

Las cláusulas generales, entre teoría analítica y dogmática jurídica*

PIERLUIGI CHIASSONI**

Sumario: 1. VELLUZZI y las cláusulas generales. 2. ¿Cuál aparato conceptual para la teoría y la dogmática de las cláusulas generales? 3. ¿Cuál noción de cláusula general? LIBERTINI vs. VELLUZZI. 4. ¿Redefinición semántica o redefinición pragmática? 5. ¿Cuál indeterminación? 6. Integración valorativa de la cláusula general e interpretación. 7. Elasticidad de las cláusulas generales: ¿doble o triple?

Resumen: A partir de un reciente estudio de VITO VELLUZZI, el artículo propone una reconstrucción alternativa del concepto de cláusula general, respetuosa de la pluralidad de posiciones dogmáticas contrapuestas. Además, hace un análisis de algunas tesis concernientes a la indeterminación, la interpretación y la elasticidad de las cláusulas generales, dirigido a favorecer una visión realista del fenómeno.

Palabras clave: Cláusulas generales, VELLUZZI.

The General Clauses between Analytical Theory and Legal Dogmatics

Abstract: Taking the lead from a recent inquiry by Vito Velluzzi, the paper sets forth a rational reconstruction of the concept of general clause, meant to be respectful of

* Relación presentada en el "Debate sobre el texto del prof. VITO VELLUZZI, Las cláusulas generales. Semántica y política del derecho", *Università di Foggia y Seconda Università di Napoli*, Foggia, 25 de noviembre de 2010. Traducción del italiano, PABLO ANDRÉS MORENO CRUZ.

** Profesor ordinario de Filosofía del Derecho, *Dipartimento di Cultura Giuridica "G. Tarello"*, Facultad de Derecho, *Università degli Studi di Genova*, Italia. Correo electrónico: pierluigi.chiassoni@unige.it

Fecha de recepción: 30 de mayo de 2011. Fecha de aceptación: 11 de julio de 2011.

the plurality of competing legal-dogmatics conceptions. A few thesis about the indeterminacy, interpretation and so-called elasticity of general clauses are also analyzed, in order to provide a more accurate and realistic view of the matter.

Keywords: General clause, VELLUZZI

1. VELLUZZI Y LAS CLÁUSULAS GENERALES

Del estudio de VITO VELLUZZI sobre las cláusulas generales –estudio de lingüística terapéutica, sentencioso y, en ocasiones, punzante– se pueden extraer, si no me equivoco, las siguientes tesis¹.

1. En la cultura jurídica italiana contemporánea (*grosso modo*: desde final de los años setenta del siglo XX hasta hoy), el sintagma “cláusula general” es definido y usado en una pluralidad de modos sincrónicamente diferentes, diacrónicamente inconsistentes, singularmente indeterminados, en algunos casos mutuamente incompatibles (“una babel”).

2. Los diferentes usos vacilantes e indeterminados de “cláusula general” presentan, sin embargo, sobreposiciones y convergencias, con base en las cuales es posible construir una (re)definición explicativa perspicua, útil para la praxis.

3. Entre las posibles alternativas definitorias, se debe considerar como preferible una (re)definición explicativa ensamblada así:

“La cláusula general es un término o sintagma de naturaleza valorativa caracterizado por la indeterminación, por lo que el significado de tal términ[o] o sintagm[a] no es determinable (o dicho de otro modo, las condiciones de aplicación del término o sintagma no son individualizables) salvo recurriendo a criterios, parámetros de juicio, internos y/o externos al derecho, entre sí competidores potenciales”².

4. Una redefinición en estos términos debe considerarse preferible porque –sugiere VELLUZZI– abraza o refleja, presentándolas en forma compacta, las soluciones aparentemente más razonables para los problemas centrales de la teoría de las cláusulas generales: el problema de establecer la *referencia* de la expresión “cláusula general”; el problema de establecer la *forma* o *tipo de indeterminación semántica* que caracterizaría las expresiones cláusulas generales; el problema de establecer en qué consiste la *integración valorativa* de las cláusulas generales de la que hablan los juristas; el problema de establecer qué *relación* existe entre indeterminación e

¹ V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Quaderni di Filosofia analitica del diritto, 12, Giuffrè, Milano, 2010.

² V. VELLUZZI, *Le clausole generali*, cit., pp. 62-63, 71, 88 (cursiva en el texto).

integración valorativa de las cláusulas generales; el problema de establecer, en fin, "si, y cuáles, consecuencias peculiares derivan de los perfiles precedentes en el plano interpretativo y aplicativo"³.

5. En relación con el problema de la *referencia*, las *cláusulas generales* –propone VELLUZZI– se deben entender como *términos* o *sintagmas* al interior del discurso jurídico: y *no*, salvo mediatamente y por extensión, como *disposiciones*, *normas*, o *principios*.

6. En relación con el problema de la *indeterminación semántica*, las cláusulas generales son –precisa VELLUZZI– *términos* o *sintagmas valorativos* y, en consecuencia, se caracterizan, en cuanto expresiones *valorativas*, por una *indeterminación de reenvío*.

Una expresión valorativa es –según la definición de UBERTO SCARPELLI, la cual VELLUZZI suscribe⁴– una expresión cuyo significado no puede ser determinado sin hacer referencia a un conjunto (o, podríamos también decir, sistema) de parámetros –jurídicos, morales, sociales, de un arte, de una técnica, de una ciencia, de una disciplina– por ésta (presuntamente) referidos.

La peculiaridad de las expresiones valorativas que son cláusulas generales en el discurso de las fuentes de un determinado derecho positivo sería, además, ésta: no siempre reenvía a un determinado conjunto de parámetros, sino, como la redefinición evidencia, "*a criterios, [a] parámetros de juicio, internos y/o externos al derecho potencialmente competidores entre ellos*".

7. En relación con la *integración valorativa* y las *relaciones* entre ésta y la peculiar indeterminación de reenvío de las cláusulas generales, VELLUZZI afirma, aparentemente, que se deben aceptar tres tesis:

a. Contrario a lo que los juristas afirman con cierta frecuencia, la *integración valorativa* de una cláusula general no implica *necesariamente* el reenvío a, y el uso de, parámetros (*standards*, criterios de juicio) *extra-jurídicos*; puede implicar, en efecto, según los casos, el reenvío, tanto a parámetros *externos al derecho*, como a parámetros *internos al derecho*;

b. Cuando una cláusula general reenvía (es entendida como hacedora de reenvío) a *criterios externos al derecho*, la *integración valorativa* consiste en operaciones de (genuina) *integración*; de modo que, en tales hipótesis, subsiste una *diferencia cualitativa* y *no* solamente *cuantitativa* entre la interpretación de una (ordinaria) disposición legislativa o constitucional, de un lado, y la integración valorativa de una cláusula general, del otro;

³ V. VELLUZZI, *Le clausole generali*, cit., p. 4.

⁴ U. SCARPELLI, *Filosofia analitica, norme e valori*, Comunità, Milano, 1962, pp. 56-57.

c. Cuando una cláusula general reenvía (es entendida como hacedora de reenvío) a *criterios internos* al derecho, la *integración valorativa* consiste, en cambio, en una normal actividad de *interpretación*⁵.

8. En fin, en relación con las eventuales *consecuencias peculiares* que derivan de los perfiles precedentes en el plano interpretativo y aplicativo, es necesario concluir –afirma VELLUZZI, siguiendo la horma de las precedentes reflexiones– que:

a. La presencia de cláusulas generales no constituye obstáculo para su inclusión en razonamientos en la forma silogística;

b. Desde un punto de vista teórico, entre cláusulas generales y principios de derecho se pueden dar todas las combinaciones lógicamente posibles, de modo que no tiene sentido preguntarse, como en ocasiones hacen los juristas, si las cláusulas generales son, o no, principios⁶;

c. Desde el punto de vista de la integración valorativa, las cláusulas generales, en cuanto expresiones (como se suele decir) "elásticas", son susceptibles de presentar una *doble elasticidad*: pueden ser indeterminadas, sea bajo el perfil de la identificación del criterio de juicio (parámetro, *standard*) objeto de reenvío ("la determinación de su significado requiere la elección y el uso de uno [o] más criterios internos o externos al derecho"), sea porque tal criterio (parámetro, *standard*), una vez fijado, "varía o puede variar su contenido en el tiempo"⁷.

Considero que existía la necesidad de un análisis como el elaborado por VELLUZZI⁸. Comparto el proyecto y el enfoque metodológico de fondo. Me parece particularmente fructífera la individualización de los problemas con los cuales

⁵ V. VELLUZZI, *Le clausole generali*, cit., pp. 87-88; sobre la tradicional y difundida idea del reenvío "natural" o "necesario" de las cláusulas generales a parámetros externos al derecho, cfr., por ejemplo, F. ROSELLI, *Le clausole generali, oggi*, en *Diritto romano attuale*, 10, 2003, p. 37: "disposición preceptiva [...] formulada por medio de expresiones lingüísticas indeterminadas, de manera tal que implícitamente hay un reenvío a reglas de la moral o de la costumbre, o bien, propias de determinados grupos sociales, o disciplinas, o artes, o profesiones" (citado por M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme generali e principi fondamentali nel diritto commerciale. Riflessioni introduttive*, Orizzonti del diritto commerciale, Roma, 16 de julio de 2010).

⁶ V. VELLUZZI, *Le clausole generali*, cit., pp. 74 ss., 89: "No toda cláusula general es un principio, y no todo principio es una cláusula general".

⁷ V. Velluzzi, *Le clausole generali*, cit., p. 72.

⁸ Sobre precedentes investigaciones analíticas: C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1990, quien configura la indeterminación de las cláusulas generales en términos de "vaguedad socialmente típica"; E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli, Torino, 1999, quien distingue entre cláusulas generales cuya aplicación requiere la ejecución de valoraciones ético-normativas (por ejemplo, "buena costumbre"), cláusulas generales cuya aplicación requiere la ejecución de comprobaciones (por ejemplo, "común sentimiento del pudor"), cláusulas generales cuya aplicación requiere, al mismo tiempo, valoraciones y comprobaciones (por ejemplo, "interés público", "normal diligencia"). Ambos, LUZZATI e DICIOTTI, asumen como característica definitoria de "cláusula general" el reenvío a elementos externos al derecho.

cualquier discurso relativo a las cláusulas generales –sea del jurista o del teórico– se debe enfrentar.

Como consideración preliminar, sobre el libro visto en conjunto, me parece útil señalar que se trata de un análisis que tiene como objeto, no ya las cláusulas generales en todas sus dimensiones, sino una muestra (significativa) de opiniones de juristas y jueces sobre las cláusulas generales, analizadas bajo la perspectiva de las definiciones doctrinales y de los usos judiciales de “cláusula general” y otras expresiones *grosso modo* fungibles. VELLUZZI nos ofrece entonces un estudio limitado –sea claro, programáticamente– a aquello que los operadores jurídicos, aquí y ahora, *dicen* que sean (o no sean) las cláusulas generales, y no, también, a aquello que, de hecho, ellos *hacen*, cuando utilizan, en operaciones de acreditación de soluciones jurídicas, disposiciones contentivas de cláusulas generales. Pues bien: me parece que un estudio de este último tipo –sobre las cláusulas generales *in action*– ciertamente puede ser pospuesto; pero no puede ser eliminado del todo de un análisis dirigido a ofrecer una reconstrucción conceptual de un fenómeno tan esquivo. En efecto, el precio de permanecer en el nivel de las declaraciones definitorias y de principio de los operadores jurídicos, puede ser el de elaborar un concepto que resulte superficial respecto a la experiencia jurídica: al punto de constituir, en consecuencia, un punto de vista poco útil, o, de hecho, engañoso, en medida proporcional a la brecha entre la noción *on the books* y la noción (o las nociones) *in action*.

Dicho lo anterior en relación con aquello que el ensayo de VELLUZZI (programáticamente) *no hace* y *no dice* –en forma, préstese atención, no de crítica, sino de sugerencia para futuras investigaciones–, hay algunos aspectos que, en cambio, el ensayo de VELLUZZI *dice* que merecen algunos comentarios, si bien extemporáneos, también en consideración del estímulo proveniente de un prestigioso recensor (aludo a MARIO LIBERTINI).

Con el fin, y es importante precisarlo, de formular cuestiones y sugerir puntos de vista, y no ya con el fin de proponer soluciones definitivas y no negociables, me detendré en los siguientes puntos:

1. El contenido mínimo útil de una teoría analítica sobre las cláusulas generales;
2. La definición de “cláusula general” de VELLUZZI, a la luz de la crítica de LIBERTINI;
3. La oportunidad de una definición de “cláusula general” pragmática en clave realista, al lado, si no en alternativa, a la definición semántica ofrecida por VELLUZZI;
4. La configuración teórica de la incertidumbre o indeterminación semántica de las cláusulas generales;
5. La naturaleza de la así llamada *integración valorativa*, a la luz de la distinción entre interpretación propiamente dicha e integración;

6. La tesis de la doble elasticidad de las cláusulas generales.

2. ¿CUÁL APARATO CONCEPTUAL PARA LA TEORÍA Y LA DOGMÁTICA DE LAS CLÁUSULAS GENERALES?

En una recensión –por lo que sé, aún inédita– MARIO LIBERTINI contesta la propuesta (re)definitoria de VELLUZZI:

"La definición explicativa heurísticamente válida –escribe LIBERTINI⁹– no es, entonces, probablemente, aquella que *reduce la cláusula general a un sintagma* (un pedazo unitario de un enunciado normativo), sino aquella que *reconoce el uso del término "cláusula general" para designar diferentes categorías de normas, todas caracterizadas por la presencia de sintagmas indeterminados, pero también con diferente estructura lógica*".

Este pasaje comprende dos críticas.

En primer lugar, LIBERTINI no comparte la elección de VELLUZZI de definir la expresión "cláusula general" para denotar *términos* o *sintagmas valorativos*, puesto que ve en ello una desviación excesiva respecto a los usos lingüísticos y un abandono por parte de VELLUZZI de sus propias premisas metodológicas (una "traición").

En segundo lugar, LIBERTINI sugiere que la configuración de las cláusulas generales como términos o sintagmas tendría dos efectos negativos. Un primer efecto negativo sería el de ocultar que, en la clase de las normas contentivas de "sintagmas indeterminados" y denominadas "cláusulas generales", hay especies heterogéneas, caracterizadas por "estructura lógica" diferente; un segundo efecto negativo, dependiente del primero, sería el de obstaculizar una reflexión profunda y consciente sobre el punto.

Las dos críticas no son insuperables. Sin embargo, evidencian puntos problemáticos que, tenidos en consideración, le permitirían al estudio de VELLUZZI –y a cualquier otra investigación analítica sobre las cláusulas generales– avanzar ulteriormente.

Respecto a la primera crítica (de la segunda me ocuparé, como ya indiqué, en un acápite diferente), me parece que tiene una relevancia que va más allá de una valoración sobre el ensayo de VELLUZZI (a la luz del cual, por cierto, no parece totalmente justificada), puesto que concierne –si bien tácitamente– a la cuestión, podría decirse, del *contenido útil mínimo* de una *teoría analítica* de las cláusulas generales.

¿Qué debe esperar un jurista de una teoría *analítica* de las cláusulas generales? ¿Qué debe ofrecer un filósofo analítico a los juristas, en el tema de las cláusulas generales?

Tomando en cuenta, también, el estudio de VELLUZZI, me parece que puedo fijar el contenido útil mínimo de una teoría analítica de las cláusulas generales

⁹ M. LIBERTINI, *Recensione a VELLUZZI VITO, Le clausole generali. Semantica e politica del diritto* (Giuffrè, Milano, 2010), manuscrito inédito, puesto gentilmente a mi disposición por Vito Velluzzi (cursiva mía).

en los siguientes puntos, que expondré en la forma apodíctica que permiten las circunstancias.

1. Desde el punto de vista de una teoría analítica de las cláusulas generales, el aparato conceptual elaborado y puesto a disposición de los prácticos, con el fin de que puedan comprender mejor ese aspecto de la experiencia jurídica, y que operen mejor al interior de ésta, debe ser informado por el *principio de la máxima articulación útil*.

2. A la luz de este principio, no se trata de escoger *si* concebir las cláusulas generales como términos o sintagmas, *o bien* como normas. Se trata, en cambio, de sugerir que al comenzar cualquier investigación sobre las cláusulas generales y en el análisis de los discursos de los juristas, de los jueces y de los teóricos sobre las cláusulas generales, resulta útil distinguir (y dotarse de) una pluralidad de nociones, entre ellas relacionadas.

3. Un aparato conceptual analítico debería distinguir, al menos, las siguientes cuatro cosas:

- a. Las cláusulas generales-locuciones;
- b. Las cláusulas generales-disposiciones;
- c. Las cláusulas generales-normas explícitas;
- d. Las cláusulas generales-normas implícitas.

a. Las *cláusulas generales-locuciones* son términos o sintagmas valorativos, que los operadores jurídicos (jueces, juristas, abogados), en un determinado contexto espacio-temporal, han calificado y/o previsiblemente calificarán como cláusulas generales. Como, por ejemplo, aquí y ahora: "orden público", "buena costumbre", "buena fe", "diligencia del buen padre de familia", "corrección", "corrección profesional", "común sentimiento del pudor", "normal tolerancia", "adecuación contable", "daño injusto", etc. (CG-locuciones)¹⁰.

b. Las *cláusulas generales-disposiciones* son enunciados del discurso de las fuentes (constitucionales, comunitarias, legislativas, etc.), cuya formulación contiene una o más CG-locuciones (CG-disposiciones).

c. Las *cláusulas generales-normas explícitas* son enunciados normativos del discurso judicial o doctrinal, que representan el resultado de la interpretación de CG-disposiciones (CG-normas explícitas)¹¹.

¹⁰ Sobre la noción de locución valorativa, como complemento de la noción 'scarpelliana' que mencioné anteriormente, cfr. G.H. VON WRIGHT, *Valuations – or How to Say the Unsayable*, en *Ratio Juris*, 13, 2000, pp. 347-357.

¹¹ Un "enunciado normativo" es, genéricamente, cualquier enunciado que contenga una cua-

d. Las *cláusulas generales-normas implícitas* son enunciados normativos del discurso judicial o doctrinal, contentivas de CG-locuciones *que no representan el resultado de la interpretación de CG-disposiciones*, sino que son, en cambio, el producto del recurso por parte de los intérpretes a técnicas de integración del derecho explícito, como, por ejemplo, la así llamada inducción jurídica, la derivación a partir de principios generales o fundamentales del ordenamiento, la derivación a partir de conjuntos ("sistemas") de principios y construcciones doctrinales, la derivación a partir de la naturaleza de las cosas, etc. (*CG-normas implícitas*).

4. El aparato conceptual apenas articulado (sin alguna pretensión de exclusividad, que sea claro) es, al mismo tiempo, parte y reflejo de una más amplia teoría analítica, cuyo núcleo puede ser identificado en la tesis del carácter *contingente, ideológico, interpretativo* del fenómeno de las cláusulas generales. Veamos brevemente algunos aspectos.

a. Si en un derecho positivo hay o no cláusulas generales, ello normalmente depende, en forma totalmente contingente, del concierto de tres factores.

El primer factor está constituido por el recurso del legislador a *locuciones valorativas* en la formulación de disposiciones.

El segundo factor está constituido por la presencia, en los operadores jurídicos, de una *cultura de las cláusulas generales*, que permite leer, en el uso de locuciones valorativas al interior de disposiciones, la intención nomotética de disciplinar una clase de relaciones mediante, precisamente, la técnica de las cláusulas generales.

El tercer factor está constituido por la *elección* —por parte de algunos intérpretes, y en el ámbito de operaciones de política del derecho normalmente publicitadas para que la comunidad jurídica las acepte— *de adscribir* a determinadas locuciones valorativas contenidas en disposiciones la *calificación de cláusulas generales*, una operación, esta última, de *interpretación calificadora*, como adscripción de sentido o valor a un objeto cultural (en nuestro caso: a un conjunto de palabras autoritativas), que precede la *interpretación semiótica* de las mismas palabras a la luz de sus contextos lingüísticos y extralingüísticos.

b. La presencia de locuciones valorativas al interior de disposiciones, además de no ser condición *suficiente* para la presencia de cláusulas generales en un ordenamiento, por las consideraciones antes realizadas, tampoco es condición *necesaria*: en efecto, también en su ausencia, los operadores jurídicos podrían, de todas formas, configurar la existencia, en el ordenamiento, de CG-normas implícitas, fruto de su cultura sobre las cláusulas generales y las acostumbradas técnicas de identificación de normas no expresamente formuladas.

lificación deóntica de comportamientos o situaciones (permitido, obligatorio, prohibido, facultativo, ilícito, autorizado, etc.).

c. En la cultura de las cláusulas generales, como fragmento de una más amplia cultura jurídica, se encuentran normalmente variadas *ideologías* o *doctrinas de las cláusulas generales*, a menudo en competición por la primacía intelectual y práctico-operativa.

d. Una *doctrina de las cláusulas generales* contiene tres ingredientes fundamentales:

i. Un concepto de cláusula general;

ii. Directivas concernientes a la configuración de la presencia de cláusulas generales en el derecho, con particular atención a la interpretación calificadora de disposiciones y a la construcción de CG-normas implícitas;

iii. Directivas concernientes a la interpretación semiótica de las CG-locuciones al interior, sea de CG-disposiciones, sea de CG-normas implícitas.

Son estas directivas las que, por ejemplo, prescriben al intérprete entender una locución como "daño injusto" en el sentido de una cláusula general, y no ya, supongamos, como una simple "nota general" que reenvía a un conjunto taxativo de ilícitos típicos individualizados por otras normas del sistema, porque se asume, así "quiere" el legislador, tal es el sentido impuesto por los principios informadores del derecho de los accidentes, así "quiere" la *ratio* objetiva de la disposición, etc. Además, son estas directivas las que direccionan al intérprete para entender (aquello que previamente ha sido establecido que es) la cláusula general "daño injusto" como hacedora de reenvío, supongamos, a la moral del grupo social relevante (de modo tal que se debe entender que la locución "daño injusto" significa *daño injusto según el grupo socialmente relevante*), o bien como hacedora de reenvío, supongamos, a la moral política que subyace a la constitución (de modo tal que se debe entender, en cambio, que la locución "daño injusto" significa *daño injusto según la moral política que subyace a la constitución*), etc.

Cuando los juristas elaboran reflexiones sobre las cláusulas generales, raramente sus discursos son calificables como genuinas *teorías* de las cláusulas generales. En cambio, se trata, casi siempre, de doctrinas o ideologías de las cláusulas generales, animadas por intentos de política del derecho *de iure condito*. En esto, obviamente, no hay nada de malo; al contrario, el nivel de desarrollo de una cultura jurídica depende de la vivacidad, de la fuerza innovadora, de la amplitud de horizontes, de la solidez metodológica y conceptual de las ideologías de los juristas. Pero que los juristas elaboren ideologías, asumiendo no pocas veces que están haciendo pura y dura teoría, es un hecho que no debe ser nunca olvidado: ni por parte de los mismos juristas, ni por parte de los teóricos que analizan sus discursos con fines explicativos y terapéuticos.

3. ¿CUÁL NOCIÓN DE CLÁUSULA GENERAL? LIBERTINI VS. VELLUZZI

La segunda crítica de LIBERTINI al libro de VELLUZZI en realidad consiste en oponer a la definición de VELLUZZI una definición propia de "cláusula general".

La definición de LIBERTINI, además, se aleja de aquella de VELLUZZI, no sólo bajo el perfil de la alternativa entre *CG-locución* y *CG-norma*, sino, también, bajo el perfil de la extensión del concepto.

Son "cláusulas generales", dice LIBERTINI: "Para fines de claridad comunicativa, propondría atribuir a las normas de este tipo la denominación de "cláusulas generales" (o, si se quiere, se podría hablar de "cláusulas generales en sentido estricto")", las *normas*, contentivas de expresiones indeterminadas,

"que individualizan situaciones de conflicto entre intereses igualmente tutelados por el ordenamiento y delegan en el juez la determinación del criterio de atemperación entre tales intereses, que deberá ser aplicado en el caso concreto, a continuación de una constatación de la situación concreta de conflicto y de la valoración comparativa de los intereses en juego.

Se trata de normas *de conducta* que contienen sintagmas indeterminados, pero no ubicados (a diferencia de la figura de las normas de conducta "con supuesto de hecho abierto") sobre el terreno del caso concreto que el juez deberá calificar y evaluar, sino precisamente dirigidos a definir el tipo de intervención que el juez está llamado a desarrollar frente a unos determinados casos concretos.

El prototipo (en sentido histórico) de las reglas de este tipo está constituido por las normas de relaciones de vecindad: hoy, en el derecho italiano, por el art. 844 c.c. y por la cláusula general de "normal tolerabilidad de las inmisiones". La misma estructura lógica se encuentra en otras normas, como aquella sobre la competencia desleal, con la relativa cláusula general de "corrección profesional" (esto hasta cuando la disciplina de la competencia desleal sea entendida como disciplina de conflictos "entre iguales", es decir, entre empresarios en relación directa de competencia entre ellos). La misma estructura relacional puede ser reconocida en la norma sobre el deber de buena fe en la ejecución del contrato. En esta categoría puede encuadrarse también –según una opinión muy difundida, pero notoriamente no unánime– la cláusula general sobre la "injusticia del daño" del art. 2043 c.c.

Se debe agregar que la misma estructura lógica debe reconocerse también en las reglas inexpresas que requieran la atemperación, frente a concretos conflictos, entre situaciones jurídicas heterogéneas. Con base en este tipo de reglas inexpresas se ha construido gran parte de la teoría de los derechos de la personalidad: así sucedió en relación con el derecho a la intimidad, hasta cuando la materia fue absorbida –y en gran medida desplazada al plano administrativo– por la introducción de una normativa de detalle sobre la protección de los datos personales; así sucede todavía para la solución de conflictos entre situaciones subjetivas diferentes, igualmente tuteladas por el ordenamiento (libertad de expresión y reputación personal, derecho de crónica y derecho de propiedad intelectual sobre un espectáculo o evento, etc.).

En todas estas hipótesis nos encontramos frente a conflictos de intereses que, en el plano de la teoría general, han sido calificados como conflictos "modales" (para distinguirlos de aquellos "ocasionales"); es decir, conflictos que se presentan entre dos situaciones abstractamente tutelables, pero entre las cuales la interferencia es considerada socialmente inevitable, y requieren de soluciones arbitrales que parten de la valoración comparativa de los intereses en juego en el caso concreto.

Aquello que caracteriza estas normas expresas o inexpressas, es el hecho de que se trata de típicas normas *de relación*, es decir, de normas típicamente dirigidas a construir –a partir de una situación concreta de conflicto– la relación jurídica que se presenta entre dos sujetos. Por esta razón, se trata de normas cuya traducción final es, típicamente, en términos de reconocimiento de pretensiones y obligaciones y de correlativos remedios inhibitorios o resarcitorios (no, en cambio, de remedios dirigidos a invalidar)¹².

Es totalmente evidente que se trata de una noción de cláusula general que LIBERTINI propone como preferible –respecto a aquella de VELLUZZI y a otras que circulan en la experiencia jurídica italiana actual– en el ámbito de una doctrina (suya) de las cláusulas generales. En efecto, la noción muestra las directivas que el intérprete debería seguir al momento de aplicar tales CG-normas.

Regresemos a la definición de VELLUZZI:

"La cláusula general es un término o sintagma de naturaleza valorativa caracterizado por indeterminación, por lo que el significado de tal términ[o] o sintagm[a] no es determinable (o dicho de otro modo, las condiciones de aplicación del término o sintagma no son individualizables) salvo recurriendo a criterios, parámetros de juicio, internos y/o externos al derecho, entre sí competidores potenciales".

La definición de LIBERTINI es una propuesta ideológicamente comprometida –y el llamado a los orígenes, a la (presumida) genealogía, de las cláusulas generales no elimina, sino que refuerza, esta característica–.

La definición de VELLUZZI es una propuesta teórico-explicativa que pretende contener y combinar en sí misma, con un léxico perspicuo, el mayor número posible de propiedades definitorias (combinables y contenibles) emergentes de los usos lingüísticos.

Sin embargo, no es claro si la red conceptual que VELLUZZI presenta con su definición sea idónea para capturar, también, la definición de LIBERTINI, por lo menos en su característica más sobresaliente.

LIBERTINI construye su noción con base en la idea de las cláusulas generales (CG-normas) como instrumentos con los cuales el legislador *concede* ("delega") al juez un *poder arbitral en concreto*.

¹² M. LIBERTINI, *Cláusulas generales, normas generales e principios fundamentales nel diritto commerciale. Riflessioni introduttive*, cit. La noción es evocada en M. LIBERTINI, *Recensione*, cit.

La noción de LIBERTINI es una noción *pragmática*: el uso de ciertas expresiones, en el contexto de ciertas disposiciones, referido a ciertos tipos de relaciones jurídicas, equivale a la realización, por parte del legislador, de un acto (ilocutorio) ejecutivo, de reconocimiento ("remisión") al juez de un poder de decisión de tipo arbitral¹³.

Dicho lo anterior, en la definición de LIBERTINI la referencia a la "determinación del criterio de atemperación", con el fin de alcanzar "soluciones arbitrales que partan de la valoración comparativa de los intereses en juego en el caso concreto", constituye, en realidad, un aspecto secundario. De modo que la noción de "cláusula general" de Libertini parece comprometida con una *concepción particularista* del juicio jurisdiccional: que sea claro, en esos casos en los que se trate de dirimir conflictos "modales" entre intereses igualmente merecedores de tutela. En cambio, el reenvío a parámetros externos y/o internos al derecho constituye el aspecto central de la definición de VELLUZZI, que oculta, por el contrario, el perfil de la traslación de poderes nomopoiéticos del legislador al juez.

Se puede dudar del fundamento del particularismo (que duda de la oportunidad, si no de la misma posibilidad, de decidir casos concretos con base en parámetros generales relativamente pre-constituidos y estables), como también de la misma posición asumida por LIBERTINI. Sin embargo, el punto es otro: aparentemente, la definición de VELLUZZI no es idónea para capturar plenamente la noción de LIBERTINI, puesto que ésta se ubica en un plano semiótico diferente.

No pretendo juzgar si, admitiendo que mi análisis sea correcto, la conclusión a la cual llegué muestra, *per se*, un defecto en la definición de VELLUZZI.

La cuestión interesante –sugerida por la divergencia de opiniones entre LIBERTINI y VELLUZZI– es otra: en el plano de la (re)definición analítica de una noción controvertida e ideológicamente comprometida como es la de cláusula general ¿está bien permanecer en el plano semántico, como hace VELLUZZI, o sería tal vez preferible llevar a cabo, después de las necesarias precisiones lexicales, un paso ulterior hacia una (re)definición (también) pragmática, en la cual se tengan en cuenta expresamente las diferentes posturas prácticas de los operadores jurídicos? Y, aún más, ¿una (re)definición explicativa que corre el riesgo de ocultar una divergencia doctrinal bajo el tapete de una (pretendida) *semántica de las cláusulas generales*, es aún una buena (re)definición explicativa?

No pretendo responder a estas preguntas, sino sólo ofrecer –como se acostumbra decir– algunos puntos de reflexión. Hecha esta premisa: ¿cuál podría ser

¹³ Aquí la referencia es a la teoría de los actos lingüísticos (*speech acts*) de J.L. AUSTIN, quien fue su inventor. Un acto ejecutivo (*exercitive*) es un acto con el cual el agente, ejercitando un poder previamente a él conferido por parte de un sistema normativo, bautiza un buque, nombra a alguien como primer ministro, confiere a alguien poderes de decisión, le confiere un premio, lo destituye, etc. Cfr. J.L. AUSTIN, *How to Do Things with Words*, Second Edition, J.O. Urmson and M. Sbisà eds., Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1975, pp. 155 ss.

una (re)definición pragmática en función teórico-explicativa (que sea claro, así como yo la entiendo) del concepto de "cláusula general"?

4. ¿REDEFINICIÓN SEMÁNTICA O REDEFINICIÓN PRAGMÁTICA?

VELLUZZI, como ya se precisó, afirma que contrariamente a una opinión difundida, las cláusulas generales, siendo locuciones *valorativas indeterminadas* (la precisión parece, por cierto, pleonásmica, puesto que la indeterminación es propiedad definitoria de "locución valorativa"), en virtud de su propia semántica *no* reenvían *necesariamente*, sino sólo contingentemente, a parámetros (*standards*, criterios de juicio) *extra-jurídicos*.

Sin embargo, de este modo, Velluzzi sugiere una solución en el plano semántico de un problema que no es (puramente) semántico. En efecto, el problema de los juristas es el siguiente: ¿cuál concepto de "cláusula general" es preferible, desde un punto de vista ideológico-operativo? ¿Cuál es, en otros términos, la mejor doctrina de las cláusulas generales?

Como respuesta a tal problema, algunos juristas proponen un concepto de cláusula general como CG-locución y/o CG-disposición y/o CG-norma indeterminada, cuya aplicación *requiere* echar mano de *parámetros extrajurídicos*.

VELLUZZI propone un concepto diferente, y más amplio, según el cual una cláusula general es una locución valorativa, cuya aplicación puede requerir, tanto el recurso a parámetros extrajurídicos, como el recurso a parámetros jurídicos.

Préstese atención. Desde el punto de vista de la definición de los juristas arriba mencionada, las cláusulas generales *necesariamente –id est*, por definición (estipulativa)– hacen referencia *solamente* a parámetros extrajurídicos: de modo que, *si* un sintagma valorativo *no* hace reenvío a parámetros extra-jurídicos, entonces *no es* una cláusula general. Mientras que, desde el punto de vista de la definición propuesta por VELLUZZI, las cláusulas generales *no necesariamente –id est*, por definición (explicativa)– hacen reenvío *solamente* a parámetros extrajurídicos.

VELLUZZI censura las definiciones de algunos juristas porque invocan una necesidad semántica que no subsiste. Pero la semántica de un término depende de su definición. En el campo de las cláusulas generales, las definiciones son típicamente estipulativas, al interior de discursos ideológicos. La semántica de un término nunca es independiente de su pragmática: y esto es aún más evidente cuando se trata de términos mediante los cuales se llevan a cabo operaciones dogmáticas *de iure condito*. A la luz de estas consideraciones, la definición de VELLUZZI puede ser entendida como un abandono de sus propias premisas metodológicas, bajo el siguiente perfil: tal definición –incluso si es entendida en la mejor forma– no permanece, por decirlo así, fuera de la disputa, sino que toma posición en la contienda, con connotaciones ideológicas, del debate doctrinal sobre la noción "correcta" de cláusula general.

En otros términos: en la perspectiva de la teoría analítica, la posición de VELLUZZI puede ser aceptada en su *pars destruens*, pero no en su *pars construens*. Se puede aceptar cuando *–pars destruens–* muestra que los juristas normalmente llevan a cabo operaciones de política del derecho que, sin embargo, estos presentan, en muchos casos, como si se limitaran a desinteresadas disertaciones sobre la (verdadera) semántica de "cláusula general". No se puede aceptar cuando *–pars construens–* propone su *definición* de "cláusula general", con la cual, de hecho, abraza una posición de compromiso entre las diferentes opciones involucradas.

¿Cuál podría ser, entonces, una (re)definición analítica, en función teórico-explicativa, pragmática (en cuanto atenta a la relación entre las palabras y los usos que los operadores jurídicos hacen de ella), en clave realista (por estar dirigida a favorecer una correcta percepción del fenómeno, fundada en observaciones atentas, sin distorsiones dictadas por los, si bien loables, intentos reconstructivos), que se sirva de los frutos y los datos evidenciados por el análisis de VELLUZZI?

En consideración al contenido útil mínimo al que me referí con anterioridad, tal definición, tal vez, podría ser articulada de la siguiente manera:

Las *cláusulas generales* son expresiones valorativas, disposiciones, normas, que los operadores del derecho, con base en ideologías, califican como tales (*CG-locuciones*, *CG-disposiciones*, *CG-normas explícitas*, *CG-normas implícitas*) e interpretan, *bien* como hacedoras de reenvío a parámetros de juicio *internos* al derecho, *bien* como hacedoras de reenvío a parámetros de juicio *externos* al derecho (asumiendo al mismo tiempo una postura no particularista, sino universalista, acerca de cómo tales criterios funcionan), o *bien* como expresivas de un otorgamiento al juez de poderes de decisión de tipo arbitral.

La definición debería acompañarse de notas explicativas. Debería precisarse, por ejemplo, que:

1. Algunos operadores del derecho consideran que es preferible reservar el *nomen* "cláusula general" a las locuciones valorativas interpretables como hacedoras de reenvío a parámetros extrajurídicos. En efecto, sólo si así son entendidas, éstas cumplen la función, originaria, de conceptos válvula (*Ventilbegriffe*), de válvulas de seguridad (*Sicherheitsventilen*) del sistema. Sólo si son así entendidas, éstas pueden mantener una autonomía conceptual y operativa respecto a cláusulas que se prestan, en cambio, a la supra-interpretación y a la integración constitucionalmente orientada, promovida por la ideología constitucionalizadora del ordenamiento jurídico presente en la cultura jurídica de los estados constitucionales;

2. Otros operadores, en cambio, y muchos por adhesión a la ideología de la constitucionalización del ordenamiento, afirman que la correcta noción operativa de "cláusula general" debería aludir, bien a locuciones valorativas que reenvían a los principios y valores fundamentales del ordenamiento constitu-

cional (y, en consecuencia, *internos*), bien a locuciones valorativas que reenvían a parámetros/sistemas normativos extra-jurídicos, cuyos usos deben estar, sin embargo, y de todas formas, sujetos al control, y al filtro, de la conformidad con la constitución, tanto en las modalidades de su aplicación, como en las soluciones ofrecidas;

3. Otros adoptan una definición en la cual la discusión se desplaza de los parámetros de reenvío (externos y/o internos), a la pertinencia de las cláusulas generales frente a los conflictos de intereses, todos merecedores de protección según el ordenamiento, cuya solución sólo puede efectuarse *ad hoc*, por parte del juez en condición de árbitro y con base en un análisis caso-por-caso.

5. ¿CUÁL INDETERMINACIÓN?

VELLUZZI caracteriza la indeterminación de las cláusulas generales como una *indeterminación de reenvío*, que presenta una especie de *incertidumbre* lingüística, al lado de –y a diferencia de las– otras acostumbradas formas representadas por la vaguedad de grado, la vaguedad combinatoria, la ambigüedad, la generalidad y la carencia de especificidad.

Sin embargo, desde un punto de vista externo, es decir, desde el punto de vista de quien observa las diferentes ideologías de las cláusulas generales que circulan y los modos como ellas influyen sobre la interpretación, las *CG-locuciones* son expresiones que pueden considerarse caracterizadas por la *ambigüedad*: en otras palabras, la llamada *indeterminación de reenvío* no es otra cosa que un caso de ambigüedad.

En términos más precisos, se trata de una ambigüedad *pragmática*, relativa al tipo de acto ilocutorio que se considera fue ejecutado por la autoridad nomotética; ambigüedad que se refleja, según la elección del intérprete, en el significado de la respectiva *CG-locución* y, entonces, en la semántica de las cláusulas generales. Por ejemplo, el problema de indeterminación puesto por una *CG-locución* como "daño injusto" es el problema de escoger entre significados alternativos, todos *prima facie* razonables (no absurdos): es decir, supongamos, de establecer si "daño injusto" significa, primera alternativa, daño injusto *según la moral del grupo social relevante*, o bien, segunda alternativa, daño injusto *según la moral objetiva* presupuesta por el legislador, o bien, tercera alternativa, daño injusto *según la ética económica* que subyace al derecho de los accidentes, o bien, cuarta alternativa, daño injusto *según la prudente valoración del juez arbitral*, etc.

6. INTEGRACIÓN VALORATIVA DE LA CLÁUSULA GENERAL E INTERPRETACIÓN

VELLUZZI afirma, ya se precisó, que si una *CG-locución* reenvía a parámetros externos, se presenta propiamente una integración, y no (una simple) interpretación; si, en cambio, reenvía a parámetros internos, hay interpretación. De modo que se daría

entre las dos situaciones una diferencia no meramente *cuantitativa* (en el grado de discrecionalidad), sino *cualitativa* (en el tipo de discrecionalidad).

Sin embargo, me parece que se puede afirmar lo siguiente:

a. Las operaciones de integración valorativa de cláusulas generales que (se haya establecido) hacen reenvío a parámetros extra-jurídicos son operaciones estructuralmente interpretativas;

b. Tales operaciones interpretativas son, por supuesto, (externamente) *justificadas* por los pertinentes parámetros extra-jurídicos, de los cuales depende el sentido de la pertinente CG-locución y que, *en este sentido*, integran la correspondiente CG-norma;

c. También las CG-locuciones que (se haya establecido) hacen reenvío a parámetros *internos*, requieren de integración, en el mismo sentido apenas definido para las demás, si bien se trata de un caso de "auto-integración";

d. Los parámetros internos pueden hacer referencia a valores jurídicos fundamentales del sistema, de forma tal que su aplicación puede requerir, si bien al "interior del derecho mismo", evaluaciones que son del mismo tipo de las evaluaciones requeridas para la aplicación de parámetros extra-jurídicos;

e. La diferencia entre la aplicación de una cláusula general con reenvío externo y la aplicación de una cláusula general con reenvío interno no es, por tanto, cualitativa, sino, *al máximo*¹⁴, cuantitativa, combinando en ambos casos interpretación e integración.

Sobre los puntos c. y d. no hay dudas. Diré algo, rápidamente, sobre los puntos a. y b.

Tómese la CG-norma (fruto, por hipótesis, de una primera interpretación semiótica, sustancialmente reiterativa de la correspondiente disposición): "Si hay daño injusto, es entonces obligatorio resarcir", en la simbología de la lógica de los predicados: N1. (x) (Dlx - >ORx). Supongamos que el intérprete decida que "daño injusto" significa *daño injusto según la moral social dominante*, porque, por hipótesis, "así quiere el legislador". Este paso, que es técnicamente un paso interpretativo, se formaliza en los siguientes términos -PI1. (x) (DIMSDx ->Dlx)-, y constituye la primera premisa interpretativa de un razonamiento interpretativo-aplicativo de N1. Supongamos también que el intérprete establezca que "las lesiones al crédito de terceros son daños injustos según la moral social dominante" -con base, precisamente, en su identificación y/o valoración del sentimiento de justicia prevalente en la sociedad-. También este paso es, estructuralmente, un paso interpretativo que constituye una fase ulterior de concretización de la noción de "daño injusto",

¹⁴ La precisión "al máximo" es oportuna puesto que, desde el punto de vista de ciertas ideologías de las cláusulas generales (que podrían llamarse *cognotivistas*), el reenvío a parámetros externos se presenta como un reenvío a *rime obbligate*, que no dejaría ningún espacio, o en cualquier caso, dejaría un espacio muy limitado, a la discrecionalidad del intérprete.

y se puede representar como una segunda premisa interpretativa del razonamiento judicial: PI2. (x) (LCTx ->DIMSDx). Y así, hasta la subsunción del caso concreto en las clases de supuestos de hecho previamente individualizados (LCT_a y, entonces, DIMSD_a y entonces DI_a) y la formulación de la norma individual (OR_a).

En el ejemplo precedente, como cabe observar, la elección del parámetro que concretiza la cláusula general "daño injusto" es una elección estrictamente interpretativa, *justificada y/o justificable* con base en el argumento de la intención del legislador: pero obviamente el intérprete habría podido invocar la *ratio legis* objetiva, los principios fundamentales del ordenamiento, etc. Además, tal elección se materializa en una premisa interpretativa del hipotético razonamiento judicial (PI1.). Del mismo modo, también la premisa sucesiva (PI2.) tiene naturaleza estrictamente interpretativa. Sin embargo, en este caso, su justificación externa no es proporcionada por argumentos interpretativos, sino por el llamado a los criterios normativos extra-jurídicos de los cuales, según el juez, depende la noción moral dominante de daño injusto.

7. ELASTICIDAD DE LAS CLÁUSULAS GENERALES: ¿DOBLE O TRIPLE?

VELLUZZI afirma que las cláusulas generales están caracterizadas por una *doble* elasticidad. En efecto, serían indeterminadas por dos aspectos: de un lado, por la *determinación del criterio* de concretización o especificación de la cláusula general; del otro, bajo el perfil de la *mutación del contenido del criterio* de concretización en el tiempo.

Una cláusula general como "justa causa (de despido)", por ejemplo, es típicamente elástica *tanto* en relación con la elección del criterio (supongamos: ¿justa causa según la ética de las categorías profesionales relevantes, o bien justa causa según las exigencias objetivas del ordenamiento?), como en relación con el criterio elegido (suponiendo que "justa causa" es justa causa según la ética de las categorías profesionales relevantes, ¿cuáles comportamiento recaen, aquí y ahora, bajo este parámetro?).

Sin embargo, en algunos casos la elasticidad de una cláusula general puede ser *triple*, a la luz de tres distintos problemas de indeterminación.

En primer lugar, el problema de la *determinación del sistema normativo* de referencia, que se resuelve mediante una operación de *desambiguación* de la cláusula general.

En segundo lugar, el problema de la *especificación del sistema normativo* de referencia, que se resuelve mediante la identificación, al interior del sistema normativo de referencia previamente seleccionado, de uno o más parámetros, uno o más principios, relevantes para la disciplina de un caso.

En tercer lugar, el problema de la *especificación del parámetro normativo*, que consiste en establecer aquello que este prescribe para el caso en cuestión –teniendo en cuenta su indeterminación sincrónica y diacrónica–.

Por ejemplo, una (locución que se haya previamente decidido que sea una) cláusula general como "derecho inviolable", plantea, por sobre todo, un problema

de *determinación del sistema normativo* de referencia: ¿derechos inviolables según la moral política constitucionalizada o derechos inviolables según la ética objetiva de los derechos humanos (o según cualquier otra doctrina o perspectiva)?

En segundo lugar, suscita un problema de *especificación del sistema normativo* de referencia: en el ámbito de los derechos inviolables según la moral política constitucionalizada (suponiendo que se optó anteriormente por esta alternativa), ¿principio de no discriminación con base en las condiciones personales o principio de sacralidad de la familia fundada en el matrimonio heterosexual (o cualquier otro principio *prima facie* relevante)?

En tercer lugar, suscita un problema de *especificación del parámetro normativo*: asumiendo que el parámetro (que previamente se ha establecido como) relevante sea, supongamos, el principio de no discriminación con base en las condiciones personales, ¿qué prescribe, por ejemplo, dicho principio, aquí y ahora, en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo?