

“¿‘PARADOJA’ DE H. KELSEN SOBRE LA INDETERMINACIÓN JURÍDICA?”

J. Alberto del Real Alcalá
Universidad de Jaén

SUMARIO. I. Introducción. II. Argumentos susceptibles de contradecir la indeterminación en H. Kelsen. III. Conclusión: la ‘paradoja’ kelseniana acerca de la tesis de la indeterminación del Derecho.

I. INTRODUCCIÓN

En el debate contemporáneo sobre la indeterminación del Derecho, suele afirmarse habitualmente que la teoría del Derecho Hans KELSEN admite la “tesis de la indeterminación jurídica”. En este texto, me propongo, muy sintéticamente, dar algunas razones de peso que ponen en cuestión esa aserción. Si dichas razones son ciertas, la teoría jurídica de H. KELSEN se encontraría más cerca de contener una “tesis de la completitud” del Derecho que la de su indeterminación.

Las razones que proporciono pueden sintetizarse en una sola: que la teoría jurídica del austriaco no contempla realmente “borderline cases” (casos *marginales*), desde el momento en que puede resolver todos los casos *presentes y posibles* “conforme a Derecho”. Y parecería un *sin sentido* “admitir” la tesis de la indeterminación del Derecho, pero, al mismo tiempo, “negar” la existencia de casos *indeterminados* en el Derecho. En mi opinión, esto es lo que hace la teoría del Derecho de H. KELSEN. De ahí, que cuestione aquella afirmación tradicional de que el austriaco admite la tesis de la indeterminación jurídica.

II. ARGUMENTOS SUSCEPTIBLES DE CONTRADECIR LA INDETERMINACIÓN EN H. KELSEN

Cuatro argumentos de peso llevarían a dudar que la teoría del Derecho de H.

KELSEN contiene una tesis de indeterminación. Son los siguientes:

1. El argumento de la distinción entre normas “individuales” y normas “generales”:

Desde el punto de vista kelseniano, «la norma puede tener carácter individual o general. Una norma tiene carácter individual cuando dicta un comportamiento debido único e individualmente determinado; por ejemplo, la decisión de un juez»; y «una norma presenta un carácter general cuando dicta un comportamiento debido determinado en el nivel general.»¹

En la perspectiva kelseniana, la norma individual parece corresponderse con los *clear cases* (casos *claros*). Lógicamente, el Estado de Derecho provee a los jueces de procedimientos *precisos*, y en buena medida *objetivos*, con los que los que dirimir, *conforme* a Derecho *preestablecido*, los *clear cases*. En esta clase de casos judiciales, la resolución puede ser deducida desde *dentro* del Derecho, en contraste con los casos que sólo pueden ser resueltos *discrecionalmente*. Sin embargo, esos procedimientos no son suficientes cuando el caso judicial planteado no encuentra una respuesta correcta *en* el sistema jurídico, porque se trata de *borderline cases* (casos *marginales*).

Probablemente, si consideramos que H. KELSEN equipararía la norma individual a las situaciones típicas de los *clear cases*, parecería que la norma general se correspondería con aquellas que singularizan los *borderline cases*. Sin embargo, es aquí donde surgiría la contradicción en la teoría jurídica kelseniana, tal como puede verse a continuación.

2. A partir de la anterior distinción, el argumento de la “la norma como marco”:

Tal como H.L.A. HART constató, los *borderline cases* se ubican en la “zona de incertidumbre” o “penumbra” del ámbito de aplicación de las reglas, pues «en cualquier orden jurídico habrá siempre ciertos casos jurídicamente no regulados».² Los cuales, resultan

¹ KELSEN, H.: *Teoría General de las Normas*, traducción española de Hugo Carlos Delory Jacobs, revisión técnica de Juan Federico Arriola, Editorial Trillas, México D.F., 2003, p. 25.

² HART, H.L.A.: “Postscript”, en ID., *The Concept of Law*, 2.^a edición, Clarendon Press, Oxford, 1997, edición de Penélope A. Bullock y Joseph Raz, pp. 238-276; hay trad. esp., ID., *Post scriptum al concepto de derecho*, edición de Penélope A. Bullock y Joseph Raz, estudio preliminar, traducción, notas y bibliografía de Rolando Tamayo y Salmorán, UNAM, México D.F., 2000, p. 54.

finalmente casos *indeterminados*.³

Los *borderline* cases se caracterizan por ser:

i)–“casos *marginales*”, en virtud de que son casos que se ubican *al margen* de la *clara* aplicabilidad o *clara* inaplicabilidad del Derecho.

ii)–“casos dudosos”, en virtud de que hay *incertidumbre* sobre si están o no están situados realmente en el núcleo de certeza aplicativa del Derecho.

iii)–“casos *indeterminados*”, en virtud de las *consecuencias*, que son de *indeterminación*, que suponen a la hora de abordar la aplicación del Derecho.

iv)–“casos difíciles” (*hard* cases), en virtud de la *complejidad* que conlleva la construcción de la decisión judicial en estos supuestos de indeterminación, regulados de forma *incompleta*, o incluso *no regulados* en ningún sentido, por el sistema jurídico. En contraste, claro está, con la sencillez con la que se construye la decisión en los *clear* cases.

Según ENDICOTT, los *borderline* cases pueden definirse sintéticamente como “aquellos casos en los que uno simplemente no sabe si hay que aplicar o no la regla, y el hecho de que uno no sepa no se debe a la ignorancia de los hechos”.⁴ Utilizo la nomenclatura *borderline* cases o casos *marginales*, por ser la más habitual en las teorías jurídicas que admiten la tesis de la indeterminación.

Pues bien, tradicionalmente, aunque la categoría *borderline* cases y la tesis de la indeterminación jurídica suelen ser habituales de las teorías jurídicas positivistas. Ahora bien, aquí un caso interesante es la teoría del Derecho de H. KELSEN, uno de los paradigmas del positivismo jurídico. La teoría jurídica kelseniana *presuntamente* admite algún tipo de tesis de *indeterminación* jurídica, pero también trata de hacerla compatible con la tesis –contraria– de la *completitud* del Derecho. En mi opinión, de afirmar una cosa y su contrario al mismo tiempo no puede resultar sino una *paradoja*. Esta contradicción se generaría fundamentalmente a raíz de constatarse que, en la teoría jurídica kelseniana, *realmente* no se observan en la casuística judicial casos realmente *incompletos*. Ocurre que, en verdad, todos los casos judiciales que esta teoría jurídica tiene en cuenta pueden ser

³ HART, H.L.A.: *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1961; traducción española: ID., *El concepto de Derecho*, traducción de Genaro R. Carrió, Abeledo–Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 158.

⁴ ENDICOTT, T.: *Vagueness in Law*, Oxford University Press, Oxford, 2000, p. 31.

resueltos “conforme a Derecho”. Algo que parecería violar la propia naturaleza de un auténtico *borderline case*.

La labor de *completitud* del Derecho, y de la consecuente eliminación de cualquier indeterminación en el mismo, la lleva a cabo H. KELSEN desde la doctrina de la “norma como marco”. En este sentido, para él,

«El orden jurídico es un sistema de normas generales e individuales entrelazadas entre sí de acuerdo con el principio de que el derecho regula su propia creación. Cada norma de este orden es creada de acuerdo con las prescripciones de otra y, en última instancia, de acuerdo con lo que establece la fundamental que constituye la unidad del sistema.»⁵

«Desde un punto de vista dinámico, la decisión del tribunal representa una norma individual, creada sobre la base de una norma general del derecho legislado o consuetudinario, del mismo modo que esta norma general es creada por la Constitución.»⁶

«Por tanto, el juez es siempre legislador, incluso en el sentido de que el contenido de sus resoluciones nunca puede encontrarse exhaustivamente determinado por una norma preexistente del derecho substantivo.»⁷

Por lo dicho, para el intelectual austriaco, una decisión judicial «es un acto por el cual una norma general, una ley es aplicada; pero al mismo tiempo es norma individual que impone obligaciones a una de las partes o a las dos en conflicto». De modo que «al resolver la controversia entre dos particulares», ocurre que «el tribunal aplica, es verdad, una norma general de derecho consuetudinario o legislado». Y, aunque, como afirma H. KELSEN, «al mismo tiempo crea una norma individual que establece determinada sanción que habrá de imponerse a cierto individuo», sin embargo, no se trata de una creación en la que el juez “sale” del Derecho. Porque, «esta norma individual puede ser referida a normas generales en la misma forma en que la ley es referida a la Constitución».⁸ De lo que puede deducirse, que el sistema jurídico siempre puede proveer desde “dentro” del Derecho la solución a cualquier caso judicial.

⁵ KELSEN, H.: *Teoría General del Derecho y del Estado*, traducción de Eduardo García Máynez, UNAM, México, D.F., 1995, p. 156.

⁶ KELSEN, H.: *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 171.

⁷ KELSEN, H.: *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 174.

⁸ KELSEN, H.: *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., pp. 157 y 159.

Lo que parece claro es que la decisión judicial en los casos *indeterminados* kelsenianos, que son resueltos desde la noción de la *norma como marco*, no se corresponde exactamente con las características típicas que presenta la resolución judicial en los auténticos *borderline* cases, es decir, aquéllos que no sólo se presentan “inicialmente” como indeterminados, sino que “finalmente” resultan tales. Y, por eso, no encuentran resolución dentro del sistema jurídico. Pero ocurre que KELSEN no contempla esta clase de casos. Y, desde su perspectiva, en la resolución de los casos indeterminados (kelsenianos), el juez *no* resuelve “saliendo” fuera del Derecho, sino desde *dentro* de las posibilidades de la norma y, en consecuencia, *según* Derecho.

La cuestión que aquí se plantea es que un auténtico caso *indeterminado* no puede ser resueltos *según* Derecho, porque entonces no se trata “finalmente” de un caso indeterminado, sino de un “caso difícil” (*hard cases*) pero previsto por el Derecho (*pivotal cases*).

3. Aun cuando H. KELSEN acepta la figura del juez *legislador*, el argumento de que su teoría jurídica impugna la “teoría de las lagunas” en el Derecho viene a negar la indeterminación del mismo:

“Esta teoría [de las lagunas] es errada, puesto que reposa en la ignorancia del hecho de que cuando el orden jurídico no estatuye ninguna obligación a cargo de un individuo, su comportamiento está permitido.» [Y] «en el caso de que no sea posible la aplicación de una norma jurídica aislada, es posible en cambio la aplicación del orden jurídico, y ello también constituye aplicación del derecho.»⁹

Además, H. KELSEN considera que la “teoría de las lagunas” es una “ficción”, admitiendo la tesis de que siempre es posible la “completitud” del Derecho:

«El orden jurídico no puede tener lagunas.» «La teoría de las lagunas constituye en realidad una ficción, pues siempre es lógicamente posible, aun cuando algunas veces resulte inadecuado, aplicar el orden jurídico en el momento de fallar.»¹⁰

4. El argumento de la “completitud” del Derecho, por el que aboga desde un positivismo

⁹ KELSEN, H.: *Teoría Pura del Derecho*, traducción española. de la 2.^a edición alemana de Roberto J. Vernengo, Editorial Porrúa, México D.F., 1993, p. 255.

¹⁰ KELSEN, H.: *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., pp. 176 y 177.

jurídico que cataloga de “consecuente”, es incompatible con la tesis de la indeterminación jurídica:

H. KELSEN pretende salvaguardar ante todo «el postulado del positivismo del derecho de que cada caso concreto debe ser resuelto con base en el derecho positivo vigente.»¹¹ Y, en su perspectiva, «desde el punto de vista de un positivismo consecuente del derecho es indispensable demostrar que el orden del derecho positivo contiene tal autorización [de “llenar ésta o aquella laguna”] expresa o tácita.»¹² Ahora bien, que el Derecho positivo puede resolver cualquier clase de caso no parece una idea demasiado compatible con la tesis de la indeterminación.

III. CONCLUSIÓN: LA ‘PARADOJA’ KELSENIANA ACERCA DE LA TESIS DE LA INDETERMINACIÓN DEL DERECHO

Por lo dicho, en todo caso, de ser correctos estos cuatro argumentos, ellos pueden cuestionar que la teoría jurídica kelseniana admita la tesis de la indeterminación, porque no parece lógico aceptar un Derecho “indeterminado” y a la misma vez un Derecho “sin lagunas”. O, dicho con otras palabras, si admitimos que esa teoría jurídica admite al mismo tiempo una tesis (*indeterminación* jurídica) y su contraria (*completitud* del Derecho), hemos de asumir, al menos, que en el tema de la indeterminación, la teoría jurídica de H. KELSEN contiene una “paradoja”.

En mi opinión, según lo expuesto, incluso podría afirmarse que hay más razones para pensar que esta teoría jurídica se encuentra más cerca de la tesis de la *completitud* del Derecho que de la de su *indeterminación*. O, al menos, las razones dichas parecen cuestionar de una manera *sustantiva* que esa teoría del Derecho sustente *verdaderamente* una tesis de indeterminación.

Quizás sea clarificador de esta cuestión el poder distinguir entre los casos indeterminados *kelsenianos*, que no son verdaderos *borderline* cases, porque pueden ser

¹¹ KELSEN, H.: *Teoría General de las Normas*, cit., p. 226.

¹² KELSEN, H.: *Teoría General de las Normas*, cit., p. 139.

resueltos desde *dentro* del Derecho *conforme* a Derecho. Y los casos *indeterminados*, de raíz *hartiana*, cuya resolución sólo es posible “saliendo” fuera del sistema jurídico, al tratarse realmente de casos *no previstos* por éste, o previstos de una forma *incompleta*. Sólo estos constituirían auténticos *borderline cases* o casos *indeterminados*.

Parece que cuando se menciona la indeterminación, desde el punto de vista del positivismo jurídico contemporáneo de raíz *hartiana*, se están mencionando “casos *no-regulados*” (o, al menos, regulados de forma *incompleta*) por el Derecho. Y si se menciona la indeterminación desde la óptica del austriaco, a lo que se alude es, por el contrario, a “casos *regulados*” por el Derecho “dentro” de la “norma como marco”. Así, mientras que los casos indeterminados de raíz *hartiana* *no* pueden ser resueltos por el sistema jurídico, por el contrario, los casos indeterminados contemplados por H. KELSEN, *siempre* pueden ser resueltos por el Derecho y el sistema de fuentes establecido, aplicando la doctrina de la “norma como marco”. Por consiguiente, estos últimos supuestos nunca derivan *finalmente* en indeterminación del Derecho aplicable. ¿Cómo puede entonces decirse que la teoría del Derecho de H. KELSEN contiene una tesis de la indeterminación jurídica? Téngase en cuenta, además, que, de admitirse que la teoría jurídica kelseniana sí contiene una tesis de indeterminación, se trataría de una tesis de indeterminación que niega la existencia de casos *indeterminados*. Algo que parece un *sin sentido*.

Asimismo, si las razones expuestas son ciertas, a pesar de encontrarse en posiciones antagónicas, paradójicamente, las teorías jurídicas de H. KELSEN y de R. DWORKIN vendrían a converger, desde caminos muy diferentes, en la idea de negar la indeterminación jurídica. Es más, en este supuesto, ambas incluirían una tesis de la completitud del Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

ENDICOTT, Timothy: *Vagueness in Law*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

HART, H.L.A.: *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1961; traduc. esp., ID., *El concepto de Derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

___ “Postscript”, en Hart, H.L.A.: *The Concept of Law*, 2.^a edición, Clarendon Press,

Oxford, 1997, edición de Penélope A. Bullock y Joseph Raz, pp. 238-276; hay trad. esp., ID., *Post scriptum al concepto de derecho*, edición de Penélope A. Bullock y Joseph Raz, estudio preliminar, traducción, notas y bibliografía de Rolando Tamayo y Salmorán, UNAM, México DF, 2000.

KELSEN, Hans: *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Máynez, UNAM, México, D.F., 1995.

— *Teoría Pura del Derecho*, traducción española. de la 2.^a edición alemana de Roberto J. Vernengo, Editorial Porrúa, México D.F., 1993.

— *Teoría General de las Normas*, traducción de Hugo Carlos Delory Jacobs, revisión técnica de Juan Federico Arriola, Editorial Trillas, México D.F., 2003.