

La indeterminación intencional en el derecho

Deliberate indeterminacy in law

José Manuel Cabra Apalategui *

Resumen: La indeterminación suele considerarse como una patología asociada a la (ir)racionalidad lingüística de las leyes. Sin embargo, la indeterminación no es sólo un rasgo inherente a las normas jurídicas, sino que tiene un valor instrumental. Este trabajo aborda tres aspectos del uso deliberado de la indeterminación por parte del legislador: 1) la indeterminación como elemento estructural de la concepción escalonada del sistema jurídico; 2) el carácter multidimensional de la indeterminación como técnica legislativa (en particular, el recurso a conceptos indeterminados, cláusulas generales o estándares de conducta) y sus repercusiones en todos los niveles de racionalidad legislativa; y 3) los conceptos indeterminados como construcciones de la ciencia jurídica.

Abstract: Indeterminacy is usually considered a pathology associated with the linguistic (ir)rationality of laws. However, indeterminacy is not only an inherent feature of legal norms but it also has an instrumental value. This work addresses three aspects of the deliberate use of indetermination by legislators: 1) indetermination as a structural element of the stepped conception of the legal system; 2) the multidimensional nature of indeterminacy as a legislative technique (in particular, the resort to indeterminate concepts, general clauses or standards of conduct) and its repercussions at all levels of legislative rationality; and 3) indeterminate concepts as constructions of legal science.

Palabras clave: Teoría de la legislación (legisprudencia), racionalidad legislativa, indeterminación, delegación normativa, discrecionalidad.

Key words: Theory of Legislation (legisprudence), law-making rationality, indeterminacy, normative delegation, discretion.

Fecha de recepción: 17-1-2024

Fecha de aceptación: 17-1-2024

1. Introducción

Desde los orígenes del movimiento legislador ilustrado, la claridad es considerada una de las virtudes de la ley; la indeterminación, en cambio, suele verse como una patología o un déficit de racionalidad de la misma. Sin embargo, la indeterminación no sólo es una propiedad inherente al lenguaje natural y, por tanto, también de las normas jurídicas, sino que puede tener —y, de hecho, tiene— un valor instrumental para el Derecho, algunos de cuyos fines sólo pueden ser alcanzados a través de la indeterminación.

El uso intencional de la indeterminación en el Derecho introduce deliberadamente márgenes de discrecionalidad en la aplicación o desarrollo de una ley, bien mediante actos de delegación normativa (indeterminación

* Profesor de Filosofía del Derecho, Universidad de Málaga (España).

jurídica), bien mediante el uso de conceptos indeterminados (indeterminación lingüística), que es en el que centraré mi atención.

El recurso a esta técnica legislativa suscita no pocas cuestiones tanto desde el punto de vista teórico, como desde el punto de vista práctico. Este trabajo aborda tres aspectos del uso deliberado de la indeterminación por parte del legislador: 1) la indeterminación como elemento estructural de la concepción escalonada del sistema jurídico; 2) el carácter multidimensional de la indeterminación como técnica legislativa, en particular, el recurso a conceptos indeterminados, cláusulas generales o estándares de conducta y sus repercusiones en todos los niveles de racionalidad legislativa ; y 3) los conceptos indeterminados como construcciones de la ciencia jurídica.

2. La indeterminación como elemento estructural del sistema jurídico (variación sobre un tema kelseniano)

La indeterminación del Derecho, y particularmente la indeterminación intencional, no es un fenómeno marginal o residual de los sistemas jurídicos contemporáneos; de hecho, la concepción escalonada del ordenamiento jurídico constituye un modelo explicativo de la validez jurídica entendida como una cadena descendente de habilitaciones y ejercicio de competencias. Así, la concepción escalonada del ordenamiento jurídico —expresión de su carácter dinámico— se sustenta en la tesis de que cada acto normativo realizado por un órgano del Estado, ya sea el parlamento, un tribunal o un órgano administrativo, o por un particular, es simultáneamente un acto de aplicación y de creación de Derecho¹; esto es, cada acto normativo es la concreción o individualización de una norma superior que presenta un mayor o menor grado de indeterminación (*Unbestimmtheit*) respecto de la norma inferior². Así pues, todo acto jurídico que aplica una norma está sólo parcialmente *determinado* por dicha norma (o lo que es igual, está parcialmente *indeterminado*), de manera que toda aplicación del Derecho implica un momento de discrecionalidad.

Dicho esto, la tesis de la indeterminación del Derecho es una tesis ambigua, siendo susceptible de al menos dos interpretaciones. Según la

¹ De los únicos actos de que no podría predicarse esta doble naturaleza son, por un lado, la creación de la Constitución originaria, que no constituye un acto normativo de aplicación, y, por otro lado, la mera ejecución de una sentencia, que no constituye un acto normativo de creación de normas, ni siquiera individuales.

² Aunque en el texto no se sostiene explícitamente la tesis de la indeterminación, según la cual las normas jurídicas de grado superior siempre están indeterminadas en relación con las normas de grado inferior, más adelante, respondiendo a eventuales críticas que pusieran de manifiesto el hecho de que las leyes sustantivas determinan el contenido de las sentencias judiciales, escribe Kelsen: “A esto puede responderse, primero, que tampoco el contenido de las sentencias judiciales se halla completamente determinado por el Derecho sustantivo, ni puede serlo, por razones que más tarde se explicarán; y, segundo, que también el contenido de las leyes puede estar determinado por la constitución” (Kelsen 1979, p. 306).

primera, se trataría de una indeterminación *lingüística* que, en tanto que propiedad del lenguaje ordinario, afecta necesariamente a las normas jurídicas. Así entendida, es decir, si se interpreta la «indeterminación» estructural de los sistemas jurídicos en un sentido pueramente lingüístico, la tesis de Kelsen según la cual todo acto de aplicación de normas es a la vez un acto de creación normativa no resulta satisfactoriamente fundamentada. Como ha apuntado Ruiz Manero, una afirmación de este tipo implicaría asumir “que las normas a aplicar contienen *siempre* (esto es, *todas* ellas y en relación con *todo* caso) una carga de indeterminación; [y] segundo, que no es posible, *en ningún caso*, la eliminación de tal carga de indeterminación por medio de normas *de segundo grado*: es decir, por medio de directivas sobre la interpretación de normas de *primer grado*”³. Es evidente que el hecho —incuestionable— de que existen casos en los que cabe más de una solución en el marco de las normas aplicables no implica que no existan casos en los que, también en el marco de las normas aplicables, sólo quepa *una* solución. En otras palabras, no se puede obviar el hecho de que la indeterminación lingüística es una propiedad contingente de las normas jurídicas.

Una segunda interpretación —no lingüística— de la tesis de la indeterminación asocia esta noción a la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico. La indeterminación no sería, pues, una propiedad de las normas, sino de los actos de aplicación normativa. Podemos denominar a esta noción de indeterminación como indeterminación *jurídica*. Esta es la interpretación propuesta por Luzzati⁴, para quien la indeterminación a la que se refiere Kelsen es una particularidad jurídica, no una noción semántica o lingüística. Para Kelsen la existencia de una norma depende de que ésta sea creada mediante un acto de “determinación”, esto es, un acto de voluntad realizado por una autoridad jurídica de conformidad con lo establecido por una norma habilitante perteneciente al ordenamiento. Luzzati pone el foco no tanto en la necesidad de que tenga lugar dicho acto de creación normativa, como en el hecho de que éste sea un acto de concreción o determinación de la norma superior que parece implicar siempre y en todo caso un margen de *discrecionalidad* para los órganos jurídicos que deciden en aplicación de lo dispuesto en una norma. Entre otros argumentos (que no son pertinentes para el tema que nos ocupa), Luzzati justifica su versión *jurídica* de la indeterminación en la distinción kelseniana entre indeterminación *intencional* y determinación *no intencional*.

Kelsen define la indeterminación *intencional* como aquella que “es establecida por voluntad del órgano que instauró la norma que ha de aplicarse”⁵. Ejemplos de este tipo de indeterminación, según el propio Kelsen, sería el de una ley sanitaria que en caso de epidemia obligara a los habitantes de una ciudad a tomar medidas de prevención para evitar que se propagase la

³ Ruiz Manero (1990, pp. 27–28).

⁴ Luzzati (1990b, pp. 123–137).

⁵ Kelsen (1995, p. 350).

enfermedad, quedando las autoridades administrativas facultadas para determinar las medidas adecuadas en función de la enfermedad, la gravedad de sus efectos, vías de contagio, etcétera. Un segundo ejemplo de indeterminación intencional sería el de la ley penal que prevé para determinado delito dos tipos de pena, una pecuniaria y otra de privación de libertad, dejando a la discrecionalidad del juez cuál de ellas aplicar en cada caso, así como el grado de la sanción, estableciendo únicamente un límite superior y uno inferior.

La indeterminación del acto normativo, sin embargo, también puede ser la consecuencia no buscada de ciertas propiedades de la norma jurídica (ambigüedad, vaguedad, supuesta discrepancia entre el tenor literal y la voluntad de la autoridad que la crea) que debe ser aplicada o de sus relaciones con otras normas del sistema jurídico (principalmente, conflictos de normas o antinomias)⁶. La distinción entre indeterminación intencional y no intencional vendría a verificar la interpretación de que la indeterminación kelseniana se refiere a la discrecionalidad y no a la vaguedad lingüística: la indeterminación intencional, como se ilustra en los ejemplos anteriores, define un ámbito —un poder— de decisión para los órganos habilitados *expresamente* por la norma. Por su parte, la indeterminación no intencional, aunque no siempre tiene naturaleza lingüística, como en el caso de las antinomias, depende en gran medida del lenguaje jurídico. Por esta razón insiste Luzzati en diferenciar la dimensión normativa (o, más bien, del acto de creación normativa) de la dimensión lingüística: en los casos de delegación normativa el lenguaje no tiene por qué adolecer de indeterminación; se trata de una delegación expresa de un poder de decisión cuyos términos suelen estar claramente establecidos. En cambio, el uso por parte del legislador de cláusulas generales, estándares jurídicos u otros conceptos indeterminados no constituiría —según el autor italiano— una delegación de un poder de decisión, sino una remisión a reglas o estándares éticos o sociales. La indeterminación de éstos confiere cierto grado de discrecionalidad, si bien se trata de una discrecionalidad implícita y meramente fáctica, no explícitamente reconocida por el Derecho⁷.

En efecto, los ejemplos de indeterminación intencional ofrecidos por Kelsen hacen referencia a actos expresos de delegación normativa en órganos administrativos (el supuesto de las medidas sanitarias en caso de epidemia) y judiciales (la determinación de la pena), sin embargo, no hay razones para pensar que hubiese rechazado como un supuesto de indeterminación

⁶ Kelsen (1995, pp. 350–351). Habría una tercera causa de la indeterminación que no tiene que ver con la intención del órgano que la crea ni con la naturaleza del lenguaje en que está expresada la norma superior, sino con las convenciones (métodos, argumentos) interpretativas en el contexto jurídico; se trataría de una indeterminación que no procede “de arriba” ni, por así decirlo, es heredada, sino generada por el propio órgano que realiza el acto jurídico de aplicación. En este sentido, Kelsen señala que los diferentes métodos interpretativos pueden fundamentar la atribución de diferentes significados, incluso contradictorios, a una misma disposición jurídica (Kelsen 1949, p. 180).

⁷ Luzzati (1990a, p. 350).

intencional la utilización deliberada de conceptos vagos o indeterminados⁸. En todo caso, la ambigüedad de la tesis kelseniana no sólo parece captar un aspecto importante de los sistemas jurídicos: a saber, su indeterminación estructural, sino que reproduce la ambigüedad que afecta igualmente a la noción de discrecionalidad⁹.

Desde luego, es posible distinguir entre la discrecionalidad resultante de la delegación normativa, elemento central de la realidad administrativa y constitucional de los sistemas jurídicos contemporáneos desarrollados, y la discrecionalidad derivada de la indeterminación lingüística de las leyes. Ahora bien, es preciso introducir una distinción ulterior entre la discrecionalidad de origen lingüístico, que podríamos calificar como contingente o marginal, derivada de la textura abierta del lenguaje natural y que se produce cuando aparecen casos dudosos que se sitúan en la «zona de penumbra», y aquella otra discrecionalidad, también de naturaleza lingüística, derivada del carácter especialmente indeterminado de algunos términos o expresiones y que opera cuando el legislador recurre a cláusulas generales, estándares jurídicos u otros conceptos indeterminados, esto es, cuando utiliza la indeterminación es deliberada y utilizada como técnica regulativa.

3. Racionalidad legislativa e indeterminación intencional del Derecho

La indeterminación intencional del Derecho, en cuanto técnica regulativa¹⁰, introduce deliberadamente un margen de discrecionalidad en el cumplimiento de la ley, entendiéndolo por cumplimiento cualquiera de las tres siguientes cosas: la adecuación del comportamiento del destinatario a lo establecido por la norma; la aplicación del Derecho por parte de las autoridades habilitadas para obligar a la realización de dicha conducta o para establecer una conducta alternativa a modo de reparación o sanción; o la toma de decisiones

⁸ Lifante Vidal (1999, p. 68).

⁹ De la que han dado buena cuenta, tanto la teoría del derecho (vid. entre otros, Iglesias Vila 1999; o Lifante 2002, pp. 413–439), como la doctrina administrativista (son ya clásicos sobre este tema los trabajos de Sainz Moreno (1976); Beltrán de Felipe (1995) o Desdentado Daroca (1999).

¹⁰ En cuanto técnica regulativa, la indeterminación intencional trasciende el mero ámbito de la teoría de la legislación. Se ha advertido, con razón, que “conviene siempre aclarar si cuando se habla de teoría de la legislación se alude a una teoría de la producción de lo que en su sentido más propio y estricto es la ley, o si se trata de una teoría de la producción normativa, en general, básicamente de la producción de las normas generales, sea cual sea su estatuto jerárquico y su fuente (leyes, reglamentos...)”, dado que la segunda “habría de tomar en consideración muchos más datos y variables que una mera teoría de la legislación en sentido estricto, por lo que habría de ser una teoría mucho más compleja, y más complejo sería también el establecimiento de criterios de racionalidad para sus procedimientos y resultados” (García Amado 2000, p. 304). Sin embargo, me parece que estas prevenciones afectan menos a los aspectos más instrumentales de la técnica legislativa, que a los aspectos procedimentales (por ejemplo, las distintas fases del proceso legislativo, los sujetos intervinientes en cada una de ellas, etc.). La indeterminación es una técnica regulativa general y no una técnica específicamente legislativa.

por parte de un órgano administrativo o judicial en el ejercicio de un poder conferido por una norma habilitante.

El tipo de cuestiones que suscita la utilización de esta técnica regulativa viene determinado por el carácter multidimensional (o transversal) de la indeterminación intencional del Derecho. En un trabajo ya clásico, Manuel Atienza¹¹ propuso diferenciar cinco niveles o tipos de racionalidad en la actividad legislativa: una *racionalidad comunicativa o lingüística* (R1) cuyo fin sería la claridad y la precisión del texto legislativo; una *racionalidad jurídico-formal* (R2) orientada a preservar el carácter sistemático del ordenamiento, lo que supone no solo que las leyes han sido producidas de conformidad con lo establecido por las normas secundarias del ordenamiento, sino que las leyes no generan lagunas, contradicciones normativas (antinomias) o incoherencias axiológicas o teleológicas que afecten al Derecho ya establecido o que puedan interferir en la consecución de los fines de la ley¹²; una *racionalidad pragmática* (R3) o capacidad para operar como directiva de manera que los destinatarios adecuen su conducta a lo establecido en la ley; una *racionalidad teleológica* (R4) o instrumental que se ve frustrada si y en la medida en que la ley no produzca los efectos buscados o produzca efectos no previstos y/o no deseados o deseables; y, por último, una *racionalidad ética* (R5) o justificación ética de la ley, que se ve amenazada cuando la ley no ha sido dictada por quien está éticamente legitimado para ello, cuando prescribe comportamientos inmorales o cuando persigue fines ilegítimos.

Un aspecto importante de este modelo de racionalidad legislativa es la relación entre los distintos tipos de racionalidad. En principio, la articulación como «niveles» de racionalidad denota una ordenación jerárquica entre ellos, de manera que los potenciales conflictos entre niveles de racionalidad se resolverían dando prioridad a los niveles superiores¹³. Sin embargo, esta prioridad no es absoluta o, al menos, debe ser precisada. La integración de los distintos niveles viene determinada por la incorporación de la noción de *eficiencia* como dimensión «transversal» de la racionalidad legislativa y no como un mero componente de la racionalidad teleológica (R4). Esto supone —como explica el propio Atienza— “que, en el nivel R1, sólo tiene sentido perseguir la claridad y la precisión hasta cierto punto; esto es, llega —o puede llegar— un

¹¹ Atienza (1997, pp. 27 ss.).

¹² Es el caso de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (conocida popularmente como «Ley del sólo sí es sí»), cuya integración en el sistema jurídico, y más concretamente con el principio de retroactividad de la norma penal favorable (art. 2.2 Código penal), ha producido efectos paradójicos y contrarios a los pretendidos por el legislador.

¹³ Atienza (1997, p. 92). Díez Ripollés asume el modelo de racionalidad legislativa presentado por Atienza, si bien invierte el orden por razones metodológicas: “si lo que queremos es establecer un procedimiento racional de elaboración de leyes, y no simplemente un instrumental de análisis racional de leyes ya existentes, la racionalidad ética marcaría el ámbito de juego de las restantes racionalidades, la teleológica establecería los objetivos a satisfacer dentro de ese marco, y las restantes se sucederían en un orden de proyección decreciente de instrumentalidad” (Díez Ripollés 2013, p. 91).

momento en que el “beneficio” que supone un incremento de precisión lingüística no compensa el “coste” en cuanto a la extensión de la ley, al tiempo empleado en su redacción, etcétera. Y algo parecido ocurriría en el nivel de la racionalidad ética (R5): el incremento de la libertad tiene —o puede tener— un límite no sólo en la libertad de los demás, sino en otros valores éticos como el de igualdad [...] se ha dicho que los posibles conflictos entre niveles distintos deben resolverse —es racional hacerlo— dando prioridad a los niveles superiores, pero no sería racional que uno de esos niveles —o el valor que lo rige— pretendiera anular por completo a los otros”¹⁴.

Ahora bien, el carácter «multidimensional» que atribuyo a la indeterminación del Derecho, y por tanto a su relación con los distintos niveles o clases de racionalidad legislativa (R1–R5), trasciende esta noción de eficiencia transversal basada fundamentalmente en un juicio de utilidad. Lo que pretendo mostrar a continuación es que la indeterminación del Derecho no afecta únicamente a la racionalidad lingüística de las leyes, sino al resto de dimensiones que constituyen el concepto complejo de racionalidad legislativa. Y ello porque, aunque suela afirmarse que una de las funciones principales del Derecho —si no la principal— es la de dirigir o la de guiar la conducta de los destinatarios, la dirección de la conducta es, más bien, el modo específico en el que el Derecho sirve a los más diversos intereses y realiza las funciones pretendidas por el legislador, cualesquiera que estas sean; es decir, su uso intencional por parte del legislador como estrategia regulativa obliga a analizar la cuestión de la indeterminación del Derecho a la luz de nociones más complejas de dirección (o guía) de la conducta o cumplimiento de la norma.

En consecuencia, la indeterminación no puede ser considerada sin más como un déficit de racionalidad lingüística, esto es, como una patología en forma de vaguedad, ambigüedad u otra forma de oscuridad que obstaculiza la comunicación entre el legislador y el destinatario de la norma¹⁵. La utilización de la indeterminación como estrategia regulativa, el recurso deliberado a conceptos vagos, estándares indeterminados o a lo que un sector doctrinal denomina normas “abiertas”¹⁶ (normas que no establecen, o lo hacen de una forma incompleta, su condición de aplicación, el contenido o conducta que resulta exigible) no constituye un déficit de racionalidad lingüística de la norma, sino que, en estos casos, la indeterminación está al servicio de otros

¹⁴ Atienza (1997, pp. 93–94).

¹⁵ De hecho, tampoco lo es la utilización de un lenguaje técnico que resulte incomprensible para un lego en la materia; no puede hablarse aquí de frustración de la comunicación entre el legislador y el destinatario, porque —como explica Atienza— el destinatario de la información puede no ser el destinatario formal de la norma: la ley puede no ser clara para quien tiene la obligación de cumplirla, sin que ello signifique que la norma es lingüísticamente defectuosa; es lo que ocurre con aquellas normas cuyo contenido presenta un alto grado de especialización técnica, de manera que, la mayoría de las veces, su cumplimiento requiere la asistencia de un perito en la materia (Atienza 1997, p. 29).

¹⁶ Ver, por todos, Atienza y Ruiz Manero (2006).

objetivos y, por así decirlo, de «otras racionalidades». Un determinado grado de indeterminación lingüística puede, por ejemplo, favorecer el encaje sistemático de las normas en el ordenamiento (racionalidad *jurídico-formal*), evitando la aparición de antinomias —más concretamente de las llamadas antinomias en abstracto o *a priori*¹⁷— o de lagunas, cuando la concreción de lo indeterminado opera de manera extensiva.

Por otra parte, y como ya se ha apuntado, desde el punto de vista de la racionalidad *pragmática* qué se entienda por *guiar* la conducta del destinatario no puede ser equiparado al seguimiento de reglas cuando el Derecho es indeterminado y genera espacios de discrecionalidad. Aunque los motivos para la obediencia (adhesión, temor a las consecuencias: sanciones, invalidez de actos o negocios jurídicos, etc.) o las condiciones materiales para la eficacia (económicas, administrativas, etc.) puedan ser similares, la *adecuación* del comportamiento a lo exigido por la norma cuando ésta contiene conceptos vagos, cláusulas generales o estándares variables requiere del destinatario la especificación de una acción o conducta en situaciones concretas que, en el muy probable caso de que el destinatario esté interesado por las consecuencias jurídicas de sus actos, supondrá no sólo dilucidar el significado de la norma, sino también una anticipación de cuál puede ser la reacción de los tribunales a la decisión adoptada en ese contexto particular.

La indeterminación puede ser un medio para alcanzar objetivos que no podrían alcanzarse de ningún otro modo o para alcanzarlos con un mayor grado de eficiencia (racionalidad *teleológica*)¹⁸. Para alcanzar sus objetivos mediante la dirección de la conducta el legislador puede que recurrir a dos tipos de técnicas regulativas: la imposición o prohibición de ciertas acciones, es decir, la imposición de deberes específicos de hacer o no hacer; y la utilización de cláusulas generales, estándares u otros conceptos indeterminados que no imponen deberes específicos de hacer o no hacer, aunque, no obstante, proporcionan criterios para la identificación de las acciones debidas por los destinatarios¹⁹. Nada impide —y, de hecho, no es extraño— que el legislador recurra para alcanzar un resultado óptimo a una combinación de ambas técnicas para regular un determinado ámbito de actividad.

La utilización de cláusulas generales, estándares o conceptos

¹⁷ Lo que, obviamente, no impiden que surjan con posterioridad, en el momento de la aplicación a la vista de las circunstancias del caso, lo que se conoce como antinomias en concreto.

¹⁸ Interesa aquí únicamente analizar la técnica regulativa de la indeterminación intencional desde el punto de vista de la teoría del derecho; quedan fuera, por tanto, los usos instrumentales de la indeterminación de índole política. como aquello que Carl Schmitt denominó «compromiso apócrifo» o «fórmula dilatoria», consistentes en “encontrar una fórmula que satisfaga todas las exigencias contradictorias y deje indecisa en una expresión antifolológica la cuestión litigiosa misma” (Schmitt 1982, p. 54).

¹⁹ Waldron (2011, pp. 58–82).

indeterminados puede obedecer a una decisión del legislador, el uso de este tipo de términos parece inevitable cuando no es posible una identificación previa y exhaustiva de todas las acciones que debe ser realizadas o impedidas para alcanzar los fines que se persiguen en un determinado ámbito. En otras palabras: no hay modo de traducir completamente el significado de estos estándares o conceptos indeterminados a un catálogo cerrado de acciones definidas *a priori*²⁰; son los destinatarios en un primer momento, y en última instancia los jueces u órganos administrativos, quienes deben especificar qué acciones están permitidas o no lo están, esto es, quienes deben identificar en cada caso los límites que la cláusula de «orden público» establece a la libertad religiosa (art. 16.1 Constitución española) o al principio de libertad contractual (art. 1255 del Código civil), los deberes que, en ausencia de una norma más específica, corresponderían conforme a la cláusula del «buen padre de familia» en el derecho de obligaciones (arts. 497, 1094 y 1104 Código civil), así como la exoneración de responsabilidad conforme a la cláusula inhibitoria de la «interpretación razonable» del artículo 179.2 d) de la Ley General Tributaria, entre otros muchos supuestos. El recurso a cláusulas generales, estándares o conceptos indeterminados puede verse como una especie de «delegación» en dos tiempos; en primer lugar, a los destinatarios de la norma y, en última instancia, en los tribunales que deben fiscalizar y juzgar la conducta de los particulares²¹. Se trata de una situación distinta de, por un lado, la discrecionalidad que hemos llamado calificado como contingente que se produce en los casos dudosos o vagos, pero, por otro lado, también algo distinto de la delegación normativa o discrecionalidad que se predica de aquellas obligaciones que son susceptibles de ser cumplidas y plenamente satisfechas por más de una conducta²², como en el caso de las obligaciones alternativas (artículos 1131 y 1132 del Código civil) o, muy especialmente, de los poderes discrecionales de órganos administrativos y judiciales, supuesto en el que cabe hablar propiamente de un acto de delegación normativa a favor de aquellos órganos con capacidad de decidir qué acción o conducta específica debe realizarse para cumplir con la obligación establecida por la norma.

El valor de la indeterminación —y, particularmente, de la vaguedad— como técnica regulativa se manifiesta además en otros contextos. Es posible que un mayor grado de precisión de la norma sea contraproducente y favorezca que su literalidad entre en conflicto con su *rationale* (o referencia regulativa), generando casos de «sobreinclusión» e «infrainclusión»²³. Asimismo, la delegación implícita que tiene lugar mediante el uso de conceptos vagos puede realizar plenamente los propósitos de la ley: el uso de conceptos vagos permite posponer decisiones que deben ser adoptadas en contextos donde se dispone de

²⁰ Vid. Lifante (2019, pp. 565–582).

²¹ Marmor (2018, pp. 561–580, en especial, p. 571).

²² Vid. Hernández Marín (2012, pp. 396 ss.).

²³ Endicott (2011, pp. 14–30, especialmente, pp. 23 ss.; y 2001, pp. 379–385).

una mayor información de la que somos capaces de anticipar²⁴. Otra línea argumental es la que relaciona esta forma de regulación mediante cláusulas y estándares más o menos vagos cuya obediencia obliga al destinatario a decidir por sí mismo un determinado curso de acción con la consideración de éste como un auténtico agente moral²⁵. Por último, pueden aducirse razones que apuntan a la permeabilidad del Derecho respecto de la moral social y/o del razonamiento moral (esto es, la moral crítica) y su adaptabilidad a las circunstancias y el momento histórico en que es aplicado sin necesidad de ser modificado, especialmente pertinentes en relación con las cláusulas generales y estándares variables.

El último de los niveles de racionalidad legislativa es la racionalidad ética. La indeterminación intencional del Derecho presenta una dimensión ética, si bien ésta tiene un sentido que podemos denominar «interno», frente al sentido «externo» relativo a la legitimidad del legislador o de los fines de la norma. La cuestión aquí no es la justificación moral de los fines de la norma, sino la evaluación de los efectos y consecuencias de este tipo de técnica regulativa. Estos efectos se manifiestan, fundamentalmente, aunque no únicamente, con la seguridad jurídica, ya sea porque toda indeterminación provoca un déficit de certidumbre y un espacio de discrecionalidad que puede derivar en arbitrariedad o abuso de poder, especialmente indeseable en el ámbito sancionador; ya sea por el llamado «efecto desalentador» (*chilling effect*) que se produce cuando los destinatarios no pueden predecir razonablemente si su comportamiento tendrá o no consecuencias jurídicas negativas, lo que puede llevar a un exceso de prudencia que los prive de ejercitar derechos y libertades constitucionalmente protegidos.

4. La intención legislativa en la indeterminación intencional

La racionalidad teleológica proporciona razones, en forma de objetivos o resultados, para optar en determinadas circunstancias por una técnica regulativa que incorpore un cierto grado de indeterminación sin que ello suponga un déficit de racionalidad de la ley. Presumiblemente, dichos objetivos o resultados forman parte de la intención del legislador cuando recurre a este tipo de técnica regulativa, sin embargo, queda abierta la cuestión de cómo pretende el legislador —si es que puede considerarse que esto forma parte de esa intención— la eliminación de la indeterminación en cada caso de aplicación del Derecho, primero, por los destinatarios de la norma y, en última instancia, por jueces y tribunales. Esta cuestión nos remite a la teoría de los conceptos indeterminados en la ciencia jurídica.

²⁴ Endicott (2011, p. 26).

²⁵ Waldron (2011). En conexión con la idea de que la técnica legislativa define el tipo de agente moral al que el Derecho presume que se dirige, el propio Waldron ha sostenido que la inclusión de conceptos esencialmente controvertidos en la Constitución constituye un estímulo o invitación a la reflexión y al debate pública (Waldron 1994, pp. 534 ss.).

La literatura jurídica suele utilizar las expresiones «conceptos jurídicos indeterminados», «cláusulas generales», «cláusulas abiertas», «estándares jurídicos» y otras similares para calificar a un conjunto de términos legales, como “buena fe”, “orden público”, “interés general”, “diligencia del buen padre de familia”, “buenas costumbres”, “justo precio”, etc., cuyo único rasgo común parece ser un elevado y evidente grado de indeterminación; algo que, por otra parte, no debe ocultar el hecho de que todos los conceptos jurídicos son vagos o, debido a la textura abierta del lenguaje, pueden serlo. No siempre es fácil dilucidar si se usan como expresiones sinónimas, si hacen referencia a categorías distintas y, en su caso, si existe entre ellos una relación de género y especie (el caso más obvio sería el de los conceptos jurídicos indeterminados y las cláusulas generales)²⁶; tampoco cuáles son las propiedades definitorias de cada una de estas categorías, esto es, en qué consiste la indeterminación en cada caso (generalidad, ambigüedad, vaguedad)²⁷; o, en fin, las implicaciones de la calificación de un término legal como instancia de una u otra categoría, o sea, qué consecuencias tiene para la identificación y aplicación del Derecho afirmar que una expresión o enunciado jurídico es un concepto jurídico indeterminado, una cláusula general o un estándar.

No obstante, todos estos conceptos parecen coincidir en dos aspectos. En primer lugar, se refieren a términos o expresiones genéricos que abarcan un amplio número de casos, lo que permite regular un conjunto igualmente amplio de supuestos de hecho a los que imputa una misma consecuencia jurídica sin necesidad de describirlos a partir de un conjunto de propiedades específicas²⁸. Estos conceptos son, por tanto, formas abreviadas de referirse a una pluralidad incierta de supuestos de hecho o, también, de consecuencias jurídicas. Es el caso, por ejemplo, de la cláusula de orden público como límite de la libertad de culto del art. 16.1 CE: no es posible anticipar las distintas prácticas que, bajo el manto de la libertad de culto son contrarias a la legalidad o ponen en riesgo la seguridad ciudadana o la convivencia pacífica (sacrificio de animales o personas, participación de menores en actos de culto, invocaciones públicas de espíritus malignos, etc.). El orden público es una forma abreviada de expresar

²⁶ En la doctrina alemana, sin embargo, es habitual distinguir entre «conceptos jurídicos indeterminados» y «cláusulas generales», y entre estos y otros conceptos afines, como el de «conceptos de libre apreciación». Vid. por todos, Engisch (2014, pp. 152 ss.).

²⁷ Se observa aquí —como señala Igartua— una doble indeterminación: la indeterminación característica de una clase de conceptos que denominamos «conceptos indeterminados», y, a su vez, la indeterminación que afecta a la propia noción o *concepto* de «concepto indeterminado» (aunque esto no tendría por qué ser necesariamente así): mientras que la indeterminación en relación con los conceptos indeterminados se produce porque surgen dudas (irresolubles) acerca de si un objeto está comprendido en un concepto, la indeterminación en el segundo caso es relativa a la definición del concepto «concepto indeterminado», lo que podría reformularse como “el concepto *intensionalmente* vago de la expresión «los conceptos *extensionalmente* vagos»” (Igartua Salaverría 2000, pp. 145–162).

²⁸ De ahí que Engisch (2014, p. 164) sostuviera que “[e]l significado específico del concepto de «cláusula general» hay que buscarlo en la contraposición de una configuración «casuística» del supuesto de hecho”.

un contenido normativo, a saber: todas aquellas prácticas o conductas contrarias a la legalidad y la seguridad ciudadana²⁹. En segundo lugar, para su aplicación, estos conceptos “*exigen algo más que un esfuerzo de interpretación* cuando deben aplicarse un supuesto concreto, exigen que el juez procese información, pondere valores y proceda a la construcción del mandato, produciéndose así un desarrollo judicial del derecho *pretendido por el legislador*”³⁰. Ahora bien, el problema central no es tanto la identificación de qué términos o expresiones legales son conceptos jurídicos indeterminados, sino, sobre todo, el parámetro conforme al cual debe el juez concretar y completar el Derecho.

Conviene insistir en que las expresiones «conceptos jurídicos indeterminados», «cláusulas generales», «estándares jurídicos» y otras similares pertenecen al lenguaje de los operadores jurídicos —jueces, abogados, y especialmente científicos del derecho—, es decir, al discurso jurídico (o metalenguaje) que *califica* como tales algunas expresiones o enunciados utilizados por el legislador (o lenguaje objeto), tales como “buena fe”, “orden público”, “interés general”, etc. Los conceptos del lenguaje de los operadores jurídicos tienen, como ha señalado Chiassoni³¹, un carácter contingente, ideológico e interpretativo. La existencia de conceptos jurídicos indeterminados, cláusulas generales o estándares jurídicos en el derecho positivo depende de la concurrencia de tres factores: la utilización por el legislador en la formulación de los textos legales de términos y expresiones valorativas; la participación de los operadores jurídicos en una cultura jurídica que incorpora estos conceptos y permite interpretar el uso de este tipo de expresiones como la intención legislativa de regular una clase de relaciones mediante las técnicas correspondientes (o sea, la utilización de cláusulas generales, de estándares, etc., en lugar de una construcción casuística del supuesto de hecho); y, por último, la calificación de determinadas expresiones valorativas de los textos legales como «concepto jurídico indeterminado»,

²⁹ El contenido de la cláusula varía según el contexto en que se emplee. Así, por ejemplo, en el ámbito del derecho privado, la STS de 5 de abril de 1966 establece que “el orden público nacional está integrado por aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos, morales, e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada”, aunque, en la práctica, se identifique con “las leyes imperativas y prohibitivas y los principios en que ellas se inspiran y que de ellas se deducen” (Lacruz Verdejo, J. L. et al. 2007, pp. 444–445). En cambio, para el derecho público puede asimilarse a interés general o, en un sentido algo más restringido, a seguridad pública; así, por ejemplo, el bien jurídico protegido de los delitos de orden público es definido como “el normal funcionamiento de las instituciones y servicios públicos, del ejercicio por las autoridades gubernativas y judiciales de sus funciones y del conjunto de condiciones que permiten el normal desarrollo de la vida ciudadana en el marco convivencial de la organización democrática del Estado” (Llobet Angli 2023, p. 457).

³⁰ García Salgado (2003, p. 109, subrayado mío).

³¹ Chiassoni se refiere expresamente a las «cláusulas generales» en un sentido amplio, por lo que –entiendo– sus tesis pueden hacerse extensivas al conjunto de las expresiones a que nos referimos aquí; vid. Chiassoni (2011, pp. 89–106, especialmente, pp. 96 ss.).

«cláusula general» o «estándar», a modo de adscripción de sentido o valor a un objeto cultural que precede y determina a su interpretación³².

En tanto que construcciones dogmáticas o teóricas, son posibles diversas doctrinas o ideologías de los conceptos jurídicos indeterminados. Estas doctrinas presentan, de manera más o menos explícita, tres elementos³³: (i) un concepto de «concepto indeterminado», de «cláusula general» o de «estándar jurídico»; (ii) directivas relativas a la identificación de este tipo de conceptos en el Derecho; y (iii) directivas relativas a la interpretación de los «conceptos», «cláusulas» o «estándares» en el discurso jurídico.

(i) La construcción de conceptos como «concepto indeterminado», «cláusula general» o similares pasa por la identificación de las propiedades *lingüísticas* que describen una específica forma de indeterminación.

Algunas de estas construcciones han tenido una enorme repercusión en la filosofía del derecho de los últimos años. Es caso de los «conceptos esencialmente controvertidos»³⁴, noción central para la concepción interpretativista del Derecho y el postpositivismo de inspiración dworkiniana. Lo que caracteriza a este tipo de conceptos es el tipo de indeterminación lingüística que manifiestan —la *controvertibilidad*— y que difiere tanto de la ambigüedad como (muy especialmente) de la vaguedad. Los desacuerdos en la aplicación de los conceptos controvertidos no giran en torno a casos dudosos o marginales que se sitúan en la zona de penumbra, sino que es una disputa entre reconstrucciones o paradigmas rivales que pretenden captar, subrayando o excluyendo los diversos valores o bienes a que hacen referencia³⁵, la esencia o el verdadero significado del concepto. Muchos de los términos contenidos en los textos constitucionales modernos, como “dignidad”, “democracia” o “autonomía” expresarían conceptos esencialmente controvertidos, aunque su alcance puede extenderse a otros conceptos y ámbitos jurídicos (y, de hecho, así ocurre con las cláusulas generales o estándares, que son descritos por parte de

³² Chiassoni (2011, p. 96). De lo anterior resulta que la utilización de expresiones valorativas por el legislador no es condición *suficiente* para la existencia de cláusulas generales en un ordenamiento, pero, por otra parte, tampoco es condición *necesaria*, pues, en el contexto de una cultura jurídica que admita su existencia, los operadores jurídicos siempre podrían identificar cláusulas generales implícitas a partir de las técnicas para la derivación de normas no expresamente formuladas (*Ibidem*).

³³ Chiassoni (2011, p. 97).

³⁴ Como es sabido, la noción de «concepto esencialmente controvertido» se debe a Gallie. Para su proyección al ámbito jurídico, vid, Waldron (1994, pp. 526 ss.) e Iglesias Vila (2000, pp. 77–104).

³⁵ A su vez, las diversas formas de ordenar y dar prioridad a uno u otro aspecto del concepto en cuestión implican la utilización de otros conceptos en el marco de una construcción teórica (parece difícil dilucidar el significado de, por ejemplo, el concepto de «libertad» en un texto constitucional sin alguna remisión a los conceptos de «autonomía» o a alguna noción acerca de nuestros deberes para con los otros miembros de la comunidad)

la doctrina en términos similares a como lo son los conceptos esencialmente controvertidos).

Otra forma de indeterminación es la que Endicott ha denominado «vaguedad extravagante». La vaguedad extravagante difiere de las clásicas nociones de vaguedad *cuantitativa* o *de grado* (que surge cuando el lenguaje pretende establecer límites precisos y operar conforme a una lógica bivalente — verdadero/falso— propiedades de los objetos que se presentan en la realidad de manera gradual formando un *continuum*, como en el caso del uso de los conceptos «bajo», «pobre» o «calvo») y vaguedad *cualitativa* o *combinatoria* (que se produce cuando no podemos determinar qué propiedades debe tener un objeto para considerarlo miembro de una clase de cosas³⁶). El rasgo distintivo de la vaguedad extravagante, que afecta a conceptos como «razonable» o «negligente» no es sólo el carácter evaluativo de estos términos, sino que sus condiciones de uso apuntan a una valoración *multidimensional* en la que intervienen diversos factores o elementos *inconmensurables* (al menos, algunos de ellos)³⁷. Un concepto vago en este sentido es el de «debido cuidado» cuando se está al cuidado de menores. Los factores que potencialmente pueden determinar la responsabilidad por incumplimiento de esos deberes son muy diversos y no siempre —de hecho, casi nunca— es posible una comparación cuantitativa con referencia a una escala común. Evidentemente, podemos afirmar que dejar a un niño en casa solo durante un par de horas es más grave que hacerlo durante cinco horas; o que es más grave dejar solo a un niño de dos años que hacerlo con uno de seis durante el mismo periodo de tiempo. Pero esos dos factores, el tiempo y la edad, pueden aparecer combinados de tal modo que den lugar a situaciones inconmensurables (por ejemplo, no está claro si es más grave dejar a un niño de dos años solo durante diez minutos o dejar a un niño de seis años sólo durante dos horas); si a estos se añaden otros relativos a las condiciones precisas en que se produce el abandono (¿hay balcones en la casa; están las puertas abiertas?, ¿cuál es la temperatura; están los niños vestidos adecuadamente?, el nivel de madurez del niño, etc.), es obvio que surgirán problemas de inconmensurabilidad. La vaguedad extravagante no excluye la vaguedad ordinaria, es decir, es muy probable que en este tipo de

³⁶ Debemos a Wittgenstein el ejemplo más célebre de este tipo de vaguedad: la palabra “juego” (Wittgenstein 1988, p. 87 [§ 66]). Otro igualmente paradigmático es “Religión”. El catolicismo y el Islam cuentan indudablemente como religiones y cada una de ellas presenta ciertas propiedades que parecen relevantes para que la palabra “religión” les sea de aplicación; a saber: (1) la creencia en dioses o seres sobrenaturales; (2) consideración de ciertos objetos o lugares como sagrados; (3) práctica de rituales y ceremonias de culto y devoción a los dioses o lo sagrado; (4) un código moral que se supone sancionado por los dioses; (5) sentimientos de sobrecogimiento y misterio asociados a la santidad; (6) rezos y otros modos de comunicación con la divinidad; (7) una imagen del mundo, que quizás incluye también una teología, una cosmología, una escatología, etc. Sin embargo, no diríamos que un sistema de creencias no es una religión sólo porque carezca de alguna de las anteriores propiedades (por ejemplo, un código moral de origen sagrado). El ejemplo es de Alston (1967), citado por Waldron (1994, p. 518).

³⁷ Endicott (2011, pp. 17–18).

situaciones se produzcan casos dudosos, pero lo que hace que la vaguedad extravagante sea especialmente problemática y resistente a ser precisada es su multidimensionalidad³⁸.

(ii) Las directivas relativas a la identificación de estos conceptos en el Derecho permiten —y presuponen que esa era, precisamente, la voluntad o la intención del legislador— la calificación de determinadas expresiones o enunciados legales como tales «conceptos», «cláusulas» o «estándares».

Es en función de estas directivas o criterios que una expresión —por ejemplo, “orden público”— es interpretada como una cláusula general y no como una propiedad o un principio general de un conjunto finito de ilícitos típicos contenidos en otras normas del sistema. Puede ocurrir, no obstante, que una misma expresión valorativa tenga la consideración de cláusula general en unos casos y en otros el de una propiedad general, como ocurre, precisamente, con “orden público”, que opera como cláusula general que establece de forma atípica o indeterminada límites a la libertad religiosa o a la libertad contractual, y, al mismo tiempo, expresa una propiedad descriptiva general de un conjunto de ilícitos típicos en el encabezamiento del Título XXII del Código penal “Delitos contra el orden público”.

(iii) Por último, las directivas relativas a la interpretación de los «conceptos», «cláusulas» o «estándares» en el discurso jurídico llevan a entender el término calificado como tal concepto, cláusula o estándar como una remisión a un parámetro externo de valoración, ya sea la moral objetiva, la moralidad política subyacente a la constitución, la moral social, a un sistema de reglas técnicas o profesionales y/o a modelos de conducta como la *lex artis*³⁹ u otros sistemas de valoración no estrictamente normativos (como el sistema económico). Forman parte también de estas directivas aquellas que especifican el tipo de razonamiento práctico que requiere el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la norma.

Creo que es posible trazar una línea divisoria —poco sutil, ciertamente— entre las doctrinas o concepciones de los conceptos jurídicos indeterminados: de un lado, aquellas que podríamos calificar como deliberativas o moralistas y de otro, y a falta de una mejor denominación, las que denominaré criteriológicas o positivistas.

³⁸ Marmor (2018, p. 564). El propio Marmor asume que la diferencia entre la vaguedad ordinaria y la vaguedad extravagante puede ser una cuestión de grado, dado que incluso los términos vagos más simples no son unidimensionales (así, por ejemplo, la aplicación de la palabra “calvo” puede depender no sólo de la densidad, sino de la distribución del cabello sobre el cuero cabelludo); sin embargo, los factores relevantes en los casos ordinarios “no son profunda e inevitablemente inconmensurables” (*Ibidem*).

³⁹ Vid. Seoane (2022, pp. 275–300).

Las primeras suelen presentar de un modo más o menos explícito los siguientes elementos: 1) definición de los conceptos jurídicos indeterminados a partir de formas especialmente intensas de indeterminación lingüística; 2) interpretar la utilización de estos conceptos por parte del legislador como una remisión a una deliberación o ponderación de razones y argumentos; y 3) calificación como «principios» o «directrices» de las normas que contienen este tipo de conceptos.

Un caso paradigmático de doctrina moralista me parece la sostenida por José María Miquel en su clásico trabajo sobre las cláusulas generales⁴⁰. Veamos en primer lugar su caracterización por referencia al tipo de indeterminación lingüística. Una «cláusula general» no es concepto meramente vago o que contenga términos indeterminados, sino un concepto *esencialmente* vago: “[u]n cierto grado de indeterminación marginal no convierte a un precepto en una cláusula general; tampoco el mero hecho de que contengan algún concepto jurídico indeterminado (...) solo puede ser definidas como cláusulas generales, aquellas disposiciones en las que el legislador ha utilizado para la descripción del supuesto de hecho conceptos de un grado tan alto de abstracción e indeterminación, que no, solo presenta la inevitable zona de penumbra, sino que carecen incluso de un núcleo de sentido unívoco claramente comprobable. (...) La imprecisión aquí no se limita a los lugares periféricos del concepto, sino a su mismo núcleo que se hace lingüísticamente inaprensible, de modo que la incertidumbre se extiende el concepto en su totalidad”⁴¹. Este grado de indeterminación es provocado por la remisión del Derecho a conceptos extrajurídicos de carácter moral o ético, como la buena fe, la moral, las buenas costumbres o el orden público. La aplicación de las normas que contienen cláusulas generales no puede proceder mediante una subsunción directa del caso en la formulación legal (esto es, mediante una operación interpretativa más o menos simple), sino que en estos casos “solo se puede llegar a traducir la disposición para el caso concreto por medio de una decisión valorativa, basada en fundamentos éticos y morales”⁴². Y esta remisión a la deliberación moral⁴³ es,

⁴⁰ Miquel González (1997, pp. 297–326).

⁴¹ Miquel González (1997, p. 305). Como ha señalado Victoria Iturralde, la tesis de que la indeterminación alcanza incluso al núcleo del concepto supondría asumir un tipo de escepticismo lingüístico radical; supondría entender que expresiones como “buena fe” o “interés del menor”, entre otras muchas, no tienen un significado para los juristas, sino que se trataría de algo así como un lenguaje privado del juez que únicamente él podría determinar en el caso concreto y, obviamente, sería inmune a la crítica. Una postura de este tipo es difícilmente sostenible, pues ignora la naturaleza convencional del lenguaje (Iturralde Sesma 2014, pp. 122 ss.; y 2019, pp. 553-554).

⁴² Miquel González (1997, p. 305).

⁴³ Esta deliberación moral no debe entenderse únicamente como una ponderación entre razones morales de primer orden, sino que incluye consideraciones de tipo teleológico, de modo que la cláusula general “opera, por tanto, al servicio, no solo de unos valores materiales, como por ejemplo, honradez, lealtad para la protección de la confianza, sino también como instrumento de aplicación del derecho al servicio de finalidades específicas de los diversos sectores del ordenamiento” (Miquel González 1997, p. 314).

precisamente, lo que distinguiría —según Miquel— a las cláusulas generales de los estándares: mientras que los estándares “se entienden en un sentido empírico”, las cláusulas generales “ya no cumplen una mera función receptora o de remisión a normas sociales, sino que son mucho más que eso (...) se considera que cumplen además funciones de transformación y delegación en la formación de normas”⁴⁴.

Aunque no se refiera a los principios de forma explícita, las observaciones metodológicas de Miquel evocan la teoría principialista de las normas jurídicas. Según Miquel, las cláusulas generales “son una técnica de formación judicial de la regla aplicable al caso concreto, sin un modelo de decisión pre constituido de un supuesto de hecho abstracto (...) no tienen un propio supuesto de hecho autónomo, porque están destinadas a concretarse en el ámbito de programas normativos de otras disposiciones”⁴⁵; unas veces como límites al ejercicio de los derechos, poderes y facultades (art. 7 Código civil) y otras como fuente de integración de lagunas en el ámbito contractual (art. 1258 Código civil)⁴⁶. En otras palabras, siempre que pueda justificarse su relevancia en la configuración del supuesto de hecho, la cláusula general opera como mecanismo de transformación de una regla en un principio.

Una identificación expresa de las doctrinas moralistas con la teoría principialista de la norma jurídica es manifiesta en el análisis de la cláusula de orden público del artículo 1255 del Código civil realizada por Manuel Atienza⁴⁷. Para Atienza esta cláusula “es un ejemplo de lo que se suele llamar concepto jurídico indeterminado”, dada la imposibilidad de determinar *a priori* las condiciones necesaria y suficientes para su aplicación. La indeterminación lingüística cumple una función de flexibilización del sistema, pero para que esa flexibilidad no se traduzca en arbitrariedad, “el particular o el órgano aplicador que usa la categoría de orden público para guiar su conducta, no puede hacerlo de manera, por así decirlo, directa, sin intermediaciones: tiene que recurrir a una deliberación, tiene que ponderar”. Lo que esto significa —concluye Atienza— es que la norma contenida en el art. 1255 Código civil es un *principio*⁴⁸. De este modo, la cláusula de orden público condiciona la validez de potencialmente cualquier contrato “a un juicio, una deliberación, en la que de un lado aparece el principio de autonomía de la voluntad, y, de otro, el resto de los principios (esenciales) del Derecho; y lo que habrá que resolver en cada caso es si esos otros principios tienen fuerza suficiente como para derrotar al de autonomía”; en este sentido, “podría decirse que “orden público” no es exactamente el nombre de un principio, sino una forma abreviada, para

⁴⁴ Miquel González (1997, p. 307).

⁴⁵ Miquel González (1997, p. 306).

⁴⁶ Vid. Miquel González (2019, pp. 219– 250, en especial, p. 224).

⁴⁷ Atienza (2019, pp. 61–83).

⁴⁸ Atienza (2019, pp. 67–88).

referirse al conjunto de todos los principios jurídicos esenciales, con exclusión del de autonomía de la voluntad”⁴⁹.

Un último ejemplo. Isabel Lifante ha caracterizado los estándares como «conceptos radicalmente indeterminados». A diferencia de los conceptos meramente vagos, en los que es posible distinguir un núcleo de certeza que determina los casos claros de aplicación del concepto y una zona de penumbra donde se discute la aplicabilidad del concepto, en los conceptos radicalmente indeterminados “es muy difícil trazar esa contraposición entre el núcleo de certeza y la zona de penumbra, dado que no se conocen siquiera cuales deben ser las propiedades que definen al concepto y este desconocimiento es debido a que tampoco se pueden prever cuáles serán los distintos contextos en los que dichos conceptos deberán aplicarse”⁵⁰. De nuevo, los conceptos son definidos mediante una especialmente intensa forma de indeterminación que parece ir más allá de la mera vaguedad. Ciertamente, las cláusulas generales o los estándares no podrían cumplir su función sin cierto grado de indeterminación, pero cabe preguntarse también si pueden hacerlo con el grado de indeterminación que estas doctrinas les atribuyen.

En cuanto a la caracterización de las normas que contienen estándares, Lifante parte de que los estándares remiten a un tipo especial de deberes que solemos llamar “responsabilidades”. A diferencia de un deber específico de acción u omisión, la responsabilidad es el conjunto de deberes propios o definitorios de un rol social o institucional (padre de familia, médico, etc.). Ahora bien, en lugar de entender este tipo de estándares como remisiones a la imagen que comúnmente se tiene de cada uno de estos roles, “lo que caracterizaría — sostiene Lifante— los deberes a los que nos referimos con este sentido de responsabilidad, sería el hecho de que se definen por su conexión con la promoción de determinados fines o estados de cosas considerados valiosos (...) esta vinculación con la promoción de ciertos fines, es además, la que determina las funciones (el estatus o rol) el sujeto desempeña en el marco de la institución social de que se trate. Ocupar un determinado rol, posición o cargo (bien, sea como padre, médico, representante, etc.) en el marco de una institución social, compromete con la búsqueda del bienestar o las metas o propósitos propios de la institución”⁵¹. La regulación de este tipo de deberes, por tanto, no especifica de antemano qué acciones debe realizar o abstenerse de realizar el destinatario de la norma, sino que establece como obligatorio la consecución o evitación de un estado de cosas o un resultado, delegando en el destinatario de la norma — esto es, el sujeto responsable— el poder determinar la concreta acción a realizar para dar cumplimiento a la norma, realizando o consiguiendo evitar el estado de cosas o el resultado en cuestión. Aquellas normas cuyo contenido es la consecución o la maximización de un fin, dejando a la discrecionalidad y

⁴⁹ Atienza (2019, pp. 68-69).

⁵⁰ Lifante (2019, pp. 566-567).

⁵¹ Lifante (2019, pp. 572-573).

responsabilidad del destinatario la selección de los medios se denominan «normas de fin» (en contraposición a las «normas de acción»). Y en tanto que es al sujeto a quien le corresponde en cada caso, y en función de las circunstancias del mismo, decidir el sentido de su actuación, “se le exige llevar a cabo una deliberación”⁵², que deberá tener en cuenta aspectos valorativos (intereses implicados), así como aspectos técnicos (pragmáticos) del caso. Determinar el cumplimiento o incumplimiento de este tipo especial de deberes no puede consistir, por tanto, en comprobar si se ha realizado una determinada acción debida. A la hora de evaluar el cumplimiento de una responsabilidad se deberían distinguir dos cuestiones: por un lado, los resultados obtenidos, esto es, el grado de éxito en la consecución de los objetivos o estados de cosas valiosos que la norma establece como fin; y, por otro, el desempeño de los deberes que la atribución de una responsabilidad impone al sujeto y que dependerá de la calidad de la deliberación, que llevó al sujeto a adoptar una concreta medida o a realizar una determinada acción⁵³. La reconstrucción de las responsabilidades a partir de las nociones de compromiso (con un rol social) y deliberación tiene unas evidentes connotaciones morales. Así entendidos, los estándares no remiten únicamente a la adecuación del comportamiento a los modelos de los roles sociales, sino que exigen de los destinatarios una especial implicación y actitud constructiva en la definición del propio rol del que derivan los deberes.

Esta forma de entender tanto las cláusulas generales como los estándares tiende a minimizar los casos claros, aquellos en los que la determinación de la validez de un contrato no es el resultado de una deliberación porque, sencillamente, no hay duda alguna de que su objeto o sus términos no son contrarios al orden público. E igualmente puede decirse de los estándares: hay muchos casos en los que la identificación de la conducta debida o conducta responsable (o irresponsable) no requiere un juicio o la consideración de un rol social, sino únicamente comprobar si han tenido lugar determinadas conductas socialmente típicas asociadas a los roles institucionales en cuestión.

Las concepciones criteriológicas o positivistas, por su parte, se caracterizan por: 1) atenuar o pretender cierta gradación entre las formas de indeterminación, asociando las formas más intensas a algunos conceptos jurídicos especiales o radicalmente indeterminados, pero no a todos aquellos que incluimos dentro de la categoría de conceptos jurídicos indeterminados, cláusulas generales o estándares; en otras palabras, resaltar la importancia de los casos claros o fáciles; y 2) remitir a modelos sociales típicos para la determinación del contenido de la norma.

Una forma especialmente compleja de indeterminación es la que deriva de lo que Endicott ha denominado «vaguedad extravagante». Recordemos que

⁵² Lifante (2019, p. 574).

⁵³ Lifante (2019, p. 575).

un concepto es vago en sentido extravagante cuando se define a partir de varias dimensiones o propiedades que adolecen, a su vez, de vaguedad extensional o de grado y, además, son inconmensurables entre sí. La vaguedad extravagante puede verse intensificada si a la vaguedad extensional de cada una de sus dimensiones o propiedades se une la indeterminación intensional (o sea, cuando resulta dudoso cuáles son estas dimensiones o propiedades). Conceptos jurídicos indeterminados como «orden público», «buena fe» o «razonable» son extravagantes en ambos sentidos, pues “es incierto y discutible qué se requiere para que una actuación respete el orden público, muestre buena fe o sea razonable [y] de otro lado, algunos de los requisitos más verosímiles pueden satisfacerse en varios grados, los cuales forman una progresión continuada que no admite separar cuándo el requisito se satisface y cuándo no”⁵⁴. Pero, con todo, no se trata de «conceptos esencialmente controvertidos», toda vez que hay casos centrales que no son discutibles⁵⁵.

Una concepción de los estándares jurídicos que ejemplifica este tipo de doctrinas de los conceptos indeterminados es la sostenida por García Amado⁵⁶.

Los estándares de cuidado funcionan como mecanismos genéricos de responsabilidad subjetiva por daños que permiten diferenciar la actuación negligente de la que no lo es dentro de un ámbito de actividad. Una cuestión importante reside en el tipo de actividad que se regula. En primer lugar, cuanto más compleja es esa actividad, mayor es la dificultad para anticipar normativamente un estándar de debido cuidado o práctica correcta de dicha actividad: en actividades complejas, aquella conducta o estado de cosas que puede ser identificado como fuente de riesgo o peligro es objeto de regulación específica. En segundo lugar, es necesario distinguir entre una actividad técnica que requiere un alto grado de especialización y pericia profesional y situaciones ordinarias que no exigen ningún tipo de formación específica: mientras en el primer caso la determinación de la responsabilidad es una cuestión de expertos, en el caso de las situaciones ordinarias la norma remite al juez a un patrón de “comportamiento social normal”.

Los estándares ordinarios, como el del buen padre de familia en el derecho de obligaciones, son especificaciones del estándar genérico de razonabilidad. El concepto de razonable, a pesar de su condición de concepto extravagantemente vago, presenta no sólo una dimensión valorativa o de “aceptabilidad”, sino un elemento de normalidad: “alude a lo que la mayoría de las personas, no descuidadas ni irresponsables en su proceder ordinario, harían en las circunstancias de que se trate y en este contexto social y cultural”⁵⁷. Creo que la idea fundamental aquí es que la apelación a la razonabilidad o

⁵⁴ Rodríguez–Toubes Muñiz (2019, p. 628).

⁵⁵ Rodríguez–Toubes Muñiz (2019, p. 629).

⁵⁶ García Amado (2019, pp. 481–495).

⁵⁷ García Amado (2019, p. 489).

cualquiera de sus concreciones no remite a las preferencias subjetivas del juez ni a su modelo ideal del rol social implicado en el caso (padre, cuidador, etc.); en este sentido, García Amado sugiere que este tipo de estándar tiene algo de “consenso por superposición”, por decirlo con la expresión de Rawls, pues apela a pautas de conducta socialmente vigentes y tenidas por normales y aceptables, incluso entre personas con diferentes concepciones del bien y preferencias morales o políticas⁵⁸. En fin, es este componente empírico y objetivo lo que lleva a Engisch a sostener que la comprobación de una valoración en los casos individuales muestre “cierto parentesco con la «subsunción»”. La calificación de una práctica como conforme a las «buenas costumbres» o a la «moralidad», opera en muchos casos del mismo modo que los enunciados que aplican conceptos descriptivos, esto es, como enunciados interpretativos⁵⁹.

5. Bibliografía

- Atienza, M. (1997) *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid: Civitas.
- Alston, W. (1967) “Vagueness”, en *The Eyclopedia of Philosophy*, P. Edwards (ed.), New York: Macmillan/Free Press, pp. 218-221.
- Atienza, M. (2019) “Un supuesto enigma jurídico: el orden público”, García Rubio, M.P. y Moreso, J.J. (dirs.), Varela, I. (coord.), *Conceptos multidimensionales del Derecho*, Barcelona: Reus, pp. 61–83.
- Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (2006) *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona: Ariel (2º edición actualizada).
- Beltrán de Felipe, M. (1995) *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Madrid: Tecnos.
- Chiassoni, P. (2011) “Las cláusulas generales, entre teoría analítica y dogmática jurídica”, *Revista de Derecho Privado* 21, pp. 89–106.
- Desdentado Daroca, E. (1999) *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*, Elcano: Aranzadi, 2ª ed.
- Díez Ripollés, J.L. (2013) *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, Madrid: Trotta, (2ª edición ampliada).
- Endicott, T. (2001) “Law is necessarily Vague”, *Legal Theory* 7, pp. 379–385.
- Endicott, T. (2011) “The Value of Vagueness”, en Marmor, A. y Soames S. (eds.), *Philosophical Foundations of Language in the Law*, Oxford: OUP, pp. 14–30.

⁵⁸ García Amado (2019, p. 492).

⁵⁹ Engisch (2014, pp. 173–174).

Engisch, K. (2014) *Introducción al pensamiento jurídico*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Ciudad de México: Coyoacán.

García Amado, J.A. (2000) "Razón práctica y teoría de la legislación", *Derechos y libertades* 9, 2000, pp. 299–317.

García Amado, J.A. (2019) "Estándares jurídicos (*Lex Artis*, buen padre de familia, persona razonable...): qué son y para qué sirven", en García Rubio, M.P. y Moreso, JJ. (dirs.), Varela, I. (coord.), *Conceptos multidimensionales del Derecho*, Barcelona: Reus, pp. 481–495.

García Salgado, M.J. (2003), "Determinar lo indeterminado: sobre cláusulas generales y los problemas que plantean", *Anuario de Filosofía del Derecho* 20, pp. 105–129.

Hernández Marín, R. (2012) *Compendio de Filosofía del Derecho*, Madrid: Marcial Pons.

Igartua Salaverriá, J. (2000) "El indeterminado concepto de «los conceptos indeterminados»", *Revista vasca de Administración Pública* 56, pp. 145–162.

Iglesias Vila, M. (1999) *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Iglesias Vila, M. (2000) "Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional", *Doxa* 23, pp. 77–104.

Iturralde Sesma, V. (2014) *Interpretación literal y significado convencional*, Madrid: Marcial Pons.

Iturralde Sesma, V. (2019) "Las cláusulas generales: un análisis desde la teoría del Derecho", en García Rubio, M.P. y Moreso, JJ. (dirs.), Varela, I. (coord.), *Conceptos multidimensionales del Derecho*, Barcelona: Reus, pp. 549–564.

Kelsen, H. (1949) Preface: "On interpretation", en Id., *The Law of the United Nations: a critical analysis of its fundamental problems. With supplement*, XIII-XVII, New York: Frederick A. Praeger.

Kelsen, H. (1979) *Teoría General del Estado*, trad. Luis Legaz Lacambra, México D.F.: Editora Nacional.

Kelsen, H. (1995) *Teoría pura del Derecho* (trad. Roberto J. Vernengo), Porrúa, México, 1995 [1960^{2a}].

Lacruz Verdejo, J.L. et al. (2007) *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de obligaciones, vol. I. Parte General. Teoría general del contrato*, Madrid: Dykinson (4^a ed. Revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández)

Lifante Vidal, I. (1999) *La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporánea*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Lifante, I. (2002) “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica”, *Doxa* 25, pp. 413–439.

Lifante, I. (2019) “Sobre los conceptos jurídicos indeterminados. Las pautas de conducta y diligencia en el Derecho”, en García Rubio, M.P. y Moreso, JJ. (dirs.), Varela, I. (coord.), *Conceptos multidimensionales del Derecho*, Barcelona: Reus, pp. 565–582.

Luzzati, C. (1990a) *La vaghezza delle norme. Un’analisi del linguaggio giuridico*, Milano: Giuffrè, 1990.

Luzzati, C. (1990b) “Discretion and “Indeterminacy” in Kelsen’s Theory of Legal Interpretation”, en *Hans Kelsen Legal Theory: a diachronic point of view*, Letizia Gianformaggio (ed.), Torino: Giappichelli, pp. 123–137.

Llobet Angl , M. (2003) “Delitos contra el orden público”, en Jesús–María Silva Sánchez (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Barcelona: Atelier.

Marmor, A. (2018) “Varieties of Vagueness in Law”, G. Bongiovanni et al. (eds.), *Handbook of Legal Reasoning and Argumentation*, Springer, 2018, pp. 561–580.

Miquel González, J.M. (1997) “Cláusulas generales y desarrollo judicial del Derecho”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* 1, pp. 297–326.

Miquel, J.M. (2019) “Buena fe”, en García Rubio, M.P. y Moreso, JJ. (dirs.), Varela, I. (coord.), *Conceptos multidimensionales del Derecho*, Barcelona: Reus, pp. 219–250.

Rodríguez–Toubes Mu niz, J. (2019) “Los conceptos legales *extravagantes*”, en García Rubio, M.P. y Moreso, JJ. (dirs.), Varela, I. (coord.), *Conceptos multidimensionales del Derecho*, Barcelona: Reus, pp. 617–647.

Ruiz Manero, J. (1990) *Jurisdicción y normas. Dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del Derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Sainz Moreno, F. (1976) *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad judicial*, Madrid: Civitas.

Schmitt, C. (1982) *Teoría de la Constitución*, trad. Francisco Ayala, Madrid: Alianza.

Seoane, J.A. (2022) “Lex Artis”, *Anuario de Filosofía del Derecho XXXVIII*, pp. 275–300.

Waldron, J. (1994) "Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues", *California Law Review* 82, pp. 509–540.

Waldron, J. (2011) "Vagueness and the Guidance of Action", en Marmor, A. y Soames S. (eds.), *Philosophical Foundations of Language in the Law*, Oxford: OUP, pp. 58–82.

Wittgenstein, L. (1988), *Investigaciones filosóficas*, trad. Alfonso García Suárez y Ulises Moulines, Barcelona/México D.F.: Crítica/UNAM.