hace pensar acaso en facultades discrecionales ilimitadas, pensamiento inconciliable con los límites que unánimemente se reconocen a las mismas y que la Ley impone (fin, forma, competencia, etc.), sin que, por otra parte, de arbitrio condicionado pueda hablarse lícitamente, ya que la solución unívoca es lo propio de la vinculación jurídica, no del arbitrio.

La etiología del error está, a nuestro juicio, y como en el caso de la doctrina anterior, en parar la atención exclusivamente en conceptos pertenecientes a alguno de los dos grupos que intentamos caracterizar aisladamente y predicar el resultado de ambos, allí bajo la denominación de conceptos jurídicos indeterminados y separándolos del concepto de discrecionalidad, aquí conectándolos a ésta y atisbando la innegable diferencia en las equivocadas denominaciones de arbitrio libre y arbitrio condicionado. Un mismo y equivocado punto de partida ha fundamentado las dos contrarias doctrinas. En nuestra opinión, la última ha tenido una mayor finura perceptiva en cuanto ha reconocido la diferencia, y sería acertada, en cuanto los supuestos comprendidos dentro del titulado arbitrio condicionado se separaran del concepto de discrecionalidad, constituyendo el de «conceptos indirectamente determinados», ya que en ellos la ley persigue una solución única, aunque no haya expresado su voluntad unívocamente, sino por remisión a ese mundo conceptual —vulgar o técnico—, ajeno, en cualquier caso, al Derecho.

LINARES (204), a su vez, distingue entre arbitrio ordinario y extraordinario; al primero lo califica de «necesario», en cuanto consustancial al ser mismo del Derecho, ya que la norma «nunca» suministra todos los elementos del acto de aplicación, de forma que la interpretación tiene siempre un carácter parcialmente creador (205). Dicho arbitrio consiste en esa conducta o libertad lícita de quien aplica la norma para establecer modalidades en ella no previstas, siempre que no choquen con alguna valla jurídica, expresa o virtual. El arbitrio extraordinario es, por el contrario, «contingente», en cuanto puede existir o no como un «plus» respecto al necesario u ordinario y coincide con la utilización por la norma de fórmulas elásticas, integrantes de un tipo de *standard* jurídico; en él sitúa el autor gran parte del poder discrecional (206), aunque en otro

(204) LINARES, *Poder discrecional administrativo*, Buenos Aires, 195, *passim*.

(205) Sobre este particular, cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la Ley y los principios...*, op. cit., págs. 193 y sigs.

(206) *Idem*, *ibidem*, pág. 19.

lugar (207) afirma asimismo que éste no es, a veces, sino poder de gobierno o arbitrio ordinario muy amplio.

De la citada identificación (arbitrio extraordinario-fórmulas elásticas) y del concepto de poder discrecional que el autor nos ofrece («el que resulta de leyes que dejan sin determinar aspectos esenciales de los actos de aplicación de tales leyes»), se deduce que el autor incurre en la misma indiscriminación que las doctrinas anteriores, englobando, como pertenecientes a una misma categoría, las que, con el nombre de conceptos indirectamente determinados e indeterminados, pretendemos separar, haciéndolas coincidir más o menos con el poder discrecional.

Compatibles asimismo con tal poder discrecional los consideraba FIORINI, para quien tales conceptos no constituyen sino «directivas para la realización de la apreciación». Existen ciertos principios finalistas, formados por distintas clases de conocimiento y disciplinas científicas que unas veces reciben el nombre de reglas técnicas y otras de *standards* jurídicos; las primeras pertenecen al conocimiento especializado de ciencias o especializadas prácticas, mientras que los segundos se crean en el seno de las ciencias normativas y se refieren a conducta de las personas. El deseo de poner coto a la arbitrariedad ha hipertrofiado las funciones que deben cumplir, y así no pocos juristas pretenden que la instalación de los mismos en el proceso de la discrecionalidad disminuye en máximo grado los límites de la libertad de apreciación de la administración. La regla técnica, como el *standard* jurídico, sólo revela, por el contrario, «un complejo de conducta genérico de donde la administración deduce la regla necesaria, solamente para el caso particular. El apretado concepto objetivo encierra directivas a las que deben adaptarse las innumerables posibilidades que presenta la vida social». Los *standards* sólo sirven para orientar al particular, a los magistrados, a los funcionarios en la realización de una conducta jurídica que responda a los valores de justicia, razonabilidad, orden, etc., ante casos para los cuales «el legislador no ha establecido el dato normativo en forma clara e indiscutida» (208).

La doctrina francesa del *Conseil d'Etat* ha venido distinguiendo, como se sabe, entre la exactitud material de los hechos (209), su calificación

(207) Idem, *ibidem*, pág. 246.

(208) FIORINI (B. A.), *La discrecionalidad en la Administración Pública*, op. cit., página. 124 y sigs.

(209) Arrêt CAMINO, 14 de enero de 1916. Cfr. LONG (M.), WEIL (P.) y BRAIBANT (G.), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, París, 1965, pág. 128.

jurídica (210) y su apreciación (211), las dos primeras controlables e incontrolable la tercera. *Mutatis mutandis* la distinción se correspondería aproximativamente con la aplicación de las tres grandes categorías de conceptos, objeto de nuestro análisis: determinados directa e indirectamente e indeterminados. De los indirectamente determinados considera, sin embargo, controlable exclusivamente la especie de los que remiten a la experiencia común y general —aunque la inclusión dentro de ellos de algún supuesto sería discutible (212)—, no, en cambio, los que lo hacen a la experiencia técnica, por la dificultad de un control efectivo por el Juez (213). El tercer puesto —apreciación— no es, como se ha advertido sino un refugio técnico que maneja el *Conseil d'Etat* cuando se enfrenta ante innegables supuestos de discrecionalidad en los que no puede intervenir (214).

No puede pensarse por ello que dentro de esta apreciación quepan «dos grupos de contornos muy claros (voliciones y juicios)», como ha sostenido NIETO, manteniendo la indiferenciación de las doctrinas anteriores, aun-

(210) Desde la decisión COMEL, de 4 de abril de 1914, el Consejo de Estado ha venido admitiendo el control de la calificación jurídica de los hechos al determinar el carácter artístico y pintoresco de determinados monumentos y parajes, el carácter técnico de un Cuerpo de funcionarios, el carácter punible del acto de un agente público, el carácter licencioso o pornográfico de una publicación, el carácter inmoral de un filme, el grado de gravedad de una amenaza para el orden público, el carácter de asuntos corrientes a resolver por un determinado funcionario, la compatibilidad de determinadas enfermedades con las obligaciones del servicio público, la de la ceguera con la enseñanza, la población susceptible de ser atendida por las diversas farmacias de una localidad; qué hechos pueden considerarse como de colaboración; si la fabricación de determinados productos garantizados por el Estado era necesaria para el país; si una medida era susceptible de amenazar el equilibrio financiero de la seguridad social; si una grave crisis de vivienda justificaba la requisita de las mismas en ausencia del servicio municipal respectivo. Cfr. LONG, WEIL, BRAIBANT, *Les grands arrêts...*, op. cit., págs. 121, 122.

(211) Considerándolos como supuestos de apreciación, el Consejo de Estado ha rehusado controlar si la actividad de una asociación extranjera es de tal naturaleza que comprometa la salubridad pública; si un libro de origen extranjero presenta tal daño para el orden público, que justifique su prohibición, la expulsión de extranjeros, las medidas tomadas durante el estado de urgencia, la denegación de autorización para presentarse a un concurso, la suspensión de un oficial como medida disciplinaria, la determinación de si una sanción disciplinaria es proporcionada a la gravedad de la falta. Cfr. LONG, WEIL, BRAIBANT, *Les grands arrêts...*, op. cit., pág. 123.

(212) Así, por ejemplo, la determinación del carácter artístico y pintoresco de monumentos y parajes, *arrêts* Dame Vve. MOSKON, 17 de diciembre de 1952.

(213) Por el carácter de tecnicidad de las decisiones, el Consejo de Estado ha rehusado verificar el carácter tóxico de un producto, la calidad de una pieza teatral, el valor de un funcionario, la notoriedad de un médico, la clasificación de tierras, la calidad de un vino. Cfr. LONG, WEIL, BRAIBANT, *Les grands arrêts...*, op. cit., págs. 123 y 124.

(214) NIETO (A.), *Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria*, núm. 44 de esta REVISTA, pág. 153.

que considerando acertadamente sólo las voliciones como propias de la discrecionalidad (215). En nuestro entender, cada uno de los citados grupos pertenece a un campo distinto: los que encierran un valor a ponderar suponen apreciación de los hechos, situada en el campo de la oportunidad, el contenido de cuyos actos de aplicación es una de las voliciones jurídicamente posibles, y aquellos otros que remiten a la experiencia suponen calificación jurídica de los hechos, y en ellos el contenido de los respectivos actos de aplicación es un juicio, el único, por cierto, jurídicamente posible en cada caso. Aunque prejurídicamente pudiera mantenerse tal duplicidad (voliciones y juicios en apreciaciones de hechos), jurídicamente habrá que distinguir, de acuerdo con el sentido de la norma en que se apoye, entre la calificación jurídica, de acuerdo con criterios objetivos que fundamentarán los correspondientes juicios, juicios que serán —en base a los mismos criterios— revisables, y la apreciación o valoración subjetiva sobre hechos, cuando tal facultad se atribuya expresamente a la Administración.

Esta última condición nos parece, por lo demás, ineludible para detectar la presencia de la discrecionalidad. Por ello nos parece incompleta la postura, por lo demás correcta, de CLAVERO de que en las «valoraciones subjetivas sobre hechos en los casos concretos es donde nos encontramos en el terreno propio de las cuestiones de hecho, pues estamos en presencia de lo subjetivo y no de lo objetivo, de lo concreto y no de lo general, de lo electivo y no de lo interpretativo, de la posibilidad de varias soluciones correctas y no de la solución legal única», ya que, en nuestro entender, tal posibilidad de elección y tal variedad de soluciones correctas sólo existe si la norma atribuye expresamente al órgano que realiza la valoración tal facultad; en otro caso habrá que estar a los datos objetivos que los hechos presenten de acuerdo con la común experiencia, y la impugnación posible será allí por desviación de poder, aquí por infracción del Ordenamiento jurídico. Si se quiere mantener la expresión «cuestión de hecho» con el alcance que le da el autor de «valoraciones no intrínsecamente jurídicas en las que se valoran libremente hechos o

(215) NIETO (A.), *Reducción...*, op. cit., pág. 155. Por otra parte, no parece muy exacta la afirmación del autor de que tal diferenciación se haya conseguido «mediante la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, tal y como hasta aquí se ha perfilado por la más moderna doctrina alemana, y en nuestra Patria, por GARCÍA DE ENTERRÍA, ya que en la caracterización, tanto de aquella como de éste, de los conceptos jurídicos indeterminados vienen incluyéndose precisamente ambos supuestos.

circunstancias fácticas», habrá que limitarla a los casos en que tal libertad se atribuya expresamente a quien deba realizarla (216).

Esta necesidad de que la atribución sea *expresa* ha sido sutilmente subrayada por GARCÍA-TREVIJANO, hasta el punto de afirmar que cuando «haya duda sobre si lo que se está haciendo es interpretando lo empírico o valorando, habrá que aceptar lo primero» (217), pese a lo cual creemos estar también en presencia de poder discrecional cuando la facultad a ejercitar pueda considerarse razonablemente implícita en lo expresamente facultado.

Doctrinas parcialmente contrarias.

La caracterización unitaria de los conceptos jurídicos indeterminados con los indirectamente determinados se limita a la primera categoría de éstos para otro sector doctrinal (218). Sólo aquellos conceptos determinados por remisión a la experiencia común y general se identifican ahora con los indeterminados, y en consecuencia, ya que se mantiene la doctrina que estimamos correcta, con la discrecionalidad.

Resulta innegable, desde luego, que la indeterminación (en sentido prejurídico) es aquí mayor y mayor también la dificultad con que se enfrenta quien haya de aplicar el concepto, para discernir de manera concreta, distinta a la de una fórmula filosófica, esta categoría conceptual, esencialmente diversa según las circunstancias económicas y sociales, de tiempo y de lugar (219), pues los conceptos empíricos —representaciones aproximativas y sintetizadoras de fenómenos— no permiten fijar sus notas cualitativamente estrictas y rigurosas, resultando su tipificación, no de caracteres lógicos imprescindibles, sino de una distinta combinación, cantidad o proporción de elementos, por lo que sería poco

(216) CLAVERO ARÉVALO, *Jurados fiscales y jurisdicción contencioso-administrativa*, número 39 de esta REVISTA, pág. 35.

(217) GARCÍA-TREVIJANO FOS, *Tratado...*, op. cit., I, pág. 377.

(218) GARCÍA-TREVIJANO, *Tratado de Derecho administrativo*, op. cit., I, págs. 374 y siguientes.

(219) A veces incluso se correrá el peligro de que, a través de interpretaciones libres o tendenciosas, el resultado efectivo se distancie de la *ratio* de utilización del concepto por la norma, con lo que ésta no sólo resultará estéril, sino incluso contraproducente. Cfr. las reflexiones de DABIN (*Teoría general...*, op. cit., págs. 264 y sigs.) en torno a la imprecisión de los conceptos de «injusticia usuraria», «injuria grave» (como causa de divorcio en el Código napoleónico), «guerra de agresión»; las de LASKI (allí citado) en torno a la dificultad de definir «la obscenidad», dificultades que han llevado a RIPERT a calificar tales conceptos como «espantapájaros». Cfr. DABIN, *idem*, pág. 265, nota 159.

menos que imposible encontrar un criterio diferenciador que nos sirva para trazar una frontera de validez absoluta entre ambas categorías, pudiendo dudarse incluso que tal «absoluta» separación exista.

En cualquier caso no nos sería lícito desconocer que entre ambas existen diferencias acusadísimas, no sólo en cuanto a la preponderancia que el elemento subjetivo u objetivo tiene, respectivamente, en cada una, sino también en cuanto que tal diversa preponderancia deriva, explícita o implícitamente, del espíritu del precepto legal que utiliza el concepto. En los conceptos indeterminados, la norma remite expresamente para su precisión a los propios criterios de quien haya de aplicarlos, a sus consideraciones valorativas, a su opinión personal (el cual, en muchas ocasiones, resultará el único capacitado para realizar tal determinación); en los determinados por remisión a la experiencia vulgar, en cambio, remite al resultado de dicha experiencia, resultado que, con mayor o menor relatividad, proporcionará en todo caso un concepto objetivo: se trata de categorías de consistencia objetiva que establecen, con referencia a los que presenta la realidad, un dato determinado. Por eso en aquéllos no se da, y en éstos sí, la regla de la unicidad de la solución justa en la aplicación del concepto a un caso concreto.

Aparte esta distinta forma de rellenar el concepto, a la que está conexiónada la unicidad o pluralidad de soluciones, en línea teórica podría encontrarse un nuevo criterio discriminador en la distinta causa de la citada indeterminación (en sentido lógico). En el primer caso —conceptos indirectamente determinados—, ésta deriva de la propia naturaleza de los conceptos, que hace imposible, por la dinamicidad de las situaciones a que se ha de aplicar o por otras razones, una formulación más estricta (buen padre de familia, buen labrador, incapacidad para administrar por sí mismo sus negocios, etc.), mientras en el segundo —indeterminados—, tal determinación acaso sea teóricamente más posible, pero al legislador ha parecido más oportuno, quizás también por la dinamicidad de las situaciones a que se ha de aplicar, dejar en manos de quien deba aplicar el concepto, el realizarla (220).

La anterior argumentación nos fuerza a plantearnos el problema de si unos mismos conceptos pueden considerarse, según la prescripción normativa, unas veces como determinados por remisión a la experiencia común y general, otras como indeterminados. GARCÍA-TREVIJANO, al no discernir entre ambos supuestos, parece llegar a la conclusión de que efectivamente

(220) Por supuesto que la propia técnica legislativa puede desvalorizar cuando afirmamos atribuyendo tales facultades, aun en los casos en que debieran remitirse a la experiencia; pero como criterio teórico acaso pueda tener su valor.

unos mismos conceptos, utilizados en normas civiles o mercantiles, suponen —al aplicarse a un caso concreto— una labor interpretativa por parte del Juez y, por tanto, la comprobación empírica —y, en cuanto tal, fiscalizable— de una situación fáctica, y, en cambio, utilizados por una norma administrativa, suponen —al aplicarse— una valoración subjetiva —y, como tal, no fiscalizable (221)— que realiza discrecionalmente la Administración, explicándose la incongruencia en la circunstancia histórica de inexistencia de límites judiciales para la labor aplicativa de la Administración hasta 1957 (222).

En nuestra opinión, la determinación (directa o indirecta) o la no determinación de los conceptos, por parte de la norma, es común a cualquier rama del Derecho e idénticas las consecuencias que de tal variedad se derivan, aceptando, sin embargo, que la indeterminación de los conceptos (y, por tanto, la habilitación para su aplicación discrecional) es poco corriente en las normas no administrativas (223), pero no que esos conceptos *standards*, objetivos, constatables, tan frecuentes en Derecho mercantil y civil, tengan naturaleza distinta en el administrativo y entren dentro del concepto de discrecionalidad. Aquí como allí creemos que tales conceptos se refieran a situaciones empíricas y, en cuanto tales, constatables y fiscalizables, si bien se ha de admitir, de acuerdo con la doctrina de referencia, cómo a través de la tarea interpretativa los Jueces (el autor se refiere a los no administrativos) han ido objetivando (precisando los caracteres objetivos, diríamos mejor) tales conceptos (224), mien-

(221) O lo que sería más exacto, como veremos, fiscalizable exclusivamente por desviación de poder.

(222) GARCÍA-TREVIJANO, *Tratado...*, op. cit., pág. 376.

(223) *Ibidem*, págs. 374 y 375.

(224) Los *standards* son, dice ROUBIER, un procedimiento de espera que permite a la jurisprudencia individualizar poco a poco las dificultades y encuadrar una cuestión nueva en su conjunto, antes de establecer reglas detalladas y al mismo tiempo más rígidas. ROUBIER (P.), *Théorie générale du Droit*, París, 1951, pág. 113. Lo que ocurre, en efecto, normalmente es que los Jueces, más allá de la directriz que se les da, van introduciendo poco a poco una serie de subdirectrices más precisas, de forma que la reglamentación se hace progresivamente más completa. Ello explica que el pensamiento jurídico, que se atiene, en estos casos, a los problemas (razonamiento problemático, pensamiento tópico, pensamiento aporético, según casos y problemas) y cuyo rasgo más típico es la renuncia a una deducción dogmáticamente clara, se eleve a veces —por obra de la doctrina y de la labor jurisprudencial, generalmente—, y en vista de su admisión constante, a la consideración de axioma, «que presentándose ya como un postulado eterno de justicia material, no requiere ninguna otra fundamentación». Así han pasado a ser axiomas (verdaderos principios) conceptos que con anterioridad llevaban una existencia autónoma en el pensamiento tópico. En ningún caso, sin embargo, y aunque se le confiera una formulación teórica de la mayor concisión posible, podrán llegar a obtener la categoría de *conceptos dogmáticos*, a los que se seguirá oponiendo diametralmente. Sobre la imposibilidad de que tal concisión se lleve a cabo en otros su-

tras sólo a partir de la Ley jurisdiccional de 1957 se ha comenzado a realizar tal labor por la jurisprudencia administrativa (225). Si la discrecionalidad, en la doctrina del autor —que estimamos correcta—, «supone una ponderación comparativa de intereses (226), ¿cómo pensar en tal ponderación comparativa al aplicar a un caso concreto tales conceptos, cuyos verdaderos caracteres —refiriéndose a su uso por otras disciplinas jurídicas— el propio autor ha certeramente subrayado, calificándolos de objetivos, empíricos y trascendentes? ¿Y cómo postular de la labor aplicativa de los mismos esa «existencia de dos o tres puntos de valoración de los que la Administración toma uno» (227), que, en su correcta opinión, se da en la discrecionalidad?

Concluimos entonces que, en efecto, la norma puede unas veces utilizar tales *standards* sin más (con lo que hay que entender que se remite a la experiencia común y general de quien haya de aplicarlos), y puede, otras, conferir para la aplicación de los mismos facultades discrecionales (con lo que se convierten en indeterminados), y es éste, por lo demás, el criterio práctico que creemos debe mantenerse para detectar la presencia de cada una de ambas categorías: que la determinación se atribuya o no expresamente a la voluntad de la Administración.

puestos, cfr. cuanto decimos en la nota 191 de este trabajo. Cfr. asimismo sobre la diferencia entre *standards* y principios (tanto si éstos son máximas —formulaciones de verdades jurídicas no vertidas en conceptos técnicos— como si son axiomas), ESSER, *Principio y norma...*, op. cit., págs. 124 y sigs. Vid. cuanto al respecto de la posible distinción decimos en la nota 88 de este trabajo.

Esta tendencia a petrificarse en formas fijas, tan características del mundo jurídico, especialmente en la hora actual (vid. cuanto al respecto decimos en la pág. 3 de este trabajo), explica asimismo que, pese a remitir el *standard* a concepciones vivientes, se apliquen algunos que, prescritos por una tradición venerable, han dejado ya de estar de acuerdo con las concepciones de la sociedad, circunstancia explicable en los ordenamientos no anglosajones en cuanto a la aplicación de conceptos jurídicos directamente determinados, inexplicable, en cambio, cuando la determinación de los que se han de aplicar es indirecta, ya que precisamente la remisión de la norma que los contiene y de cuya aplicación se trata, ha de entenderse hecha a la opinión pública, a la sensibilidad moral de la época, a las condiciones políticas, sociales y económicas de momento. (Sobre si han de tenerse en cuenta en tal remisión exclusivamente «los cambios factuales del cuadro cultural» —Alemania— o, además, la política social y estatal —jurisprudencia norteamericana del *common law*—, cfr. ESSER, *Principio y norma...*, op. cit., pág. 125, nota 38.)

(225) Se ha de advertir cómo también la propia Administración puede haber ido (o, al menos, podría haber ido) fijando los caracteres objetivos de tales conceptos, al aplicarlos a los casos concretos. Lo que ocurre, además, es que las resoluciones administrativas no se conocen con la generalidad y extensión que las sentencias judiciales y solamente cuando la aplicación primaria realizada por la Administración es judicialmente controvertida, puede conocerse a través de la jurisprudencia contencioso-administrativa.

(226) GARCÍA-TREVIJANO, *ibidem*, pág. 226.

(227) *Idem*, *ibidem*, pág. 376.

Puede ocurrir, sin embargo, y de la misma forma que veíamos en las combinaciones entre el criterio técnico y el administrativo, que la discrecionalidad aparezca, pero no al aplicar el concepto a un caso concreto, sino al conectarse expresamente por la norma dicha aplicación con una valoración del interés público en presencia (228). Entendemos totalmente aplicables a este respecto las soluciones establecidas a estos efectos por la doctrina (229), advirtiendo, no obstante, cómo el poder discrecional ha de entenderse limitado dentro del marco que tales *standards* ofrezcan.

La separación realizada entre estos conceptos —indeterminados— y los del epígrafe anterior, que, como hemos dicho, ha de deducirse explícitamente del espíritu del precepto legal que los utilice y de cuya aplicación se trate, viene, además, exigida por las diversas consecuencias que para el Ordenamiento jurídico se siguen de su utilización. La determinación hecha por la Administración de un concepto jurídico indeterminado no posee efectos generales; en cambio, la determinación realizada (con el resultado de la experiencia) de un concepto indirectamente determinado, sí. Es, si se quiere, una consecuencia más de la distinción entre discrecionalidad e interpretación. Precisamente lo que caracteriza específicamente el concepto de potestad discrecional (230) es que sus resultados no poseen validez normativa, sino que afectan sólo al caso singular y concreto.

GARCÍA-TREVIJANO (231) ha podido llegar a la solución contraria precisamente, creemos, por estudiar unitariamente ambos supuestos englo-

(228) Así, por ejemplo, la Orden del Ministerio de la Gobernación de 27 de enero de 1960 (dictada en desarrollo de la Ley de 23 de diciembre de 1959, por la que se habilitan créditos para satisfacer determinadas gratificaciones) *faculta* a la Dirección General de Seguridad para privar de las mismas a aquellos funcionarios que estime conveniente «por su escaso celo y rendimiento o por faltas de conducta». Los conceptos utilizados son indudablemente conceptos determinados a través de la tácita remisión que se entiende hecha a la experiencia; pero una vez precisado si se dan o no en una situación concreta, la Dirección General puede o no privarles de dicha gratificación, según lo estime conveniente, con lo que las facultades discrecionales aparecen en este segundo momento, en cuanto se ha conectado la aplicación del concepto con una manifestación del interés público; pero habrá que entenderlas limitadas —al menos en su aspecto negativo— por el resultado de la comprobación de tales *standards*. Lo mismo ocurre con el ejemplo, ya citado en otro lugar de este trabajo, del artículo 23 de la Ley de Aguas, en el que se faculta al Alcalde para suspender las obras («podrá», dice el texto) cuando éstas amenazaren peligro de distracción o merma de las aguas públicas o privadas, circunstancia ésta objetiva y constatable, al resultado de cuya comprobación estarán condicionadas las facultades discrecionales otorgadas al Alcalde para suspender las obras.

(229) GARCÍA-TREVIJANO, *Tratado*... I, págs. 386 a 389.

(230) FORSTHOFF (E.), *Tratado de Derecho administrativo*, op. cit., I, pág. 125.

(231) GARCÍA-TREVIJANO (J. A.), *Tratado de Derecho administrativo*, op. cit., I, páginas 379 y 380.

bando dentro del concepto de discrecionalidad lo que él llama discrecionalidad objetiva. Para nosotros, como hemos dicho transcribiendo sus propias palabras, «la discrecionalidad es una», y precisamente la que él denomina subjetiva. La objetiva, amparada en esos *standards* objetivizados, no es discrecionalidad, sino actuación vinculada por los resultados que tales *standards* ofrecen. Y si respecto a ésta se pueden predicar efectos generales, es decir, se puede hablar de su propiedad de «marcar la pauta», de «servir de modelo para la actuación posterior», en una palabra, de crear «precedente», tales efectos no pueden predicarse —y la imposibilidad tiene carácter absoluto— de la actuación discrecional, de lo que para GARCÍA-TREVIJANO sería discrecionalidad subjetiva.

Las consecuencias de la diversidad que propugnamos son, además y como se intuye fácilmente, importantísimas a la hora de determinar las posibilidades de fiscalización de una y otra categoría, por lo que intentaremos señalar aquí las diferencias existentes al respecto entre conceptos indeterminados y los determinados por remisión a la experiencia común y general. La precisión o determinación realizada no es, en sí misma, fiscalizable en los primeros y sí en los segundos. Fiscalizarla allí sería admitir la revisión jurisdiccional de la oportunidad, sustituyendo los personales criterios del administrador por los del Juez (232); en cambio, aquí no sería sino la fiscalización de lo acertado o lo errado de la constatación de un concepto objetivo, de una situación empírica, de algo que existe con independencia del criterio de quien lo comprueba, de algo que, como dice el propio GARCÍA-TREVIJANO (233), es trascendente y no inmanente; consistiría exclusivamente en confrontar la medida en qué acto se corresponde con las dimensiones de calificación objetiva que hay que entender establecidas por la norma. Por supuesto que cuando hablamos allí de imposibilidad de fiscalización nos estamos refiriendo, no a la imposibilidad de fiscalizar el acto en que se ha hecho uso de tal facultad discrecional (234), sino a la imposibilidad de fiscalizar la propia precisión que del concepto ha realizado el órgano actuante, o, lo que es lo mismo, imposibilidad de fiscalizar aquel o aquellos elementos del acto en que tal facultad se dé, dejando a salvo, obviamente, la posibilidad de hacerlo respecto de los demás elementos

(232) Así, GARCÍA-TREVIJANO (*Tratado...*, op. cit., I, pág. 377) señala cómo desde el momento en que puede admitirse judicialmente la fiscalización de la valoración se está hasta cierto punto administrando.

(233) *Ibidem*, págs. 374 y sigs.

(234) En el actual estado de nuestra ciencia jurídico-administrativa y de nuestra legislación parece un tópico subrayar que no hay actos discrecionales por naturaleza o en bloque; pero es preciso recordar la famosa expresión de HAURIOU a ellos referida: «Il est des morts qu'il faut tuer.»

(forma, competencia, etc.). Pero es que, como se sabe, tal posibilidad existe incluso en cuanto a la facultad discrecional utilizada, en cuanto a la precisión que el órgano administrativo haya realizado, si bien a través de un elemento que siempre está impuesto a todo actuar administrativo —la finalidad—. Puesto que consideramos el poder discrecional como algo dentro del Derecho y no fuera de él (235), ha de admitirse su fiscalización por desviación de poder, que, recuérdese, se ha de alegar únicamente frente al ejercicio de facultades discrecionales, en ningún caso frente a las regladas (236). Por eso GARCÍA-TREVIJANO ha certeramente subrayado cómo esa «valoración eminentemente subjetiva», que la discrecionalidad supone, «no es totalmente inmanente», ya que no es concebible «una discrecionalidad total y absoluta (inmanencia completa)» que «enervaría cualquier fiscalización, judicial y administrativa» (237).

En cualquier caso, la imposibilidad de revisión jurisdiccional —salvo por desviación de poder— que hemos afirmado de la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados y, por tanto, del ejercicio de facultades discrecionales, es válida en términos generales para nuestro Ordenamiento, pero no puede predicarse con carácter absoluto, ni respecto de otros Ordenamientos (238), ni siquiera respecto al nuestro, ya que para las medidas excepcionales adoptadas en momentos de anormalidad, la solución más correcta nos parece la contraria (239).

Es evidente que sólo caben dos posibilidades de determinación del in-

(235) En efecto, en contra de la tesis de la desviación de poder como vicio de la moralidad del acto, GARCÍA-TREVIJANO ha señalado cómo puede haber desviación de poder de buena fe (*Tratado...*, op. cit., I, pág. 322).

(236) Que la desviación de poder cabe sólo en la parte discrecional del acto es doctrina comúnmente admitida no sólo por la jurisprudencia del Conseil d'Etat, sino también por la doctrina más autorizada, tanto nacional como extranjera. Vid. los *Arrêts* «Union syndicale de débitans de Nice», de 18 de agosto de 1944; «De la Raudière», de 25 de junio de 1937, y «Gras», de 11 de enero de 1935. Cfr. por todos GARCÍA-TREVIJANO, *Acometamiento cualitativo de la pretensión...*, op. cit., pág. 26 (frente a la doctrina contraria de CLAVERO ARÉVALO); ODENT, *Cours du Contentieux administratif*, París, 1954, páginas 616 y sigs.; VEDEL, *Cours de Droit administratif*, París, 1953-54; BONNARD, *Le détournement de pouvoir*, en «Revue du Droit Public», 1938, págs. 142 y sigs.; PRAT, *De la desviación de poder*, Montevideo, 1957, pág. 222.

(237) GARCÍA-TREVIJANO, *Tratado...*, op. cit., I, pág. 278.

(238) Así, el italiano, y en materia de limitaciones policíacas, el francés, en los que se admite el recurso de oportunidad. Cfr. GARCÍA-TREVIJANO, *Ibidem*, págs. 392 y 393.

(239) La fiscalización de las medidas adoptadas en circunstancias excepcionales acaso deba comprender la valoración, ya que al no existir a veces otra vinculación que la que representa el elemento sustancial del fin (interés público), sobre él ha de acumularse toda fiscalización, ponderando la medida en que la actuación fué oportuna y proporcionada a las exigencias de la manifestación del interés público en presencia. GARCÍA-TREVIJANO, *Tratado...*, op. cit., I, págs. 427 a 429.

terés público por la norma: o éste se ha determinado de forma *precisa*, declarándose qué deba entenderse por tal en determinadas hipótesis, o de forma *imprecisa*, es decir, estableciendo unos módulos para que se compruebe su existencia en un caso concreto (240). Pero este último supuesto debiera, a nuestro juicio, distinguirse de aquel otro en que no existe en la norma tal determinación, ni precisa ni imprecisa, porque ésta, desde un punto de vista estático y momentáneo, no se ha atrevido, dada la naturaleza contingente de la situación a regular o la complejidad, variedad o posible variación en el tiempo de determinadas categorías de relaciones sociales, a hacerlo a través de los tiempos, y ha creído más oportuno que sea la propia Administración la que, en cada caso concreto, *valore* qué deba entenderse por él. En este supuesto creemos que no hay determinación imprecisa, sino indeterminación por parte de la norma, que se limita a facultar a la Administración para que realice dicha determinación (241).

No se puede desconocer, desde luego, que las referencias o remisiones de la ley a ciertas particularidades, prácticamente constatable de los hechos, por un lado, y las autorizaciones que, por otra, la indeterminación

(240) GARCÍA-TREVIJANO (J. A.), *Tratado...*, op. cit., I, págs. 370 a 372.

(241) En tal sentido, el cuadro, magistral sin duda, que nos ofrece GARCÍA-TREVIJANO (*Tratado...*, op. cit., I, págs. 370 y sigs.) al determinar los posibles modos de relación entre el actuar de las personas y el bloque jurídico quedaría, en nuestra opinión, completado así:

A) Actuación no predeterminada por la norma, esfera en que se puede realizar todo lo no prohibido (libertad, predicable solamente de las personas físicas).

B) Actuación predeterminada, en la que únicamente se puede realizar lo permitido y que constituye una necesidad para que la actuación de las personas jurídicas (y mucho más de las públicas, a las que de modo especial nos referimos) sea legítima. En tal sentido BALLBÉ consideraba aplicable el viejo axioma: *quae non sunt permissis prohibita intelligentur*: Voz «Derecho administrativo» de la N. E. J. Seix. (LINARES, sin embargo, califica erróneamente como principio ontológico de la libertad el de «permisión de lo no prohibido» respecto al funcionario: *Poder discrecional administrativo*, op. cit., pág. 55). Esta necesaria predeterminación puede consistir:

a) En la determinación clara —explícita o implícita— (precisa, en cualquier caso) de qué deba entenderse en determinadas hipótesis por interés público y, por tanto, de cuál deba ser la actuación de la Administración (actuación vinculada; se utilizan conceptos directamente determinados).

b) En la determinación imprecisa de dicho interés —a través del establecimiento de unos módulos objetivos, trascendentes— que remiten a unos cánones que todo el mundo (especializado o no, según los casos) acepta, limitándose entonces la actuación administrativa a *constatar* (interpretar, si se prefere) en qué medida la situación fáctica se acomoda a ellos (actuación también vinculada; conceptos indirectamente determinados).

c) La norma renuncia a tal determinación y encomienda expresamente (se cumple la exigencia de predeterminación de la actuación) a la Administración la determinación, previa la *valoración* de las circunstancias en presencia, de que deba entenderse por interés público. Tal valoración no se hace, como en la anterior comprobación, de acuerdo con cánones que todo el mundo acepta (trascendentes), sino con los propios (inmanentes)

otorga, son tan multiformes, que sería en la práctica difícil agruparlas en la forma bipartita por nosotros pretendida. La realidad administrativa es lo suficientemente rica y varia para que no pueda encerrarse en fórmulas, por perfectas que sean, y siempre serán invocables casos en los que el mecanismo empleado no dé resultado. La flexibilidad, la infinita variedad de los hechos repugna a toda organización, a todo concepto general, necesariamente rígido y firme. Resultaría entonces ardua y acaso imposible la tarea de trazar una línea fija entre las distintas categorías que se señalan, y, desde luego, en muchos casos, la realidad nos ofrecería supuestos híbridos cuyo encuadramiento sería difícil.

Pero no puede tampoco negarse la necesidad de reconocer una gradación en la determinación de los conceptos que la ley utiliza (242) y, consecuente o inversamente, en las posibilidades de fiscalización de los mismos. Y puesto que, como hemos visto, sus consecuencias o efectos jurídicos son totalmente diversos, creemos que la distinción es jurídicamente defendible. «Una división jurídica está justificada científicamente cuando abarcando lo jurídicamente igual o semejante, separa lo jurídicamente diverso» (243).

Por ello, el propio GARCÍA-TREVIJANO, consciente de la distinción, habla, contraponiéndolas, de discrecionalidad y de interpretación, de valoraciones subjetivas y de comprobaciones empíricas, y aunque parece que refiere la presencia de las segundas al Derecho privado, al hablar de fiscalización de la discrecionalidad, nos distingue agudamente entre discrecionalidad subjetiva y objetiva, sujeta la primera a la libre apreciación del funcionario y difícilmente controlable, y amparada la segunda en *standards* objetivos y perfectamente enjuiciable (244), con lo que la pretendida in-

(242) «Los juicios jurídicos de valor, dice KELSEN, muestran una estratificación paralela a la que corresponde a las normas jurídicas». KELSEN, *La idea del Derecho Natural y otros ensayos*, Ed. Losada, pág. 255.

(243) MERKL (A.), *Teoría general del Derecho administrativo*, op. cit., pág. 112. Lo que no es sino una formulación del principio *omnis divisio debet-esse per opposita*.

(244) GARCÍA-TREVIJANO, *Tratado...*, op. cit., I, pág. 392. Esta misma distinción late, pese al carácter de directrices para la realización de la apreciación que FIORINI atribuye tanto a las reglas técnicas como a los *standards* jurídicos, en la monografía citada del A. sobre la *Discrecionalidad en la Administración Pública* (págs. 163 y sigs.). En contradicción, en efecto, con aquella naturaleza y con la predicada identificación de tales conceptos con la discrecionalidad, el autor, al examinar el control jurisdiccional de la misma, señala cómo la actividad discrecional no podrá salir de los bien cercados límites de los llamados *elementos objetivos* que producen el acto administrativo y de los que lo integran en su forma y objeto, elementos que o bien se hallan «mentados en las normas jurídicas respectivas o fluyen de los antecedentes exteriores del proceso de la discrecionalidad». Tales elementos objetivos suponen un límite de la facultad discrecional y, en consecuencia, cabe el control jurisdiccional para comprobar el acierto conseguido entre el dato objetivo citado o utilizado

tegración de ambas categorías dentro de la discrecionalidad le obliga, ya que parte siempre de una postura acertada y realista, a escindir su régimen jurídico, mientras, por otra parte, le atribuye características predicables sólo de alguna de las dos formas de la misma. Sólo, en efecto, pensando en supuestos de lo que él llama discrecionalidad objetiva, creemos

por la experiencia jurídica y el acto administrativo. Para el autor constituyen tales elementos objetivos no sólo las normas jurídicas, sino también las «Leyes ideales, los entes, los actos o acontecimientos exteriores, etc., susceptibles del conocimiento común y universal, sea del funcionario o de cualquier particular». Se considera necesario recalcar la importancia del elemento objetivo en toda su plenitud como objeto del conocimiento común humano, rechazando la tesis restringida que quiere verlo sólo en la disposición positiva de una norma. «El hacer administrativo es Ordenamiento de la realidad dentro de las directivas fijadas por la norma; en ese ámbito sensible donde se desarrolla la actividad, el administrador utiliza objetos del reino de la naturaleza, del reino ideal, del reino de la cultura y *los ajusta a la exacta* expresión en función del fin del acto que dicta». El control jurisdiccional encuentra entonces el dato específico de su función, en la confrontación del elemento objetivo a que se alude, «elemento impuesto por los diversos límites que surgen de la norma, de forma directa («elementos objetivos contenidos en las disposiciones mencionadas normativamente») o indirectamente («elementos objetivos que surgen del conocimiento sobre la realidad para condicionarlos a la realización del fin del acto»). El concepto mentado en la normativa debe referirse en forma rigurosa al objeto respectivo que existe en el ámbito (natural, ideal o cultural) en que actúa la Administración. El control jurisdiccional comprobará el acierto o desacierto entre *la expresión que lo menciona jurídicamente* y su *existencia como objeto*. En franca contradicción con cuanto sobre el papel de los mismos el autor dice en otro lugar (págs. 124 y sigs.; cfr. pág. 69 de este trabajo), se afirma categórica y acertadamente que cuando «el administrador debe tener en cuenta un dato objetivo cultural» mencionado en la norma de cuya aplicación se trata, «no realiza en ninguna forma labor de ponderación acertiva», sino que «constata el acierto objetivo entre el concepto respectivo y la realidad jurídica», lo cual no constituye una operación de ponderación «y menos aún de apreciación». El órgano jurisdiccional, por su parte, podrá confrontar si existe acierto entre el acto dictado y el dato objetivo cultural determinado (págs. 174 y 175). Cuando el administrador, añade, al realizar o dirigir el proceso de la discrecionalidad, falsea el fin objetivo de su actividad o desvía su razonamiento, anula datos objetivos de esencia ideal que dominan con señorío el proceso de lógica jurídica. El control jurisdiccional puede intervenir para constatar que se han infringido normas que, si no se mencionan en la Ley, rigen, sin embargo, en la actividad del pensamiento jurídico (págs. 178 y 179). De las consideraciones transcritas y de los ejemplos aducidos («peligro para la salud pública», «significación histórica de determinados objetos», «peligro», «gravedad», etc.) se infiere que para el autor la aplicación de los conceptos que reflejan tales objetos culturales no es discrecional, sino reglada, y aun en el supuesto de que su aplicación se conexione a la apreciación de la relevancia que para el interés público en presencia puedan aquéllos revestir, la indudable facultad discrecional estaría «condicionada» por la presencia real de tales objetos, de donde se infiere implícitamente una distinción entre discrecionalidad subjetiva, consistente en «esa ponderación o aprobación valorativa» y no controlable y una objetiva basada en esos elementos objetivos y perfectamente enjuiciable, con la diferencia de que, tanto de las observaciones del autor como de sus ejemplos, se deduce que ésta comprende no sólo la aplicación de lo que denominamos conceptos interminados por remisión a la experiencia común y general, sino también la de aquellos que lo están por remisión a la experiencia técnica.

haya podido concluir que «el precedente supone una autovinculación de la facultad discrecional».

Para nosotros, sólo en el primer caso —discrecionalidad subjetiva— hay indeterminación y, consecuentemente, discrecionalidad e imposibilidad —no sólo dificultad— de estimación de la pretensión (245); en el segundo hay determinación indirecta (a través precisamente de la tácita remisión que se hace a esos *standards*, de débil objetivización, si se quiere, pero en cualquier caso objetivos), inexistencia de discrecionalidad (no «discrecionalidad objetiva») y posibilidad de fiscalización (aunque aparezcan márgenes de apreciación de esos *standards*, que a veces serán muy amplios y difícilmente controlables).

Lo que ocurre es que el concepto jurídico indirectamente determinado presenta, como se ha dicho (246), un doble ámbito: *a*) el interno, es decir, su centro conceptual, su núcleo invariable; *b*) y su periferia, su zona de variabilidad, de estimación, de ambigüedad, sujeta a la penumbra de la incertidumbre. Pues bien, dicha zona se amplía a medida que los conocimientos a que la norma remite para su aplicación dejan de ser técnicos, especializados, y están insertos en la cultura común y general y, dentro de ésta, a medida que el objeto de los mismos deja de ser natural y se convierte en ideal o cultural; pero, permítasenos repetirlo una vez más, esa ambigüedad, que caracteriza la zona periférica del concepto, es cognoscitiva, no ontológica, y los inconvenientes o dificultades para su enjuiciamiento acertado no destruyen su carácter objetivo.

Pensando en dicha zona ambigua y teniendo en cuenta tales dificultades —que no se presentan sólo en la aplicación del concepto por la Administración, sino también en la posible revisión jurisdiccional de dicha aplicación— desarrolló BACHOF su doctrina del «ámbito de apreciación» (*Beurteilungsspielraum*); ÜLE, su parece teoría de *Vertretbarkeitskontrolle* (247), y JESCH, la del «halo del concepto» (*Begriffshof*), por diferencia de su «núcleo fijo» (*Begriffskern*) (248). Con la primera de tales expresiones —margen de apreciación—, después muy generalizada, se alu-

(245) Nos referimos a tal imposibilidad, con la salvedad hecha anteriormente de la desviación de poder.

(246) GRANVILLE WILLIAN, citado por VILLAR, *Apuntes...*, pág. 117. Aunque se habla de conceptos indeterminados, es claro que se está aludiendo a los que aquí hemos caracterizado como indirectamente determinados.

(247) Cfr. JESCH (D.), en su recensión al libro de FHMKE, *Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht*, en «Archiv des öffentlichen Rechts», 1961, 86 Band, pág. 493.

(248) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades...*, op. cit., pág. 174, nota 25.

día a un campo de interpretación y aplicación de conceptos por la Administración, que no podía, sin embargo, ser jurisdiccionalmente revisado (249).

Dicha doctrina, aceptada en general por la Jurisprudencia alemana —especialmente por el Tribunal administrativo federal (250)—, supone, como fácilmente se intuye, una caracterización doctrinal y unas consecuencias jurídicas totalmente contrarias a la teoría de GARCÍA-TREVIJANO; desde el primer ángulo de enfoque —caracterización doctrinal—, éste considera tal ámbito dentro del concepto de discrecionalidad —discrecionalidad objetiva—, mientras aquélla reconoce (acertadamente, en nuestra opinión) que se trata de un «campo de interpretación y aplicación de conceptos» y por ende, de la norma que los utiliza (251). Desde el segundo —consecuencias jurídicas—, GARCÍA-TREVIJANO, incongruentemente con lo que el concepto de discrecionalidad, debería, en nuestro entender, postular, pero acertadamente con lo que la naturaleza de tales conceptos exige, se pronuncia por la posibilidad de su fiscalización, declarando jurisdiccionalmente revisable la aplicación que de los mismos haya hecho la autoridad administrativa, mientras la doctrina alemana del «margen de apreciación», incongruentemente también con la verdadera naturaleza de campo de aplicación o interpretación que a los mismos ha asignado, se pronuncia, equivocadamente, creemos, por su no fiscalización: reconoce que se trata, al aplicarlos, de verdadera interpretación del sentido de la norma que los utiliza, pero —paradójicamente— declara tal aplicación irrevisable. No hace falta que insistamos en que, para nosotros, cuando se aplican a los casos concretos, nos encontramos ante una actividad de apli-

(249) «Bereich der Begriffsauslegung und -anwendung durch Verwaltungsbehörden, der gerichtlich nicht überprüft werden kann».

(250) La jurisprudencia alemana —y especialmente el Tribunal administrativo federal—, que ha aceptado, utilizándola sin un sentido crítico, dicha doctrina ha venido así a identificar prácticamente marco de discrecionalidad y ámbito de apreciación, desconociendo las fundamentales diferencias que la doctrina y la propia jurisprudencia han señalado existen entre discrecionalidad, entendida en el sentido de discrecionalidad de la actuación y aplicación e interpretación de conceptos jurídicos indirectamente determinados («indeterminados» en la locución alemana que, ya hemos dicho, se refiere a los que aquí caracterizamos como indirectamente determinados).

(251) Desde su propia perspectiva constitucional se ha podido plantear en Alemania la polémica sobre la posibilidad de que el legislador conceda en tal «ámbito de apreciación», admitida por BACHOF, BETTERMANN y WOLFF, o si, por el contrario, aquélla no cabe dentro del marco del artículo 19, IV de la Constitución y únicamente el Juez, a quien en cada caso corresponda, puede reconocer un tal campo de interpretación jurisdiccionalmente incontrolable: en los casos en que la revisión jurisdiccional de la recta interpretación de la norma por la Administración choque con dificultades prácticamente infranqueables, puede reconocerse por el Juez un tal ámbito de apreciación como compatible con el sentido de la Constitución. JESCH, op. et loc. cit., nota 247.

cación e interpretación del *único* sentido de la norma, y en cuanto tal, jurisdiccionalmente fiscalizable.

Las dos posibles fases de su determinación.

Ocurre a veces —y ello ha sido fuente de confusión tanto en nuestra doctrina como en nuestra jurisprudencia— que la aplicación de algunos conceptos jurídicos indeterminados se lleva a cabo por la Administración a través de dos fases, jurídicamente individualizables:

a) Una primera, en que la Administración, haciendo uso de la facultad discrecional que la norma le otorga, precisa —a través de un acto general no normativo (252)— el contenido del concepto, convirtiéndolo en uno determinado, unas veces en forma directa, otras indirectamente, esto es, mediante remisión a la experiencia especializada, o bien y a través de *standards* objetivados, a la común y general (253).

b) Una fase posterior, que consiste en la aplicación a casos particulares (individuales o plurales) del concepto, pero no ya del concepto indeterminado existente en la norma, sino de la determinación (directa o indirecta) realizada con anterioridad por la Administración.

La discrecionalidad, en este caso, se ha ubicado en un plano ante-

(252) Si lo hiciera a través de un acto normativo habría que entender que la naturaleza del concepto era la resultante de tal acto. Recuérdese cuanto se dice de la función determinadora de los conceptos por el «bloque jurídico», no exclusivamente por la Ley formal.

(253) Unas veces la Administración necesitará construirse esa unidad de medida, ese su propio sistema de medir y calcular de que habla GARCÍA-TREVIJANO (*Tratado...*, op. cit., I, pág. 379); otras, aun no teniendo necesidad de él, se lo prefabricará por estimarlo más conveniente; en cualquier caso, el dato de su «prefabricación» nos indicará que el concepto indeterminado se ha convertido en uno determinado (directa o indirectamente, según los casos). GARCÍA-TREVIJANO (si bien al exponer su concepto de la discrecionalidad, que no compartimos totalmente) ha expuesto un ejemplo claro de tal actuación. La posibilidad de otorgar gratificación especial a los funcionarios que hayan rendido a juicio de la Administración competente. Si previamente se establece que el rendimiento se apreciará, teniendo en cuenta las horas de servicio y la puntualidad en la asistencia, la Administración habrá precisado el concepto indeterminado de «mayor rendimiento» a través de esos dos datos (en el ejemplo, perfectamente constatables), creando su propia unidad de medida, habiendo hecho uso al crearla de las facultades discrecionales que se confirieron, por lo que no podrá volver a emplearlas al aplicar a cada caso esos dos datos empíricos. Ahora bien, si la Administración no ha fabricado previamente («prefabricado») esa unidad de medida (puntualidad y horario) con carácter general, dudamos mucho (aunque ésta parece la autorizada opinión de GARCÍA-TREVIJANO) que la primera aplicación a un caso individual sirva de pauta y modelo para la actuación posterior; por el contrario, creemos que la Administración podrá discrecionalmente apreciar el mayor rendimiento de cada funcionario, teniendo en cuenta en cada caso datos distintos. El control no afecta al acto que adopta la unidad de medida, como dice GARCÍA-TREVIJANO, loc. cit., pág. 392, sino sólo a los posteriores si dicha unidad se estableció previamente con carácter general.

rior a la concretización de los actos administrativos. De esto se deducen las consecuencias generales que hemos predicado de la distinción: en la primera fase la Administración obra discrecionalmente, su actuación no será fiscalizable, salvo por desviación, y no se podrá invocar, respecto a la determinación realizada, el precedente de que la Administración, en supuestos cuya *ratio decidendi* era idéntica, actuó de forma diversa, puesto que pudo hacerlo porque la norma le encomendó la valoración de qué debía entenderse por interés público en tal supuesto, o lo que es lo mismo, de cuál debería ser el contenido del concepto en ese momento, de acuerdo con las exigencias del interés público en presencia. Al «concretar» el concepto indeterminado, tanto por vía «general», creando «unidades de medida» (254), como por vía «particular», aplicándolo directamente a un supuesto «individual» o «plural» (255), la Administración utiliza la facultad discrecional que expresamente le confiere la norma que utiliza el concepto, y de cuya aplicación se trata; en cambio, al aplicar a casos particulares conceptos indirectamente determinados, *standards* objetivados (con independencia de que tales conceptos se contengan en las normas o los que haya creado la Administración a través de actos generales no normativos, en todo caso anteriores a su aplicación a casos particulares —individuales o plurales—), la Administración ha de actuar vinculadamente de acuerdo con «esos cánones que todo el mundo acepta» (256), o, lo que es lo mismo, de acuerdo con el resultado de la experiencia, y por ello su actuación es fiscalizable, y al impugnarla se podrá invocar, aparte la violación de ley, el precedente que, como jus-

(254) La expresión de GARCÍA-TREVIJANO, *Tratado...*, op. cit., I, pág. 378.

(255) En la lectura del texto téngase en cuenta que suscribimos la clasificación de los actos administrativos en *abstractos* (normativos) y *concretos*, distinguiendo dentro de éstos los *generales* de los *particulares*, y como especies de estos últimos los *individuales* y *plurales*. Cfr. GARCÍA-TREVIJANO, *Tratado...*, op. cit., I, págs. 269 y sigs.; MARTÍN-RETORILLO (L.), *Actos administrativos generales y reglamentos. Sobre la naturaleza de la convocatoria de oposiciones*, en el núm. 40 de esta REVISTA, págs. 225 y sigs.; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición*, en el núm. 29 de esta REVISTA, págs. 101 y sigs.; MELÁN GIL (*La distinción entre norma y acto administrativo*, 1967) llega a la conclusión de que entre «norma» y «acto administrativo» (¿aquella no es un acto administrativo cuando emana del Ejecutivo?) existen casos intermedios que no pueden ser reconducidos absolutamente a alguno de los extremos, lo cual es cierto, como también lo es que tales «casos intermedios» (actos generales y plurales) no son, sin embargo, supuestos híbridos, hermafroditas, sino categorías a se en una racional y completa clasificación de los actos administrativos. Cfr. asimismo de la literatura extranjera, SANTANIELLO, *Gli atti amministrativi a contenuto non normativo*, Milano, 1963; RAINAUD (J.-M.), *La distinction de l'acte réglementaire et de l'acte individuelle*, París, 1966, y nuestra recensión a esta monografía, en el núm. 53 de esta REVISTA.

(256) GARCÍA-TREVIJANO, *idem.*, pág. 375.

tamente ha subrayado GARCÍA-TREVIJANO (257), servirá «de vehículo para detectar la violación de la unidad de medida», es decir, de esa unidad de medida que se contenía en la norma o que la Administración había prefabricado.

Una interesante sentencia del Tribunal Supremo (258) ha realizado, acaso inconscientemente, una aplicación interesante para la postura que mantenemos, al admitir que «resultaba patente y claro que el recurrente (concurante a una plaza de recaudador de un Ayuntamiento) reunía mejores condiciones en cuanto a la competencia profesional y garantía financiera» que aquel a quien se nombró, atrevida solución, a la que ha podido llegarse no, a nuestro juicio, porque se estimase que el acto de nombramiento estaba viciado de desviación de poder (259), como expresamente se afirma en alguno de los Considerandos de la sentencia, ni, menos, como se ha sostenido (260), porque, aunque no se diga, se considerará el concepto de «concurante más competente y de más garantía» como un concepto jurídico indeterminado que excluye toda discrecionalidad, sino porque la presencia de ésta y de aquéllos no subsiste sino mientras la Administración municipal no ha establecido aún las bases del concurso, y al establecerlas, regló la facultad discrecional que detentaba para la provisión de la plaza, convirtiendo el concepto jurídico indeterminado implícitamente existente (el Ayuntamiento podía nombrar al que le pareciera *más apto*, sin más), en uno «indirectamente determinado», es decir, determinado por la remisión que, para completar su contenido, se hace —a través de *standards* objetivizados— a la experiencia de quien hubiese de nombrarlo. No es ya la libertad de elección del que, a juicio de

(257) *Idem.*, pág. 379.

(258) 24 de octubre de 1959. Ponente, señor CERVÍÁ CABRERA.

(259) Aunque no nos corresponde entrar en ello, en la sentencia existen evidentes contradicciones. En efecto, se alude a la desviación de poder en que se ha incurrido al dictar el acto, señalándose expresamente que se trata de uso indebido o erróneo de facultades discrecionales, afirmando, por otro lado, que habiéndose ya autolimitado la Administración municipal al establecer las bases del concurso no existen facultades discrecionales al resolver. Por otra parte, si esto es cierto, no puede hablarse de desviación de poder, ya que éste es un vicio de «la parte discrecional del acto administrativo» nunca detectable, pese a dicha sentencia y a la expresa declaración contenida en la de 1 de diciembre del mismo año y ponente, recogida inexplicablemente por CLAVERO (*La desviación de poder en la reciente jurisprudencia del T. S.*, en el núm. 30 de esta REVISTA, páginas 105 y sigs.) en la parte vinculada del acto. En el mismo sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA (*La lucha...*, op. cit., pág. 175), y refiriéndose a dicha sentencia de 24 de octubre de 1959, combate que la desviación de poder sea la única vía de penetración en el bloque de las facultades discrecionales. Vid. contra GARCÍA-TREVIJANO FOS, *Acotamiento cualitativo de la pretensión administrativa*, en el núm. 38 de esta REVISTA, págs. 26 y sigs.

(260) NIETO (A.), *Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria*, en el núm. 44 de esta REVISTA, pág. 155.

aquél, fuera más apto, sino la «vinculación al resultado de la comprobación de la diversa competencia profesional y garantía financiera» de cada uno de los concursantes, a que remitía la base 15 del concurso; allí —funcionario más idóneo, sin más— se trataba de una materia opinable, sobre la que cabrían varias soluciones igualmente justas y jurídicamente equivalentes y, en consecuencia, elección discrecional y no fiscalizable; aquí, en cambio, tras la conversión realizada por la base 15 aludida, se trata no de algo opinable o enjuiciable, sino de algo constable, de *standards* objetivos que, con un margen mayor o menor de error en la apreciación, son comprobables, y en cuya aplicación no puede haber sino una solución justa, no siendo, en consecuencia, la elección discrecional sino reglada y susceptible, por tanto, de ser fiscalizada.

Si al fijar las bases del concurso la Administración municipal hacía uso de sus facultades discrecionales eligiendo *voluntivamente* (sin olvidar, desde luego, el límite que para tal voluntad supone siempre la imposición, entre otros, del elemento fin) cuál de los medios sería más idóneo para la satisfacción del interés público en presencia, al resolver el concurso de acuerdo con la autolimitación que se impuso en tales bases, no hace —en cambio— sino *comprobar* en qué concursante se dan en grado superior esos dos *standards* que la base 15 estableció: experiencia profesional y garantía financiera. Precisamente porque se trata de unos conceptos que la citada base del concurso ha determinado, si bien indirectamente, es decir, remitiendo a la experiencia del órgano decisor, el Tribunal Supremo ha podido sustituir la *comprobación valorativa* (261) realizada por aquél, examinando en los últimos Considerandos de la sentencia cada una de las circunstancias que extrinsecan esas mejores condiciones de competencia y garantía que se buscaban. Solamente en base a tal consideración, y puesto que no existe ni implícita ni explícitamente una remisión de la norma a la valoración de la Mesa Tribunal (como ocurre normalmente en los casos de exámenes por Tribunales mediante una habilitación excepcionalmente justificada, en la imposibilidad de sustitución de sus juicios) puede admitirse la corrección del fallo de dicha sentencia.

Postura jurisprudencial.

Nuestra jurisprudencia contencioso-administrativa, retrasada y vacilante, va, pues, evolucionando, atisbando la relación existente entre los distintos conceptos (en orden al grado de su determinación legal) y las facultades discrecionales. Así, la sentencia de 28 de abril de 1964, si bien man-

(261) Cfr. el sentido que damos a la expresión en la pág. 246 de este trabajo.

tiene la confusión en la denominación que hemos visto también en la doctrina alemana, realiza, sin embargo, una clara separación entre conceptos indirectamente determinados (a los que equivocadamente, según nuestra opinión, llama indeterminados) y la discrecionalidad, al afirmar claramente, recogiendo la técnica jurídica más moderna, que «las facultades discrecionales se caracterizan por la pluralidad de soluciones justas posibles, entre las que libremente puede escoger la Administración, según su propia iniciativa, por no estar comprendida dentro de la norma la solución concreta, mientras que el concepto jurídico indeterminado (ruina, precio justo, utilidad pública, etc.) (262) es configurado por la Ley (263) como un supuesto concreto, de tal forma que solamente se da una única solución justa en la aplicación del concepto a la circunstancia de hecho», como sucede en la que se realiza del concepto de justo precio a unos bienes expropiados, pues en tal aplicación el Jurado «no es libre para decidir a través de un proceso volitivo de discrecionalidad, entre varios posibles justos precios, sino que, realizando un proceso de juicio o estimación, ha de atenerse necesariamente, sin libertad de decisión, a las circunstancias y características reales que ha de calificar y al sentido jurídico preciso que la Ley ha asignado al concepto del justo precio, para determinar, a través de su valoración, no cualquier posible justo precio, sino el precio que real y efectivamente sea el verdadero y justo, y por ello, dicha función, al no admitir más que una solución adecuada y conforme a la norma, constituye un proceso de subsunción de la categoría de justo precio en el supuesto concreto que se contemple, es decir, se trata de un supuesto normal de aplicación del Derecho sometido sin traba alguna, por eso precisamente, a la función jurisdiccional, encargada de velar por la recta aplicación de la Ley al mundo de los hechos». Se observa, pues, una enunciación de la doctrina que estimamos correcta, ya que si bien equivocadamente se denomina indeterminados a tales conceptos (justo precio, ruina, utilidad pública), no cabe duda de que se está refiriendo a los que hemos calificado de indirectamente determinados, de aplicación vinculada y, por ello, fiscalizable. Dicha revisabilidad, cuando de tales conceptos se trata, no es sino la disolución en conceptos fácticos, experimentales. Cuando tal escisión es posible, tendremos un concepto indirectamente

(262) El razonamiento se refiere, pues, tanto a los conceptos indirectamente determinados por remisión a la experiencia común y general (precio justo, utilidad pública), como a los que lo están por remisión a la experiencia técnica (ruina).

(263) Puesto que no parece referirse a ninguna Ley en concreto, se emplea el término en su sentido material, y, por tanto, debiera haberse empleado en minúscula «ley».

determinado que vincula a quien lo aplica y que es normalmente (264) revisable; en otro caso, estaríamos ante un concepto indeterminado.

Vemos, pues, que en la medida en que son vinculadas las facultades que se ejercen al aplicar conceptos que remiten a la experiencia común y general, han podido ser judicialmente revisadas, sin apoyarse en la desviación de poder, sino en la disconformidad con la norma o en la no correspondencia del presupuesto fáctico con el concepto por ella utilizado (265).

(264) Incluimos este adverbio para hacer la salvedad de la excepción de las «habilitaciones rigurosamente personales» (exámenes ante Tribunales oficiales, por ejemplo) de que habla NIETO, tomándolo de KELLNER (cfr. *Reducción jurisdiccional...*, op. cit., pág. 156).

(265) Cfr. así la confirmación de la aplicación realizada del concepto «conducta irregular» como figura integradora de la falta de probidad profesional del apartado A) del artículo 106 del Reglamento de funcionarios en la sentencia de 2 de marzo de 1964 y una revisión de la inadecuada aplicación de dicho concepto en la de 26 de octubre de 1963. Igualmente se puede cfr. una estimación de determinadas circunstancias como contrarias al concepto de «decoro público» en la sentencia de 16 de marzo de 1962; una confirmación de la aplicación a determinadas circunstancias de hecho del concepto «ausencia inequívoca de moralidad» establecido en el núm. 1 del artículo 374 del Reglamento de Policía gubernativa de 25 de noviembre de 1930, en la sentencia de 14 de junio de 1963, e igualmente en la de 19 de julio de 1962 y en la de 10 de mayo de 1965; una revisión de la aplicación del concepto «indisciplina contra los jefes» del artículo 54 del Reglamento orgánico del personal de Correos se encuentra en la sentencia de 12 de mayo de 1965, y una confirmación de la aplicación realizada del concepto «abandono del servicio» de dicho Reglamento, en la de 2 de junio de 1964. Una revisión de la inadecuada aplicación del de «irrespetuosidad en actos de servicio» del artículo 103 del Reglamento de funcionarios, declarándolo no aplicable al hecho de jugar a las cartas en horas de servicio, se ha hecho por la sentencia de la A. T. de Burgos de 22 de noviembre de 1962. Dicha A. T., y en sentencia de 6 de noviembre de 1961, revisó asimismo la aplicación del concepto de «falta de probidad», rechazando una aplicación del mismo que pretendía comprender en él la moral sexual del funcionario, revisión que se hace de acuerdo con la jurisprudencia del T. S. y descartando el concepto amplio del Diccionario de la Lengua. La sentencia del Tribunal Supremo de 6-2-63 revisa, modificándola, la calificación jurídica de los hechos que se pretendía integraban el concepto de «desobediencia», precisando que ésta supone el incumplimiento de una orden o requerimiento previo individualizable.

Al revisar la aplicación de tales conceptos, la jurisprudencia muchas veces ha recurrido al sentido gramatical de los vocablos a través de los que aquéllos se expresan. Así, la sentencia de 18 de mayo de 1965 para fundamentar la pretendida «negligencia» (según el artículo 62 del Reglamento de funcionarios de 9-IX-18) arguye que gramaticalmente ésta significa, según el Diccionario de la Lengua, «descuido, omisión, falta de diligencia y aplicación», circunstancias que no concurrían en el caso concreto. Una confirmación de la aplicación de este concepto, según los artículos 39 y 40 del Reglamento del Cuerpo de Guardería Forstal del Estado de 30 de diciembre de 1941, puede verse en la sentencia de 4 de mayo de 1964. Una aplicación del concepto de «informalidad en el despacho de los asuntos» puede verse en la sentencia de 18 de mayo de 1965. Ver asimismo la concretización realizada por las sentencias de 14 de febrero y 18 de abril de 1953 y la de 15 de abril de 1964, del concepto de «equitativa proporción» de la distribución de los gastos en las comunidades de regantes (artículo 233 de la Ley de Aguas).

La clasificación a la luz del mecanismo de aplicación de los distintos tipos de conceptos.

La discriminación conceptual ensayada se clarifica si observamos el mecanismo de aplicación de los mismos. Evidentemente los conceptos se dan para la aplicación de la ley, para la realización del Derecho; pues bien, observando el funcionamiento de los mismos en tal realización, queda patente su diversa naturaleza. Dicha realización supone dos momentos lógicos anteriores, que recuerdan la propia estructura del silogismo:

1.º Determinación exacta de la significación o contenido del concepto (operación que se correspondería con el establecimiento de la premisa mayor).

2.º Constatación de si se da o no tal contenido en una determinada situación (premisa menor).

Pues bien, dentro de los conceptos jurídicos determinados y en la primera de sus especies (determinación directa), la premisa mayor viene establecida por la ley. Si ésta fija la mayoría de edad en los veintiún años, la aplicación del concepto «mayoría de edad» requiere únicamente la comprobación de la fecha de nacimiento de un individuo.

Dentro de los supuestos de determinación indirecta, en el caso de los conceptos determinados por la ley en virtud de su remisión a la común experiencia, también la premisa mayor está ya establecida por dicha experiencia, limitándose asimismo la aplicación a la simple comprobación de si se da o no en un caso concreto. La actividad administrativa, como la judicial en su caso, se limita en tales supuestos a comprobar en qué medida el caso concreto está comprendido en el concepto, cuyo contenido la norma ha fijado (indirectamente), aceptando el que, según las circunstancias de lugar, tiempo, personales, etc., exista en la conciencia común. Tal actividad no es entonces sino aplicación de un concepto, y en cuanto tal, de la norma que lo utiliza, y tal aplicación supone necesaria y simplemente una actividad intelectual que «no necesita ni puede —ni siquiera en estos casos— transformarse en actividad creadora, en obra de la voluntad» (266). La persona que ha de aplicar el concepto ya tiene una

(266) En tal sentido, DONATI (D.), *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, op. cit., págs. 211 y sigs., refiriéndose precisamente a los conceptos que en el texto calificamos de indirectamente determinados por remisión a la experiencia vulgar que, como vimos, él denomina utilizando las expresiones de WURZEL y POLACCO, respectivamente, «conceptos-válvula» y «órganos respiratorios»: los conceptos de buen padre de familia, ofensas al honor, reputación o decoro de una persona, injuria, causa torpe, buenas costumbres, orden público, fe pública, insulto e injuria grave a que se refiere, y respecto a cuya aplicación concluye cuanto afirmamos en el texto, no dejan lugar a dudas.

idea de que ha de entenderse, por ejemplo, por diligencia de un buen padre de familia, y lo único que ha de hacer es comprobar si en el supuesto contemplado se ha actuado con dicha diligencia.

El caso de conceptos jurídicos indirectamente determinados mediante remisión a conceptos técnicos, no se diferencia sustancialmente del anterior, si bien sólo puede aplicarlos quien posea la especialización técnica que el concepto requiera. Quien quiera determinar si la situación que se corresponde con el concepto de salud se da o no en un sujeto determinado, no ha de hacer otra cosa que comprobar si en el mismo se dan las condiciones o circunstancias que la Medicina ha señalado como propias para tal estado.

En el segundo caso (conceptos jurídicos indeterminados), como advirtió hace tiempo y con certera intuición MICHOUÉ (267), tal premisa la forma la persona u órgano que ha de aplicar el concepto, actuando como legislador, porque su voluntad está reconocida como contenido dogmático de la norma que se aplica. Recuérdese el ejemplo del concepto «mayor idoneidad». En este caso la labor de aplicación es doble: primero, formar dicha premisa mayor, precisando el contenido o significación del concepto («será más idóneo el que, por ejemplo, tenga una experiencia mayor»); después, comprobar en qué funcionario se da.

Dicha labor comprende evidentemente un «plus» axiológico, sobre la mera función lógica a que nos hemos referido, en la determinación de dicha premisa mayor y en la comparación de las circunstancias del caso que integran la menor (268).

Al aplicar conceptos jurídicamente determinados, cualquiera que sea —directa o indirecta— la forma de tal determinación, el órgano administrativo *interpreta* el único sentido expresado en la norma que los utiliza y de cuya aplicación se trate (269); su única función es entonces analizar si las peculiaridades del supuesto o, en su caso, los perfiles del objeto o los matices conocidos de la conducta, se corresponden con el contenido dogmático del concepto, enunciado por la norma; el órgano se limita, y como decimos más arriba, a subsumir silogísticamente la premisa menor del caso en la mayor de la ley, a comprobar en qué medida está presente una especie del género legal.

Cuando, por el contrario, de la aplicación de conceptos indeterminados se trate, el órgano no interpreta el único sentido de la norma, sino

(267) MICHOUÉ, *Etude sur le pouvoir discretionnaire de l'Administration*, París, 1913.

(268) Cfr. LINARES, pág. 124.

(269) Interpretar, se ha dicho, es «conocer cuál es el sentido que algo expresa». Cfr. LINARES, *idem.*, pág. 39.

que elige, previa valoración jurídica de las circunstancias en presencia, de entre los diversos sentidos de la misma el que crea más oportuno para el interés público; el sentido axiológico de «interés público» se vivencia a través de las circunstancias del caso.

En el primer caso, la determinación —creación— del concepto se ha hecho por la norma; en el segundo se hace por el acto de aplicación: el contenido dogmático del concepto lo establece allí la propia norma, mientras aquí ésta pone la propia voluntad del órgano como contenido dogmático; allí cabe una constatación, una revisión de la labor aplicativa, en todo caso; aquí, sólo en el supuesto de que la elección se haya hecho fuera de los varios sentidos posibles de la norma (es decir, fuera de la idea de interés público).

Ahora bien, de la misma forma que la valoración de las circunstancias y creación del concepto no son, en este segundo caso, enteramente libres, habiéndose de desarrollar dentro del ámbito marcado por el Ordenamiento, y especialmente dentro del campo de la concreta manifestación del interés público en presencia, tampoco en el primero la labor aplicativa es mero automatismo (270). Puesto que las normas a veces no determinan «total-

(270) Frente a la vieja concepción de la posición del Juez, como ser inanimado, como boca que pronuncia las palabras de la Ley (MONTESQUIEU), como voz de la Ley (DONATI), como esclavo de la Ley (BOCKELMANN), como puro aparato de subsunción legal (BACHOF), la moderna doctrina «ha hecho patente definitivamente que en toda decisión judicial (y la afirmación puede aplicarse a la integridad del proceso de aplicación del Derecho, aunque no toda tenga la *auctoritas* de la aplicación por el Juez) se reproduce necesariamente en mayor o menor medida el proceso de creación o producción del Derecho, que en toda interpretación judicial de una norma hay necesariamente una conformación valorativa de esta norma, que toda decisión judicial entraña una decisión originaria sobre el orden jurídico». Cfr. la argumentación al respecto de GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, en el núm. 40 de esta REVISTA, págs. 193 y sigs., que del brazo de la doctrina de ESSER se ha pasado, en nuestro entender, al extremo opuesto de considerar la interpretación como actividad creadora y, en consecuencia, la jurisprudencia como auténtica fuente del Derecho «y entre las más efectivas», no sólo por vía de adhesión o adherencia a la Ley (interpretación aclaratoria o correctiva), no como «simple apéndice de la Ley y como una prótesis pudorosamente oculta de sus imperfecciones, sino como una parte funcionalmente normal y necesaria de la creación en general de conceptos jurídicos», doctrina que nos parece en contradicción íntima con la característica que el autor había señalado en un trabajo anterior (*La lucha contra las inmunidades del poder...*, op. cit., en el núm. 38 de esta REVISTA, págs. 172 y sigs.) como peculiar de su concepción de los conceptos jurídicos indeterminados (en general «indirectamente determinados», para nosotros): «la unidad de solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta», o se da o no se da el concepto *tertium non datur*. No vemos cómo encontrar en ese «proceso de juicio o estimación, que ha de atenerse, necesariamente, por una parte a las circunstancias reales que han de calificarse, por otra al sentido jurídico preciso que la Ley ha asignado, con la intención de que la solución posible sea sólo una», esa obra de la voluntad que la actividad creadora necesariamente supone.

Sobre la determinación de la posición jurídica del Juez en la aplicación de la Ley,

mente la conducta que ellas regulan (y no se olvide que las normas no conceptúan sino conductas, aunque se valgan para ello de conceptos cuyo objeto sea natural, ideal o cultural), la propia interpretación tiene en esas ocasiones un sentido «parcialmente» creador. Fué, como se sabe, la teoría pura del Derecho la que resaltó, frente al positivismo intelectualista del Derecho privado, el arbitrio necesario que hay en toda interpretación del Derecho para su aplicación; arbitrio configurado —utilizando la conocida frase de MERKL (271)— como «una necesidad fundada jurídico-técnicamente en la esencia de la ejecución como concretización de una norma abstracta». Es indiscutible la exageración que se contiene en dicha teoría, ya que «no siempre» aparece ese arbitrio, que ha llegado a calificarse de necesario, en cuanto consustancial al *ser* mismo del Derecho (272). La aplicación de un concepto cuyo objeto sea natural, matemático (273), no precisa de «ese complejo proceso espiritual de la valoración jurídica, mediante un razonamiento espírico-dialéctico», a que alude la doctrina de referencia.

Cuando se trata, en aplicación de la Ley, de determinar «si un inmueble tiene o no 10 metros de frente —exagera LINARES—, no es que no medie también un cierto arbitrio de intérprete, sino que este arbitrio es más restringido» que en los otros supuestos, afirmación cuyo evidente error nos exonera de mayor argumentación (274). Es indiscutible, sin embargo, que cuando la naturaleza del objeto del concepto sea ideal o cultural, cuando su *substratum* real, inmediato, sea conducta humana, cuando se trate de realidades cualitativas, en toda labor aplicativa del concepto y, por tanto, en la interpretativa de la norma que lo ha determinado, es necesaria una cierta valoración de las circunstancias del caso y del sentido de la norma,

siguen siendo magistrales las consideraciones —aplicables a cualquier otro proceso de aplicación normativa— de DONATI (D.) (*El problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, op. cit., especialmente las contenidas en las págs. 275 a 220). En contra del carácter de verdadera fuente del Derecho de la jurisprudencia y de los supuestos (Derecho inglés, sentencias de los Tribunales constitucionales que conectan las Leyes formales con los principios de justicia material, sentencias judiciales en los conflictos colectivos de trabajo) en que tal carácter ha de admitirse, cfr. las observaciones, que suscribimos, de GARCÍA-TREVILJANO, *Tratado de Derecho administrativo*, I, op. cit., págs. 197 y 198 y 287).

(271) MERKL, *Teoría general del Derecho administrativo*, op. cit., pág. 190.

(272) LINARES, *Poder discrecional administrativo*, op. cit., págs. 15 y sigs.

(273) Así, los conceptos de «mayoría de edad», «nacimiento de una persona», «pedrisco», «unidad de explotación de tipo medio» —no superior a 18 hectáreas— (de la Ley de Colonización de 26 de abril de 1946), etc.

(274) No quiere con ello decirse que la aplicación sea entonces mero automatismo, sino que la pretendida aportación personal, a través de la valoración de las circunstancias del caso, es irrelevante no acaso para el resultado, pero sí para la configuración del concepto. Recuérdese la bella imagen de RENARD, aplicable al respecto: «Junto a las notaciones cuantitativas, la música emplea también notaciones cualitativas, abandonadas a la apreciación personal del ejecutante» (*Introducción*, op. cit., II, pág. 118).

para contrastar en qué medida aquél se corresponde con las realidades o valores que ha pretendido captar ésta; en tales supuestos la labor aplicativa no es totalmente automática, mecánica y externa, ya que al aparecer entonces cierta indeterminación en los perfiles no esenciales del concepto (275), la apreciación de los mismos corresponderá al órgano que realice tal aplicación.

La valoración a que hemos aludido será, obviamente, más necesaria en los conceptos indirectamente determinados que en los determinados de modo directo, y dentro de éstos, mayor en los fijados de forma implícita que en los explícitamente formulados. En los primeros es innegable tal valoración respecto a cada una de las múltiples circunstancias que pueden resultar necesarias para integrar el concepto (276); pero no sólo, sino además, y puesto que algunas de ellas pueden tener sentidos contrarios, será necesario elegir las esenciales y, en cuanto tales, rectoras, es decir, las que en función del concepto que se ha de aplicar, van a servir «de núcleo de sentido» para su elaboración, elección que no debe olvidar, por otra parte, la necesidad de contemplar, de un lado, el todo de la imputación normativa y, de otro, el todo de la conducta imputable, de tal forma que ninguno de los elementos de la norma que utiliza el concepto y de cuya aplicación se trate y ninguna de las circunstancias del caso de conducta a que se refiera, sea mentalmente separado del todo estructural a que pertenecen. A pesar de todo y en cualquier caso, la labor aplicativa fundamental supondrá interpretación del único sentido del concepto y confrontación de la medida en que las circunstancias del caso con él se corresponden; la eventual diversidad en el resultado sería debida a una causa gnoseológica, no ontológica.

Finalmente, y para terminar, queremos subrayar cómo en la aplicación de la diferenciación que propugnamos no se debe olvidar que los conceptos no son las realidades (277), y que éstas se resisten (y en De-

(275) Si aparecieran en los perfiles esenciales, el concepto no estaría directamente determinado; por ello creemos sea necesario utilizar exclusivamente el resultado de la experiencia y que de la norma no se deduzca atribución de potestad discrecional.

(276) Piénsese, por ejemplo, en conceptos de conducta inmoral, proceder intachable, etc.

(277) En efecto, como se sabe, el concepto representa una actividad creadora. Concebir no es (ПЕТРОСЧИ), sino «recibir el germen de una nueva vida»; «la mente del hombre, como el útero materno, recibe (concibe) el germen exterior y lo elabora en sí, donde aquella que ha recibido forma la vida nueva». Lo que ha recibido es la imagen de un objeto (que puede ser conducta humana) o bien una cantidad de imágenes de las cuales extrae, mediante su descomposición, la cualidad con la cual o con alguna de las cuales recompone el concepto, que es, por tanto, un complejo de caracteres o cualidades (cfr. CARNELUTTI, *Metodología del Derecho*, Méjico, 1940, págs. 75 y sigs.). Por ello a veces se ha definido el concepto como la suma de las notas esenciales del objeto, significándose

recho más que en cualquier otra disciplina científica) a encuadrarse en compartimientos estancos. Habrá que tener cierta elasticidad para plegar las circunstancias propias del caso particular a la categoría conceptual

(MÁYNEZ, *La lógica...*, op. cit., pág. 35) cómo su función en el proceso cognoscitivo consiste precisamente «en indicar lo que el objeto es o como el objeto es», por lo que se explica, al decir de CARNELUTTI, que a los caracteres del fenómeno que se hayan escogido para formar el concepto se les suela denominar requisitos de éste, en cuanto tales caracteres son requeridos para que el fenómeno pertenezca a una categoría y, por consiguiente, a un *genus*. Ahora bien, si se recuerda que el concepto, cualquiera que sea su especie, está referido a un objeto con el cual, sin embargo, no se identifica, parecerá obvio que las cualidades del objeto no se confundan con las referencias mentales a dichas notas, ya que en este caso faltaría la referencia al objeto en concreto que posee esas notas, cuyas referencias mentales se intenta integren el concepto. En consecuencia, ante esa falta de total coincidencia y ante la reflexión de que sólo algunas de las cualidades del objeto son relevantes para la formación del concepto, pues de otra forma no se obtendría el *genus* necesario para el mismo, habrá que concluir que éste queda siempre más pobre y más simple que el fenómeno, del que no es «su fotografía, sino su caricatura» (CARNELUTTI); de ahí la observación final que hacemos en el texto, ya que ni aun en los supuestos de conceptos directamente determinados, explícitamente formulados y que, además, respondieran a sus verdaderos caracteres extrajurídicos —en el caso de que el concepto existiera con anterioridad— o se formulara con el mismo significado y la misma impostación en todas las normas en que se utilizara —en el supuesto de que por éstas hubiera sido *ex novo* creado—, nos encontraríamos ante conceptos innatos, en el sentido platónico, ya que éstos no pueden obtenerse por abstracción, ni con los conceptos aristotélicos, definidores de la esencia, universales y necesarios, ni con la síntesis *a priori* kantiana, unificación de lo necesario y universal y de lo contingente. Permaneceríamos, por el contrario, siempre ante pseudo-conceptos empíricos, abstraídos del mundo de lo sensible y ligados, en consecuencia, a determinadas experiencias históricas y a determinadas tradiciones, lo que evidentemente no es de lamentar, puesto que, como se ha subrayado [JEMOLO (A. C.), *Ancora sui concetti giuridici*, en *Pagine sparse di Diritto e Storiografia*; Milán, 1957, pág. 138], el *quantum* de validez teórica de los conceptos no es proporcional a la abstracta correspondencia entre los resultados y las normas o esquemas formales de una lógica preconcebida, sino a la que pudiera existir entre aquéllos y la concreta fecundidad práctica que pudieran poseer.

Ahora bien, que los conceptos sean la caricatura del fenómeno no quiere decir que sean realmente opuestos a él, que sean su reverso, que es la conclusión a que llega MARX, al examinar la relación entre la superestructura ideológica y la realidad social que es su base, afirmando que existe una decisiva contradicción, un antagonismo entre la forma visible en que aparecen las cosas, su apariencia o superficie ilusoria, su forma fenoménica (*Erscheinungsform*) y la verdadera esencia interna, oculta o disfrazada por la apariencia externa, su verdadero fondo oculto (*verborgenen Hintergrund*). La primera aparece directa y espontáneamente como modo corriente del pensamiento; la segunda debe ser descubierta primero por la ciencia. La realidad tiene así dos capas: una realidad externa, visible, pero ilusoria, y por tanto ideológica; y una realidad interna, invisible (porque la oculta la capa externa), pero verdadera, *real*. Las ideas son sólo imágenes de las cosas reales y la conciencia es un espejo que refleja las imágenes de las cosas. Las contradicciones lógicas son defectos de la conciencia, y los defectos del espejo no pueden ser interpretados como defectos de las cosas. Sin fijarse en la propia contradicción que encierra la afirmación de una «realidad ideológica» ni en el pleonasma que supone hablar de una «realidad real», MARX termina, no por oponerlas solamente, sino fundamentando en su antagonismo la contradicción entre dos ideologías: lo que MARX llama «forma fenoménica» de la realidad, dice Kelsen, es la realidad tal cual la ve la pervertida concepción de la ideología bur-

más afín; habrá que cohonestar las exigencias de la lógica con las sugerencias de la equidad, porque, como decía RENARD, el conceptualismo es una herramienta fecunda para las inteligencias finas; es un instrumento de ruina para las inteligencias geométricas (278).

guesa, es decir, el reflejo ideológico de la realidad en la conciencia burguesa; la realidad interna y *real*, el fondo oculto de la realidad no es sino la realidad vista por otra concepción, la ideología socialista, un cuadro de la realidad que corresponde a su ideal de justicia. Partiendo de este punto y para conciliar la identificación hegeliana de razón y realidad (lo Racional es real y lo Real racional) con su crítica a la realidad social (sabido es que toda su filosofía tiende a demostrar que la realidad social existente es irracional), MARX distingue en la realidad un contenido racional y una forma irracional; el primero se corresponde con la esencia interna, verdadera de la realidad; la segunda, con su apariencia o superficie ilusoria; el primero —y esto es importante— es una *norma*, un debe (Sollen), que en HEGEL era el valor absoluto, inmanente en la realidad, y para MARX su ideal socialista. Gran parte de su doctrina no fue —como se sabe— sino la aplicación de un tal razonamiento al Estado. Cfr. KELSEN, *Teoría comunista del Derecho y del Estado*, Buenos Aires, 1957, págs. 37 y sigs.

(278) RENARD, *Introducción...*, op. cit., II, pág. 144.

JURISPRUDENCIA

