

ASPECTOS CLAVE DE LA TEORÍA DEL DERECHO DE ADOLF J. MERKL *

KEY ASPECTS OF ADOLF J. MERKL'S LEGAL THEORY

Patricia Cuenca Gómez **

Resumen: En este trabajo se centra en el análisis de algunos de los aspectos centrales de la Teoría del Derecho de Adolf Merkl: su visión sistemática del Derecho, su concepción de la interpretación jurídica y su planteamiento en relación con el problema de las normas irregulares. Con este estudio se pretende poner de relieve la enorme influencia de Merkl en la evolución de la doctrina pura del Derecho y reivindicar la importancia y actualidad de su teoría.

Abstract: This work exposes some of the main aspects of the Legal Theory of Adolf Merkl: his systematic vision of law, his conception of legal interpretation and his approach regarding the problem of irregular rules. This study is intended to highlight the enormous influence of Merkl in the evolution of the pure doctrine of law and vindicate the importance and relevance of his theory.

Palabras clave: Merkl, Kelsen, construcción gradual, interpretación jurídica, normas irregulares.

Key words: Merkl, Kelsen, gradual construction, legal interpretation, irregular rules.

Fecha de recepción: 17-07-2014

Fecha de aceptación: 10-09-2014

1. INTRODUCCIÓN

Adolf Julius Merkl¹ es conocido en el ámbito de la teoría jurídica por su decisiva contribución a la formación de la doctrina pura del Derecho desarrollada en el marco de la Escuela de Viena en torno al magisterio de Hans Kelsen². Como es sabido, y el propio Kelsen reconoce en el prólogo a la

* Este trabajo se ha desarrollado en el marco del proyecto Consolider-Ingenio 2010 "El tiempo de los derechos" (CSD2008-00007). Agradezco a Rafael de Asís y a F. Javier Ansuátegui su lectura y sus sugerencias.

** Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" y Departamento de Derecho Internacional Público, Derecho Eclesiástico del Estado y Filosofía del Derecho. Universidad Carlos III de Madrid (España).

¹ Un repaso por la biografía de Merkl puede encontrarse en GRUSSMAN (1987: 19 ss). En el apéndice A de la obra editada por GERACI (1987), donde se incluye el anterior trabajo, se puede consultar una relación general de los escritos de Merkl, en el apéndice B una recopilación de la literatura sobre su vida y en el apéndice C un resumen de las reseñas a sus monografías. En castellano pueden consultarse sobre Merkl los breves trabajos de FUERTES (1998) y ROBLES (2004). Como se destaca en estos estudios, tras la Segunda Guerra Mundial y posiblemente influenciado por esta experiencia, Merkl se dedicó preferentemente a problemas relacionados con cuestiones de ética jurídica abandonando la Teoría del Derecho.

² Como el propio KELSEN (1923: lv) reconoce la teoría pura "no es obra de un solo, sino el resultado del esfuerzo colectivo de un número cada vez mayor de investigadores" entre los que según se verá Merkl ocupa un lugar especialmente relevante. Sobre la escuela vienesa de teoría

segunda edición de los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*³, la doctrina pura toma de Merkl la teoría de la construcción gradual o jerárquica del Derecho – *Stufenbau*– formulada desde una consideración dinámica del fenómeno jurídico. Esta construcción constituye, sin duda, una de las tesis más exitosas e influyentes de la doctrina pura que no sólo ha trascendido el ámbito de sus adeptos, sino que ha desbordado incluso el campo específico de la Teoría del Derecho⁴.

Sin embargo, más allá de un casi siempre genérico reconocimiento a esta fundamental contribución, obligada y común en los diversos trabajos que se dedican a analizar la concepción kelseniana del sistema jurídico, no abundan en el contexto español estudios que profundicen en el análisis de la teoría estructural del orden jurídico que desarrolla Merkl, ni tampoco referencias a otras importantes aportaciones de este autor en relación con debates y problemas centrales en la aproximación teórica al fenómeno jurídico⁵.

Precisamente, el objetivo de estas páginas consiste en analizar los aspectos más importantes de la teoría del Derecho de Merkl. Como se verá, las posiciones de Merkl en este campo inciden de manera determinante en algunos de los planteamientos más relevantes y de mayor impacto de la teoría de Kelsen –y no únicamente en la tesis de la construcción piramidal del orden

del Derecho puede consultarse el trabajo de METALL (1974) y sobre la vida de Kelsen y su relación con sus discípulos puede verse METALL (1969).

³ KELSEN (1923: xlviii, xlvix). En esta obra señala KELSEN, “el mérito de haber concebido y expuesto el orden jurídico como un sistema *genético* de normas que va concretándose gradualmente desde la Constitución pasando por la ley y el decreto y demás fases intermedias, hasta los actos jurídicos de ejecución corresponde a A. Merkl. En una serie de trabajos desarrolla Merkl esta *teoría gradual del derecho* como la teoría de la *dinámica jurídica*, la defiende enérgicamente frente al prejuicio al que aún se aferra nuestra presente obra, del derecho contenido solamente en las leyes generales, dando un sentido *relativo* a la antinomia, plasmada y anquilosada en términos absolutos, de la ley y la ejecución, la creación y la aplicación del derecho, la norma general y la individual, la abstracta y la concreta”. En este sentido coincide con PAULSON (1980: 173), con quien también coincide MORESO (1993: 82), en que Merkl es posiblemente el más original e importante de los colegas de Kelsen en la Escuela de Viena. El propio KELSEN: (1960a) llega a considerar a Merkl como el cofundador de la teoría pura del Derecho y a calificarle como un verdadero “genio del pensamiento jurídico”.

⁴ WALTER (1964): 93.

⁵ Además, importa señalar que los trabajos de Merkl en el campo de la teoría del Derecho no han sido traducidos al español. Tan sólo en el año 2004 la *Revista de Derecho Constitucional Europeo* publicó en dos partes –en los números 2 y 3– la traducción española de la versión alemana de los “Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues” publicada en VERDROSS (1967): 252-294. Sin embargo su importante trabajo en el ámbito del Derecho administrativo *Allgemeines Verwaltungsrecht* de 1927, dedicado a Kelsen, sí se tradujo al español bajo el título *Teoría General del Derecho Administrativo* ya en 1935. Como indica FUERTES (1998: 423) en este trabajo Merkl aplica al campo del Derecho administrativo sus tesis teóricas generales por lo que su lectura resulta de gran utilidad para quienes pretendan comprender los aspectos nucleares de su teoría jurídica.

jurídico- contribuyen en muchas ocasiones a su mejor comprensión e incluso, a veces, superan la aproximación de su maestro⁶.

2. ADOLF MERKL SOBRE LA ESTRUCTURA DEL DERECHO: LA TEORÍA DE LA CONSTRUCCIÓN GRADUAL DEL ORDEN JURÍDICO

La teoría de la construcción gradual del orden jurídico, avanzada y perfilada en trabajos anteriores⁷, encuentra su formulación más completa y su “exposición más exacta”⁸ en el trabajo de Merkl de 1931 “Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues” que, como su título indica y como señala expresamente su autor, pretendía ser una “significativa premisa” de una monografía general⁹ sobre el tema que, finalmente, nunca fue publicada. Merkl no hizo ulteriores reflexiones sobre esta la teoría de la construcción gradual en otros trabajos por lo que puede considerarse que los “Prolegomena” constituyen también la expresión definitiva de esta doctrina¹⁰.

Antes de exponer en sus elementos medulares la teoría de la construcción gradual del orden jurídico considero relevante destacar algunos de los rasgos generales que diferencian la aproximación merkliana al estudio del fenómeno jurídico de la aproximación kelseniana.

Como ha señalado Mario Patrono, en los estudios de Merkl se matiza el formalismo deductivo y la tendencia a la abstracción característicos de la construcción teórica de Kelsen. La orientación metodológica merkliana posee, ciertamente, frente a la kelseniana una mayor concreción, una mayor atención al dato de los ordenamientos jurídicos particulares y, por tanto, una mayor sensibilidad histórica¹¹. Así, en el discurso de la construcción gradual Merkl combina la atención al Derecho positivo, con la construcción puramente lógica de la relación acto condicionante-acto condicionado¹². En cualquier caso, la mejor prueba del mayor peso que otorga Merkl al Derecho positivo frente a la

⁶ Según apunta KUCSKO-STADLMAYER (2005: 245), la gran originalidad del pensamiento de Merkl le permitió, ciertamente, “el desarrollo de posiciones propias en el campo de la Teoría del Derecho (posiciones que siempre se han incluido sin más en la construcción de la teoría pura del Derecho) bien sea para acentuar determinados aspectos, bien en la creación o corrección de determinadas tesis”.

⁷ MERKL (1918) y MERKL (1919). Advierte MAYER (2005: 260) con razón que en estos trabajos Merkl ya había colocado la piedra angular de una dinámica del Derecho y con ello dado un paso esencial hacia la construcción de una teoría jurídica escalonada.

⁸ WALTER (1974): 355.

⁹ Vid. en este sentido, la última nota al pie de MERKL (1931: 65 nota 10).

¹⁰ Robert Walter se ha encargado posteriormente de desarrollar y perfeccionar esta teoría. Vid. entre otros trabajos WALTER (1964).

¹¹ PATRONO (1987: xxxi). Así, por ejemplo, como se tendrá ocasión de comprobar, Merkl centra su exposición de la construcción gradual en un concreto tipo histórico de Ordenamiento, el propio de los Estados que cuentan con instituciones parlamentarias y entra con detalle a desentrañar las relaciones existentes entre los grados que “típicamente” componen estos sistemas jurídicos positivos.

¹² PATRONO (1987: xxxi). En este sentido se ha considerado que Merkl “es un teórico del Derecho positivo, su pensamiento teórico está decisivamente orientado al estudio del Derecho positivo, esto le diferencia de su maestro”, KUCSKO-STADLMAYER (2005: 246).

coherencia deductiva en su presentación de la teoría de la construcción gradual del Ordenamiento jurídico radica en la notable ausencia de la norma fundamental –catalogada como creación de Derecho en sentido “lógico-jurídico” y considerada imprescindible en el sistema kelseniano para evitar el regreso al infinito en la fundamentación de la validez jurídica¹³– que no se menciona ni una sola vez en los “Prolegomena”¹⁴. Esta omisión confirma que, en efecto, es posible asumir la tesis de la construcción gradual sin tener que acoger también como “lógico” corolario el cuestionable expediente de la norma fundamental¹⁵.

Pues bien, como se ha advertido, la aproximación de Merkl incorpora elementos sumamente novedosos respecto de la primera concepción del Derecho manejada por la doctrina pura que se convirtieron con posterioridad en tesis nucleares de esta doctrina¹⁶.

En su primera gran expresión contenida en los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*¹⁷ la teoría pura del derecho asume en el estudio del fenómeno jurídico una perspectiva exclusivamente estática, que tiene como objeto de estudio “el derecho como sistema de normas con validez, el derecho en su estado de equilibrio”¹⁸. A partir de la *Allgemeine Staatslehre*, y por influjo según se ha señalado de los trabajos de Merkl, la doctrina pura añade como elemento esencial a esta perspectiva estática una consideración dinámica que se fija en “el proceso jurídico en el que el derecho se produce y se aplica, el derecho en su movimiento”¹⁹. Se trata de una adición que provoca, como ha indicado Patrono, un cambio cualitativo al transformar la teoría pura de una teoría de la norma, que pone el acento en la norma aisladamente considerada y se ocupa de analizar su estructura lógica, a una teoría del Ordenamiento que pone el foco en el sistema en su conjunto estudiando la acción recíproca entre sus

¹³ Vid. entre otros muchos pasajes KELSEN (1960b: 202-206).

¹⁴ Como señala PATRONO (1987: xxxiv, xxxv) cuando ocasionalmente Merkl en otros trabajos hace referencia a la norma fundamental ésta asume un papel “muy insignificante”, “de elemento accesorio”, y casi de “oropel”. A su juicio, podría decirse que cuando habla de la norma fundamental Merkl lo hace casi como una cuestión marginal, más por afección de discípulo que por convicción de estudioso.

¹⁵ La norma fundamental no aglutina, sino más bien todo lo contrario, el consenso que genera la construcción gradual. Sobre la discusión acerca del estatus epistemológico de la norma fundamental puede verse, por ejemplo, FARIÑAS (1991: 66 ss.) y LOSANO (2002: 72 ss). Un trabajo que permite entender mejor el papel de la norma fundamental en la teoría kelseniana es el de GARCÍA AMADO (1996).

¹⁶ Un análisis exhaustivo de la contribución de Merkl a la construcción de la teoría pura, más allá de las citas y reconocimientos del propio Kelsen, puede encontrarse en PATRONO (1987).

¹⁷ KELSEN (1911).

¹⁸ KELSEN (1960b: 84). Advierte LOSANO (1992a: 19) que los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* siguen todavía “la concepción exclusivamente estática del Derecho, propia de la doctrina tradicional ... no se plantean aún los problemas de la dinámica jurídica”.

¹⁹ KELSEN (1960b: 84). A partir de los *Allgemeine Staatslehre* de 1925 Kelsen colocará junto a la parte estática, una parte dinámica que constituirá una parte notablemente extensa de los estudios generales, LOSANO (1992a: 19).

componentes y sus conexiones internas y que permite comprender la complementariedad o la sinergia entre sus diferentes elementos²⁰.

Ha afirmado Robert Walter, a mi juicio con razón, que la extensa acogida que ha encontrado la tesis de la construcción gradual de Merkl entraña el riesgo de una cierta simplificación y de generar algunos malentendidos en tanto analizada con detalle se presenta como una tesis sumamente compleja²¹.

El análisis estructural emprendido por Merkl parte de la consideración de que la experiencia jurídica muestra un pluralismo, aunque limitado²², de “formas” jurídicas, esto es, una diversidad de modos de producción normativa²³. Conviene tener muy presente que este punto de partida constituye en realidad una auténtica revolución²⁴ frente a la teoría tradicional de las fuentes entonces dominante –compartida, en gran parte, por Kelsen en un primer momento²⁵– basada en un monismo legislativo que reducía el Derecho a las leyes generales y fundaba en esa reducción la unidad del Ordenamiento jurídico.

En opinión de Merkl la teoría tradicional ofrece un cuadro jurídico unidimensional y simplificador²⁶ que no tiene en cuenta la plena cualidad de norma jurídica de los actos supra-legislativos y sub-legislativos²⁷. Así, frente a esta concepción Merkl insiste en que el Derecho tiene su origen en una pluralidad de formas de “normación” o de producción jurídica²⁸. Y, desde esta

²⁰PATRONO (1987: xlix). Como es sabido, BOBBIO (1990: 245) atribuye a Kelsen el paso de la “gravitación fundamental” de la Teoría del Derecho sobre el punto de vista de la norma hasta una gravitación sobre el punto de vista del Ordenamiento en su conjunto. Esta gravitación que, a mi modo de ver, culmina el propio Bobbio – Vid. CUENCA (2010) – es en el pensamiento de Kelsen consecuencia de la asunción de las tesis de Merkl.

²¹ WALTER (1964: 93).

²² MERKL (1931: 3) considera, en efecto, que, mientras que la pluralidad de los contenidos jurídicos es infinita, la variedad de las formas sí que es limitada.

²³ Indica WALTER (1974: 355) que Merkl identifica esta diferencia “formal” del Derecho con la existencia de diversos modos de creación de normas jurídicas.

²⁴ PATRONO (1987: xxvi). Ciertamente, entiende PATRONO (1987: li) que el reconocimiento de la existencia de una pluralidad de fuentes normativas es uno de los elementos de mayor importancia que la teoría de la construcción gradual de Merkl incorpora al sistema protokelseniano caracterizado en sus orígenes por un legalismo radical.

²⁵ Según señala PATRONO (1987: xix) Kelsen en los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* concibe la norma general expresada en la ley como el átomo del derecho, al que reduce el resto de las manifestaciones jurídicas, lo que le conduce a definir el Ordenamiento jurídico como el conjunto de las normas legislativas. Ya se advirtió que KELSEN (1923) consideró esta concepción como un prejuicio al que se aferraba su primera gran obra que la asunción de las tesis de Merkl contribuyen a superar definitivamente.

²⁶ MERKL (1931: 10).

²⁷ MERKL (1931: 21 ss.).

²⁸ De manera tajante MERKL (1918: 101 ss.) contraponen a la concepción monista –que se caracteriza por su uniformidad reduciendo el Derecho a una única forma, en esencia la ley, o una pocas formas jurídicas situadas todas en el mismo plano– una concepción dualista o pluralista del sistema de fuentes que entiende injustificada la “absolutización” de la ley y defiende que los fenómenos supra-legislativos y sub-legislativos son idénticos a la ley “existiendo entre ellos tan sólo una diferencia de grado”.

visión, el estudio de las relaciones que existen entre estas normas de diferente origen –cómo “coexisten una al lado de otra”, cómo “se desarrollan una a partir de otra”²⁹ y cómo permiten reconducir la diversidad normativa a una unidad, a un sistema– se convierte en un problema central de la Teoría del Derecho³⁰.

Como antes se avanzó, Merkl expresamente circunscribe su exposición de la teoría de la construcción gradual en los “Prolegomena” a un tipo de órdenes jurídicos, a aquéllos que cuentan con instituciones parlamentarias, al considerar, acertadamente, que la individualización de las concretas formas de producción jurídica depende de un modo básico del modelo de Estado³¹. Ahora bien, conviene subrayar que esta teoría posee en realidad un alcance mucho más general.

El propio Merkl aclara que el que su análisis se centre en el estudio de las relaciones existentes entre formas de producción típicas de un determinado grupo de órdenes jurídicos no implica “negar el carácter estructural de otros ordenamientos”³². En concreto, apunta Merkl que esta delimitación de su análisis no “debe negar la posibilidad, la realidad de que exista una estructura escalonada en presencia de otras formas de Estado”³³. En este sentido se afirma que la teoría de la construcción escalonada, como teoría estructural, pretende ser un instrumento para la explicación del Derecho positivo, que “puede hacer nítidamente visible y comprensible el vínculo entre los preceptos”³⁴ que lo componen.

²⁹ MERKL (1931: 6). Vid. también WALTER (1974: 355).

³⁰ Resulta esencial tener en cuenta que el concepto de ordenamiento jurídico como sistema unitario de normas cobra pleno sentido únicamente a partir de la adopción de la perspectiva dinámica y de la tesis de la construcción gradual formulada por Merkl. Como apunta PATRONO (1987: xxvi y xxvii) es en el procedimiento de creación y aplicación del derecho, donde la idea de ordenamiento cobra consistencia y realidad. También posteriormente en la teoría de Kelsen, la concepción del orden jurídico como sistema “aparece ligada a una consideración dinámica del Derecho, esto es, a la consideración del mismo en el proceso de su creación y aplicación”, DELGADO PINTO (1977: 179). Vid. también LOSANO (1992a: 17).

³¹ En este sentido apunta MERKL (1931: 8 y 9) que la forma de Estado es decisiva para la cuestión de las formas de producción jurídica. A juicio de Merkl, en el marco de la construcción gradual a cada forma de Estado le corresponde una estructura típica en su planta y alzado y es precisamente tal estructura lo que sirve para clasificarlas. Merkl justifica su opción por centrar la exposición de la tesis de la construcción gradual del orden jurídico en los Estados que cuentan con instituciones parlamentarias en el dato de que todos ellos presentan unas formas de producción jurídica típicas, esto es, una regularidad en el terreno de la producción jurídica. Esta elección, como advierte MAYER (2005: 73), ha conducido en ocasiones a interpretar, de manera errónea, la teoría del escalonamiento como una ideología orientada a justificar la democracia.

³² MERKL (1931: 10).

³³ MERKL (1931: 11).

³⁴ MAYER (2005: 65). Ahora bien, como señala Mayer, la construcción gradual no puede “producir” ella misma el vínculo entre los preceptos jurídicos. MERKL (1931) se encarga insistentemente en diferentes momentos de aclarar que la estructura escalonada de un orden jurídico tiene que deducirse de él mismo, esto es, de las propias determinaciones del Derecho positivo.

A mi modo de ver, la teoría de la construcción gradual se presenta en los estudios de Merkl como un esquema formal –susceptible, eso sí, como se ocupa de precisar su autor de diversas concreciones y de distintos niveles de complejidad– que sirve para aprehender la estructura y dar cuenta del funcionamiento de los sistemas jurídicos modernos en tanto órdenes normativos complejos e institucionalizados. Como indica Merkl, la complicación y el perfeccionamiento del contenido jurídico traen consigo una diferenciación entre las formas de producción jurídica que es propia del Derecho como orden normativo organizado que funciona de acuerdo con el principio de división del trabajo³⁵.

En relación con lo anterior, coincido con Stanley L. Paulson³⁶ en que en la presentación de la doctrina de la construcción gradual Merkl desarrolla, aunque “de pasada”, una teoría de las funciones jurídicas necesarias a la manera de H.L.A. Hart³⁷. Ambos autores parten de ciertos defectos de los que adolece un orden normativo “primitivo”, identificando determinadas tareas que contribuyen a la corrección de tales deficiencias y que sugieren, a su vez, posibles características o diferencias estructurales del Derecho. Estas funciones son, precisamente, las que convierten un orden de estructura “monádica” – que cuenta con un único plano o nivel formado por reglas que regulan el comportamiento, que es identificado por Merkl con la moral social o la costumbre y coincidiría con el régimen simple de reglas primarias al que alude Hart– en un sistema de estructura gradual.

Los defectos que Merkl detecta en un sistema monádico –similares a los que encuentra Hart en un régimen simple de reglas primarias– son su absoluta rigidez³⁸ puesto que “no hay modo de emanar nuevas reglas”³⁹ y su previsible

³⁵ MERKL (1931): 4. También en otros trabajos, por ejemplo, MERKL (1918a: 106 y 108), alude a la vinculación del principio de división del trabajo con la tesis de la construcción gradual. MERKL (1931: 3) afirma que mientras que la existencia de una pluralidad de contenidos y de normas es consustancial a la naturaleza del Derecho, la presencia de una pluralidad de formas de producción de esas normas es más bien accidental e históricamente variable. No obstante, MERKL (1918a: 108) también sostiene que al menos son necesarias siempre dos formas de producción, la absolutamente general plasmada en la Constitución y la absolutamente concreta que se expresa en el acto ejecutivo de carácter coactivo. E incluso, como enseguida se verá, parece considerar que este Ordenamiento con tan solo dos grados es una mera hipótesis teórica inviable en la práctica, al menos en sociedades complejas, que requieren de una ordenación jurídica basada en la división del trabajo y exigen, por razones funcionales, la presencia de grados intermedios. De este modo, podría interpretarse que la existencia de una pluralidad de formas de producción sí es necesaria para Merkl para el funcionamiento práctico del Derecho, siendo accidental y variable, eso sí, su concreta plasmación y articulación.

³⁶ PAULSON (1991: 73 ss.).

³⁷ HART (1961: Cap. V).

³⁸ Vid. MERKL (1931: 31). MERKL (1931: 46) considera un dato experimental que el ordenamiento jurídico está compuesto por normas que regulan el comportamiento humano y reglas que disciplinan la producción de estas reglas de comportamiento. Y entiende que en ausencia de tales reglas sobre la producción jurídica el ordenamiento, una vez dado, sería absolutamente rígido y sería concebible sólo una estática jurídica, pero no una dinámica jurídica. A su juicio, lo anterior sería una idea del “todo hipotética” pues el Derecho implica

ineficacia al no contar con “la posibilidad del fracaso”, esto es, con “la probabilidad” de que las reglas regulativas “sean transgredidas en un número más o menos grande de casos”⁴⁰.

Para solucionar el primer defecto se requiere la introducción de normas que añaden a la función directiva, desempeñada por las normas que imponen deberes, una función productiva. Con la incorporación de estas reglas tenemos ya un orden normativo de estructura diádica. Su presencia, como apunta Paulson, constituye la primera ocasión para distinguir del punto de vista dinámico (aquél de la producción de normas) del punto de vista estático (aquél de las normas producidas)⁴¹.

Para solventar el segundo de los problemas apuntados se necesita proseguir “el proceso jurídico más allá de la ley” mediante una “declaración condicionada de voluntad orientada a la aplicación coactiva”⁴². De este modo, hace su aparición la función de aplicación de normas a los casos concretos, que integra, como apunta Paulson, las funciones anteriores, la función directiva y la función de producción normativa⁴³. En definitiva, en la visión de Merkl el Derecho presenta frente a otros órdenes normativos, y por razones funcionales, una diferencia “estructural” que consiste en la presencia de una diversidad de formas de producción jurídica.

Pues bien, como el título de los “Prolegomena” anticipa y según se avanza desde sus primeras páginas, la conclusión principal del análisis estructural desarrollado por Merkl, consiste en que la pluralidad de formas jurídicas de producción –que admite como insistentemente señala el autor diversas plasmaciones jurídico-positivas– se presenta como una ordenación jerárquica o escalonada en la que pueden encontrarse formas supraordenadas y

“vida jurídica”, “movimiento”, o en otras palabras, es un ordenamiento “esencialmente dinámico”.

³⁹ MERKL (1931: 46).

⁴⁰ MERKL (1931: 14).

⁴¹ PAULSON (1991: 75).

⁴²A juicio de MERKL (1931: 4) la moral y la costumbre se presentan como órdenes normativos que se contentan con una única forma jurídica, pues se limitan a la regulación del comportamiento sin prever la aplicación en caso de incumplimiento. En opinión de MERKL (1931: 14) la jerarquía normativa podría terminar en el grado de la ley únicamente si ésta contara con una “observancia absoluta”. En esta situación sería superflua, según este autor, la distinción entre el ser y el deber ser. A su modo de ver, las normas jurídicas a pesar de su vocación de motivar las conductas deben contar con la posibilidad del fracaso en ciertos casos. Por ello considera “irrenunciable” la continuación del proceso normativo más allá de la ley desembocando en el acto coactivo. Conviene precisar que MERKL (1931: 16) parece no estimar conceptualmente necesaria la “concretización” de la ley, aunque afirma que la introducción de la “forma de normación individual”, como grado intermedio entre la ley y el acto coactivo es característica del Estado moderno y resulta oportuna por consideraciones prácticas relacionadas con la indeterminación de las normas jurídicas generales y por razones de tutela jurídica.

⁴³ PAULSON (1991: 76).

subordinadas según ciertas relaciones en las que se funda, en palabras del autor, la “unidad del orden jurídico”⁴⁴.

Lo que quizá no es tan conocido es que la teoría de Merkl contempla dos sistemas escalonados: el sistema escalonado según el grado de condicionamiento jurídico, que es el asumido en la construcción kelseniana⁴⁵ y el sistema escalonado según el grado de fuerza derogatoria⁴⁶.

Apunta Merkl que entre las varias formas de producción jurídica “históricamente realizables” existe, en primer lugar, una relación unitaria que consiste en una relación de “determinación” o de “condicionalidad” jurídica⁴⁷. Atendiendo a esta relación de dependencia, los actos jurídicos pueden considerarse pertenecientes al sistema jurídico “sólo y porque” han sido emanados de acuerdo con las condiciones establecidas en otro acto perteneciente al sistema. Merkl denomina *normas jurídicas determinantes* a aquellas que prefiguran “la forma y el contenido” de otras *normas jurídicas determinadas* “que no pueden o no deben existir” de un modo distinto al prefigurado, que presuponen la existencia de otras normas y que “deben a ellas” su validez⁴⁸. Como indica Merkl, una misma norma puede ser, al mismo tiempo, *determinante* y *determinada* en cuanto tenga la razón de su validez en una norma anterior y constituya a la vez el fundamento de la validez de una norma ulterior⁴⁹. Esta cadena de actos culmina en sentido ascendente en un acto de producción que no puede ser ulteriormente derivado, esto es, que no es a su vez *determinado* y que por tal razón se considera “originario”. Esta norma originaria es la Constitución positiva que, según señala Merkl, en su cualidad de regla de producción puede indicar el inicio pero nunca el fin del proceso normativo⁵⁰. Según antes se apuntó, Merkl, a diferencia de Kelsen, no se remonta en este punto a la *Grundnorm* o norma fundamental, frenando la cadena de fundamentación de la validez en una norma “puesta”

⁴⁴ MERKL (1931: 33 y 38). Según antes se dijo, ya en trabajos anteriores MERKL (1918a: 102) se había referido a la visión del Derecho como una pirámide, como un edificio con varios planos o articulado en grados, en cuyo vértice se encuentra la Constitución y que culmina en un gran número de decisiones, sentencias, etc. o fenómenos jurídicos individuales, pasando por la ley como grado intermedio.

⁴⁵ Como subraya WALTER (1974: 357) Kelsen incorpora a su sistema la teoría escalonada de Merkl sólo en un aspecto. En la teoría de Kelsen se hace referencia “únicamente” a la construcción escalonada sobre la base del condicionamiento jurídico, pero no a la construcción sobre la base de la fuerza derogatoria, sin que tampoco se discuta la relación entre ambas.

⁴⁶ Vid. sobre estos dos escalonamientos WALTER (1964), WALTER (1974) y MAYER (2005).

⁴⁷ Esta denominación ha sido extendida por los estudios de Walter citados en la nota anterior.

⁴⁸ MERKL (1931: 37). De este modo, señala MERKL (1931: 43) que la respuesta al problema de cómo una norma que pretenda valer como norma jurídica demuestra su pertenencia a un determinado ordenamiento jurídico y el puesto que asume en tal sistema es diversa según las condiciones estipuladas para la creación de los actos jurídicos.

⁴⁹ MERKL (1931: 37 y 38).

⁵⁰ Conviene advertir que Merkl, al igual que Kelsen, condicionado por el momento histórico en el que desarrolló sus escritos sobre la construcción gradual anterior a la rematerialización de las normas constitucionales, concibe la Constitución como una regla de producción predominantemente formal aunque advierte que en ocasiones determina también el contenido de las normas inferiores, Vid. por ejemplo MERKL (1931: 13).

jerárquicamente superior, sin sentir la necesidad de recurrir en última instancia a una norma “presupuesta”.

Entre las normas jurídicas determinantes y determinadas existe, según Merkl, no solamente una relación “de prioridad o posterioridad temporal” sino “en particular” también “lógica”. En cuanto una norma “no puede ser concebida sin otra que la preceda, y debe a ella debe su validez, ésta última puede ser considerada superior y la dependiente de ella inferior” o una “supraordenada” y la otra “subordinada”. Desde esta visión, la sucesión de normas jurídicas encadenadas se muestra, por tanto, como una secuencia de grados, o “por decirlo con una imagen” como una “jerarquía de actos”⁵¹.

En este punto aclara Merkl que, aunque las normas jurídicas de diversos grados son todas, desde el plano conceptual, normas jurídicas, “realizaciones equivalentes de la idea de derecho”, se distinguen no sólo por una progresiva diferenciación de su contenido normativo sino también por sus diversas condiciones y límites de validez⁵². Entre las normas jurídicas de escalones diversos existe una diferencia de forma o de contenido pero también *una diferencia de grado*, de modo que en el mundo jurídico no existe sólo la equiordenación de algunos tipos de normas, sino también la supraordenación y la subordinación de otros tipos de normas. A juicio de Merkl la imagen de la construcción gradual permite dar cuenta de estas últimas relaciones pues pone claramente de relieve la diferencia de nivel que existe entre algunos actos jurídicos concatenados⁵³ y traslada una visión del Derecho como una realidad “articulada en varios planos”⁵⁴.

Según ya se dijo, la tesis de la construcción gradual define en lo esencial la estructura del Derecho. Ahora bien, al igual que se señaló en relación con la diversidad de formas de producción jurídica tampoco las relaciones entre estas formas son producto de la construcción teórica, sino que vienen dadas por el Derecho positivo⁵⁵. Así, aunque la construcción gradual sea una imagen adecuada para expresar la diferencia estructural que presenta todo orden

⁵¹ MERKL (1931: 38).

⁵² MERKL (1931: 51) Así, una ley debe su validez solamente a la Constitución, mientras que una sentencia o un acto administrativo derivan su validez no solamente de la norma constitucional, sino también de la ley.

⁵³ Entiende MERKL (1931: 49 y 50) que el proceso gradual de creación de derecho, que va de lo general a lo particular, y su resultado sugieren comparar los actos que se condicionan y que son condicionados con diversos “fenómenos análogos del mundo de la experiencia”. En este sentido alude a diferentes imágenes, una cadena, un árbol genealógico, un curso de agua o un proceso técnico-productivo. La imagen de la construcción gradual le parece a Merkl más adecuada que otras porque expresa mejor la idea de que el fenómeno jurídico no “viene a la luz” en una sola forma, sino en diversos modos, y refleja claramente la existencia de una diferencia de grado o nivel entre los actos condicionantes y condicionados. Además, esta imagen revela que la relación entre los actos jurídicos se caracteriza porque siempre “es menester” que se dé un acto para que pueda surgir el acto que inmediatamente le sigue en la gradación jerárquica, MERKL (1927: 222).

⁵⁴ MERKL (1931: 10).

⁵⁵ MERKL (1931: 33 y 34).

jurídico, el número y la concreta articulación de los grados que integran dicha construcción no es para Merkl algo “inmanente” al Derecho, sino un producto en cierto modo “arbitrario”⁵⁶ y susceptible de variación. En todo caso, de las reflexiones anteriores acerca de la teoría de las funciones jurídicas necesarias desarrollada por Merkl se desprende que la presencia de una serie de “grados” básicos y la existencia de una cierta ordenación entre ellos sí resultan imprescindibles. Además, apunta Merkl que “sin menoscabo de todas las variantes históricas y locales” las formas de preceptos jurídicos se han concretado en ciertos tipos que “se presentan de ordinario en todos los ordenamientos jurídicos estatales del presente” la Constitución, la ley, la ordenanza, los actos individuales creadores de derecho y los actos de mera ejecución que constituyen, ciertamente, *una serie escalonada* de actos jurídicos⁵⁷, “quedando abierta la posibilidad de muchos miembros intermedios entre los actos referidos”⁵⁸.

La imagen de la construcción gradual emerge, como muestra el análisis precedente, del proceso dinámico de creación del Derecho y pone de relieve que, a diferencia de lo que sucede con otros órdenes normativos, los ordenamientos jurídicos no son cerrados, ni inmutables, sino capaces de “cambio” y de “desarrollo”⁵⁹, fenómenos que acontecen, desde la concepción de Merkl, según las propias reglas jurídicas⁶⁰. De este modo, en el marco de la teoría merkliana de la construcción gradual se anticipa otra de las aportaciones centrales de la doctrina pura: la idea de que el Derecho regula su propia producción, esto es, la tesis de la autoproducción del Derecho⁶¹.

En efecto, Merkl en los “Prolegomena”-siguiendo al Kelsen de la *Allgemeine Staatslehre* que ya había asumido la perspectiva dinámica y la construcción gradual- caracteriza la relación existente entre los fenómenos

⁵⁶ MERKL (1931: 54).

⁵⁷ Se trata según MERKL (1927: 221) de un proceso “que parte de la Constitución y pasa por la ley, por la ordenanza, y por los actos individuales creadores de derecho (sentencias y resoluciones de las autoridades administrativas) hasta llegar a los actos meramente ejecutivos”.

⁵⁸ MERKL (1927: 221 y 222).

⁵⁹ En este sentido señala PATRONO (1987: lvii, lviii) que los estudios de Merkl contribuyen a subrayar la dimensión temporal del fenómeno jurídico, considerando también esta atención al elemento temporal como una de las principales aportaciones de Merkl al sistema protokelseniano. Desde este enfoque temporal o dinámico resalta MERKL (1931) que el Derecho se presenta no sólo un sistema de normas, sino también como un sistema de procedimientos, donde aparecen como relevantes actos que no son tenidos en cuenta desde la perspectiva estática de aproximación al fenómeno jurídico.

⁶⁰ MERKL (1931: 46). Sostiene MERKL (1931: 45) que la observancia de estas reglas es condición para la adquisición de validez de otras reglas pertenecientes al mismo ordenamiento

⁶¹ Ciertamente, la tesis de que el Derecho regula su propia producción ocupa un lugar central en la teoría kelseniana. KELSEN (1960b: 84) considera este principio como una peculiaridad del Derecho especialmente significativa que ostenta “una extraordinaria relevancia teórica”. La importancia radical de esta nota en el plano teórico estriba en que, como se viene señalando, la reconstrucción sistemática del Derecho se basa, precisamente, en esta relación de regulación de la producción. Así KELSEN (1945: 156) define expresamente el Derecho “como un sistema de normas generales e individuales entrelazadas entre sí de acuerdo con el principio de que el Derecho regula su propia producción”.

jurídicos determinantes y determinados como una relación de regulación de la producción en el sentido de que el acto determinado no solamente es producido siempre según el determinante, sino también a través de él⁶². Según Merkl esta relación entre el acto determinante y el acto determinado incluye un conjunto complejo de condiciones –tanto formales como materiales– impuestas por diferentes actos que determinan la creación de otro acto⁶³.

En este sentido, la atención a la teoría de Merkl puede contribuir a aclarar algunos equívocos muy difundidos en torno a la teoría del sistema jurídico manejada por Kelsen y, en concreto, en lo que respecta a su caracterización del orden jurídico como un sistema normativo de tipo dinámico⁶⁴. Según la interpretación “canónica” de la teoría kelseniana afirmar el carácter dinámico del orden jurídico implica entender que las relaciones de determinación entre sus normas son de naturaleza exclusivamente formal y no material. Esta lectura, como he tratado de justificar en algunos trabajos, parece, cuando menos, cuestionable⁶⁵. Para Kelsen en el orden jurídico (dinámico) las normas superiores determinan no sólo formalmente, sino también materialmente la creación de normas inferiores y ambos tipos de condicionamientos inciden en la cuestión de la validez jurídica. Pues bien, en la exposición de la teoría de la construcción gradual Merkl incluye expresamente entre las reglas de producción jurídica normas que determinan el contenido de las normas inferiores e insiste en el carácter no excluyente de la relación formal de delegación⁶⁶. Y, más aún, como luego se analizará con algún detalle, Merkl rotundamente se opone a la consideración de que los requisitos de forma son más relevantes que los requisitos de contenido en la determinación de la validez (y de la in-validez) jurídica⁶⁷.

Como antes se advirtió, las relaciones de rango entre las normas jurídicas no proceden según Merkl únicamente de las relaciones “lógicas” de dependencia o condicionalidad, sino también de la valoración jurídica de su

⁶² MERKL (1931: 45).

⁶³ En este punto MERKL (1931: 44 y 45) se ocupa de aclarar que la delegación o el reenvío, nociones con las que la literatura tradicional había calificado la relación entre los actos determinantes y determinados, no agotan las relaciones de “determinación” o de regulación de la producción. A su modo de ver, la delegación es una forma de “determinación” cualificada y junto a ella existen otros condicionamientos formales y materiales a la producción normativa. Además, aclara Merkl que la constitución es regla de producción respecto de la legislación, la constitución y la ley respecto de los reglamentos, las leyes judiciales y administrativas formales y materiales respecto de los actos judiciales y administrativos y negocios jurídicos de derecho privado.

⁶⁴ Vid. sobre esta distinción KELSEN (1960b: 201 ss.) y KELSEN (1945: 129 ss.).

⁶⁵ Vid. CUENCA (2007) y CUENCA (2008).

⁶⁶ MERKL (1931: 44 y 45). También WALTER (1964: 108) señala que entre las disposiciones jurídicas que reglamentan “cómo se generan otras disposiciones jurídicas se encuentran “no sólo las que dicen *cómo* y *por quién* habrán de estatuirse los actos de voluntad conducentes a la generación de derecho, sino también aquéllas que establecen *qué* es lo que puede ser el contenido de las disposiciones por crear”.

⁶⁷ En este punto sí que puede existir una diferencia importante entre el planteamiento de Kelsen y el planteamiento de Merkl, como luego me ocuparé de analizar en la exposición del problema de las normas irregulares.

capacidad normativa⁶⁸. Esta consideración da lugar al segundo sistema escalonado al que hace referencia Merkl basado en la fuerza derogatoria. En este sistema una proposición jurídica “que posee fuerza derogatoria frente a otra proposición jurídica que carece de fuerza derogatoria frente a ella es, por esta razón, de rango superior y la proposición jurídica derogable, en comparación con la derogadora, de rango inferior”⁶⁹. Indica Merkl que la posición sistemática de las singulares formas de producción cambia según los diferentes criterios de jerarquía por lo que una determinada forma puede estar en cuanto a la fuerza jurídica en un grado diverso del que le corresponde según el grado de condicionamiento jurídico.⁷⁰

Una vez expuestos los aspectos esenciales de la teoría de la construcción gradual del orden jurídico me referiré a algunas de sus principales consecuencias muchas de ellas asumidas también con posterioridad como tesis centrales en la evolución de la doctrina pura pero cuya paternidad “original” corresponde en gran medida a Merkl.

Posiblemente una de las tesis más importantes e influyentes derivadas de la teoría de la estructura escalonada consiste en la relativización de la oposición, asumida también por Kelsen en los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, entre producción y aplicación del Derecho⁷¹. Como destaca Merkl en la teoría de la construcción gradual ambos conceptos se entrelazan y extienden su radio de aplicación respecto a su comprensión tradicional⁷². En palabras de Merkl, al igual que el ámbito de la producción jurídica se alarga “insospechadamente” al tener en cuenta grados ulteriores que la precedente doctrina no había tomado en consideración, también se alarga “insospechadamente” el ámbito de la aplicación⁷³.

Merkl considera que la “producción del acto determinado es, desde el punto de vista del acto determinante, *aplicación del derecho*” y califica de arbitraria la restricción de esta expresión “al modo de producción que une solamente a la ley y a la sentencia y todo lo más a la ley y al acto

⁶⁸ MERKL (1931: 38).

⁶⁹ MERKL (1931: 38).

⁷⁰ En todo caso, como indica WALTER (1964: 119 y 120) en muchas ocasiones ambos sistemas coinciden y, además, existe un “entrelazamiento estrecho” entre ellos, entre otras razones, porque los dos denotan “posibilidades de producción de derecho. Es la habilitación para la creación de derecho la que en los dos sistemas se describe bajo diferentes aspectos. El sistema escalonado según la condicionalidad jurídica enseña hasta dónde ciertas normas (las reglas para la producción de derecho) facultan para la generación del derecho. .. El sistema escalonado según la fuerza derogatoria indica hasta dónde llega el poder de ciertas disposiciones, vale decir, de disposiciones jurídicas de una forma determinada, para derogar o no derogar otras”.

⁷¹ Señala PATRONO (1987: xxii) que el sistema protokelseniano de los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* separaba el momento creativo del momento aplicativo de manera tajante y profunda, no consideraba que los actos individuales del Estado dieran lugar a la creación de normas jurídicas y defendía una subordinación rígida del juez a la ley y el carácter meramente ejecutivo de la administración.

⁷² MERKL (1931: 47).

⁷³ MERKL (1918b: 303).

administrativo". A su modo de ver, "cada paso de un acto determinante a un acto determinado es un caso de aplicación del Derecho"⁷⁴. De esta forma "si la realización por una decisión judicial de las condiciones estipuladas en la ley es aplicación de la ley, entonces la realización por la ley de las condiciones estipuladas en la Constitución es aplicación legal de la Constitución, y la realización por un acto de ejecución de las condiciones estipuladas en la sentencia es ejecución de la sentencia"⁷⁵.

Además señala Merkl que el proceso de aplicación "corre paralelo" al proceso de producción del Derecho de "tal modo" que a través "de todo nuevo acto normativo de aplicación viene producida una nueva norma"⁷⁶. Por un lado, esta afirmación está, en la aproximación de Merkl, estrechamente ligada al abandono del legalismo y, por tanto, a la "complicación" del panorama tradicional de las fuentes del derecho y a la consideración de que no sólo son "auténticas" normas jurídicas las previsiones generales contenidas en la ley, sino también las individuales expresadas en la sentencia o en el acto administrativo. Por otro lado, esta consideración se vincula a la idea –otra vez sumamente relevante y relativamente novedosa en el momento de su formulación también respecto de la primera versión kelseniana de la doctrina pura⁷⁷– de que la determinación de la norma inferior por la norma superior nunca puede ser completa, existiendo siempre un cierto margen de libertad o discrecionalidad. Ciertamente, a juicio de Merkl, "todo estadio intermedio" de la cadena de producción normativa está caracterizado por una cierta "dosis" de "novedad" combinándose e interactuando en cada grado elementos objetivos y subjetivos⁷⁸. Así, cada escalón del proceso de producción normativa se basa en el precedente, pero incorpora siempre nuevos elementos, tratándose, en palabras de Merkl, "de una integración, pero no de una nueva construcción"⁷⁹. De este modo, el contenido del Derecho se va también conformando "gradualmente" desde los eslabones superiores a los inferiores. Como luego se comprobará, desde este enfoque, la cuestión de la interpretación –cuyo estudio Kelsen había obviado en los primeros desarrollos de la teoría pura– adquiere una relevancia de primer orden.

⁷⁴ MERKL (1931: 47 y 48).

⁷⁵ MERKL (1931: 48). Ya antes MERKL (1918a: 102 nota 3) había afirmado que "la ley constituye aplicación inmediata de la Constitución".

⁷⁶ MERKL (1931: 48).

⁷⁷ Como antes se avanzó KELSEN (1923: XLVI) en el prólogo de la segunda edición de los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* admite –asumiendo expresamente la visión de Merkl– que la misma maneja una separación entre creación y aplicación que debe ser matizada, pero advierte que es un error atribuir a la misma la consideración de que los actos de ejecución concretos pueden deducirse de la norma abstracta a través de un procedimiento estrictamente *lógico-formal*. En este sentido considera que en su primera obra ya se advierte que hay elementos contenidos en el acto individual que no están totalmente determinados por la norma abstracta y general.

⁷⁸ Vid. por ejemplo MERKL (1918a: 107).

⁷⁹ MERKL (1918b: 304).

Por tanto, para Merkl –al igual que después para Kelsen⁸⁰– todos los eslabones intermedios de la construcción gradual son, a la vez, creadores y aplicadores de Derecho⁸¹. En palabras de Merkl, “Todos los *actos* que en esta serie ofrecen naturaleza *condicionante*, son *formuladores del derecho*, todos aquellos que aparezcan como *condicionados* son *ejecución del derecho*. El *acto supremo* en toda la serie *no ofrece más que un carácter formulador* del derecho y *el último exclusivamente un carácter ejecutivo*⁸², los *actos intermedios*, mirados desde arriba presentan el carácter de *formuladores* y, desde abajo, de *ejecución*, ofreciendo, por tanto, un *doble carácter* de formulación y de ejecución del derecho; y todos esos actos, lo mismo los meramente ejecutivos que los creadores de derecho, son *jurídicamente relevantes*”⁸³.

La teoría de la estructura escalonada y en concreto la matización de la oposición radical entre la producción y la aplicación del Derecho, incide también en la doctrina de las funciones del Estado y se plasma en la contemplación de los poderes estatales como estratos de la construcción gradual⁸⁴. En este punto entiende Merkl que esta nueva visión desmiente la teoría tradicional de las formas de Estado basada en la contradicción esencial entre producción y aplicación, y en la localización de la creación de Derecho exclusivamente en el ámbito de la legislación formal⁸⁵. En efecto, si las formas de Estado se identifican con los diferentes métodos de formación de la voluntad estatal pero ésta se reduce a la legislación formal, entonces las diferencias entre las formas estatales se fundan exclusivamente en la organización y en el procedimiento del poder legislativo. Ello supone para Merkl, una “fuerte” simplificación que acorta el proceso de producción jurídica y clasifica las normas de Estado atendiendo exclusivamente a la regla sobre la producción del legislador ignorando las reglas sobre la producción de la jurisdicción y de la administración.

⁸⁰ Así, KELSEN (1945: 157) considera que “no es enteramente correcto dividir los actos jurídicos en actos de creación y de aplicación del derecho; pues, si prescindimos de los casos limítrofes”, la presuposición de la norma fundamental y la ejecución de la sanción, “cada acto es al propio tiempo creador y aplicador de derecho”.

⁸¹ PATRONO (1987: li) entiende la bilateralidad o dualidad de los actos normativos como otro de los elementos más relevantes que el pensamiento de Merkl introduce en el sistema protokelseniano.

⁸² MERKL (1931: 48) indica, en efecto, que hay actos de aplicación que no son actos de producción: todos los actos estatales puramente materiales que tienen relevancia jurídica pero que no “ponen” derecho, en particular, la ejecución forzada y la ejecución de la pena.

⁸³ MERKL (1927: 221y y 222).

⁸⁴ La estructura jurídica escalonada inspira, como señala MERKL (1931: 52), la aproximación de Kelsen a esta cuestión en la *Teoría General del Estado*. KELSEN (1945: 306) considera que “la doctrina de los tres poderes del Estado es –desde un punto de vista jurídico– la doctrina de las diferentes etapas de creación y aplicación del orden jurídico nacional”. Para Kelsen, “el poder ejecutivo, por una parte, y los poderes ejecutivo y judicial, por la otra, solamente representan las diferentes etapas del proceso por el cual el orden jurídico nacional es –de acuerdo con sus propias prescripciones– creado y aplicado”.

⁸⁵ MERKL (1931: 54 ss.).

Por el contrario, de la consideración de la producción jurídica como un proceso escalonado en el que la legislación es un punto de tránsito y, por ende, de la identificación de las fuentes del derecho con el conjunto completo de las reglas sobre la producción superiores e inferiores a la ley, resulta, a juicio de Merkl, un “esquema” de las formas estatales “mucho más colorido y ricamente estructurado”. Así, mientras que si se identifica la producción jurídica con una única fuente, la democracia se entiende realizada mediante la democratización de la organización y los métodos del legislador, si se extiende el concepto de producción jurídica cobran también importancia la democratización de la justicia y de la administración en tanto contribuyen, igualmente, a la formación de la voluntad estatal⁸⁶.

La teoría de la construcción gradual conduce, asimismo, a transformar la bipartición entre el Derecho formal y sustancial, presentándose ambos como común Derecho “procedimental” que regula la producción de normas inferiores⁸⁷; deja sin sentido a la oposición entre Derecho público y Derecho privado, que no tiene traslación a la nueva clasificación de los escalones normativos planteando en este ámbito una serie de cuestiones irresolubles⁸⁸ y propicia una nueva comprensión de la distinción entre las dimensiones objetivas y subjetivas de los actos normativos que aparecen combinadas, como antes se dijo, en cada uno de los grados del Ordenamiento⁸⁹.

Finalmente, señala Merkl que la teoría de la construcción gradual supone una expansión del concepto de fuerza jurídica (*Rechstkraft*) o principio de cosa juzgada reservado tradicionalmente a la sentencia judicial. Para Merkl, si la fuerza jurídica se identifica con una cierta cualidad de inmodificabilidad entonces puede estar presente en todas las formas de producción jurídica subordinadas, más allá de la sentencia⁹⁰. Se trata de una cuestión estrechamente ligada al planteamiento que mantiene Merkl en torno al problema de las normas o actos jurídicos irregulares del que me ocuparé en el último apartado del presente trabajo.

3. MERKL SOBRE INTERPRETACIÓN JURÍDICA: LA INTERPRETACIÓN AUTÉNTICA COMO ACTO DE CONOCIMIENTO Y VOLUNTAD

Aunque se ha señalado, con razón, que la doctrina pura del derecho no contiene una teoría completa de la interpretación jurídica, sí que expresa una visión clara - y acertada, a mi modo de ver, en lo esencial- acerca del papel y el significado del momento interpretativo en el funcionamiento del orden jurídico y acerca de la naturaleza de la interpretación jurídica. Pues bien, de nuevo, esta visión es deudora de la aproximación de Merkl al fenómeno interpretativo.

⁸⁶ MERKL (1931: 55).

⁸⁷ MERKL (1931: 59).

⁸⁸ MERKL (1931): 59.

⁸⁹ MERKL (1931): 61.

⁹⁰ MERKL (1931: 61 ss.).

El manejo de una concepción rigurosamente estática había impedido a Kelsen en la primera gran versión de la doctrina pura el planteamiento de problemas típicos de la teoría de la interpretación⁹¹. Sumado a lo anterior, en esta primera versión la pretensión de preservar la unidad del Ordenamiento en torno al monismo legislativo se plasma en una concepción rígida de la subordinación del juez a la ley⁹². Únicamente con la asunción de la perspectiva dinámica y el paso de la teoría de la norma a la teoría del ordenamiento – ambos aspectos relacionados, según se ha visto en el anterior apartado, con el manejo de la tesis de la construcción gradual de Merkl– la interpretación jurídica se convierte en objeto de tratamiento científico⁹³.

Si bien en la *Allgemeine Staatslehre* de 1925 Kelsen complementa su aproximación estática al fenómeno jurídico con la aproximación dinámica, desarrolla una teoría del Ordenamiento y acepta la tesis de la construcción gradual todavía no se encuentra en esta obra un tratamiento específico de la cuestión de la interpretación jurídica, aunque sí algunas alusiones a núcleos de problemas relacionados con ella⁹⁴. No será hasta 1934 en un breve ensayo⁹⁵ la primera vez que Kelsen se refiera expresamente a esta temática. Posteriormente se dedica a la interpretación el capítulo VI de la primera edición de la *Reine Rechtslehre* cuyo contenido coincide punto por punto con el ensayo citado, y finalmente, el capítulo VIII de la segunda edición de esta obra de 1960, en el que se añaden algunas consideraciones sobre la interpretación científica⁹⁶.

De nuevo la aproximación kelseniana a la interpretación jurídica desarrolla ideas avanzadas por Merkl⁹⁷. Algunas de estas ideas son consecuencia directa de la asunción de la teoría de la construcción gradual y otras de la pureza, posición esta vez sí presente desde los inicios en el pensamiento de Kelsen, que se predica de la ciencia jurídica.

Ciertamente, de la tesis de la construcción gradual del Ordenamiento se derivan importantes implicaciones, no sólo para la articulación de la

⁹¹ LOSANO (1992c: 112).

⁹² PATRONO (1987: lv).

⁹³ PATRONO (1987: xxxvi).

⁹⁴ Así, como apunta LOSANO (1992b: 113) en esta obra Kelsen se refiere a dos problemas futuros de la teoría de la interpretación a) el juez determina lo que la ley general y abstracta deja indeterminado b) el juez al determinar agrega algo, es decir, crea. Según antes se apuntó Kelsen entiende que esta visión de alguna manera está implícita ya en su primera obra, aunque quizá no de manera suficientemente clara.

⁹⁵ KELSEN (1934a).

⁹⁶ Por ello suele señalarse que entre 1934 y 1960 la bibliografía kelseniana sobre la interpretación es, en efecto, “pobre en títulos y constante en las concepciones”. Para comprobar la constancia de las ideas de Kelsen en torno a este tema resulta sumamente ilustrativo el cuadro que elabora LOSANO (1992b: 115) mostrando las concordancias entre los párrafos de las obras antes citadas.

⁹⁷ En especial en MERKL (1916); MERKL (1918a) y MERKL (1918b).

interpretación en el desenvolvimiento del sistema jurídico, sino también para la propia concepción interpretativa por la que se opta⁹⁸.

En opinión de Merkl todas las normas jurídicas poseen, si bien en grados diversos, un margen irreducible de indeterminación. En la teoría de Merkl esta indeterminación es fruto, de un lado, de la propia “forma lingüística” que introduce en el Derecho un elemento de vaguedad. En opinión del autor la “fluidez” del lenguaje jurídico, que no es el lenguaje de la lógica, esto es, su carácter relativamente “amorfo” implica que las normas jurídicas puedan tener “una multiplicidad” de significados⁹⁹. Y de otro lado, pero en estrecha relación con lo anterior, la contemplación del proceso de creación/aplicación de Derecho como un proceso de determinación de lo que la norma superior deja indeterminado se conecta con su consideración, de nuevo presente en la construcción kelseniana, como un procedimiento de progresiva concretización desde la materia jurídica “abstracta y general” a los actos jurídicos individualizados¹⁰⁰. Merkl contempla, por tanto, la indeterminación del Derecho como un rasgo esencial e inevitable y se opone abiertamente al dogma de la omnipotencia de la ley y a la forma en que los juristas habían contribuido a su construcción y a su mantenimiento¹⁰¹.

Así, como antes se avanzó, todo “estrato” de la pirámide jurídica se articula en un componente “objetivo” y un componente “subjetivo”, por lo que el órgano llamado a aplicar e individualizar la norma general goza siempre de un poder discrecional “grande o pequeño” siendo en parte libre y estando en parte vinculado¹⁰². Desde estas premisas, para Merkl la interpretación se configura como una tarea mediadora siempre necesaria en el proceso de

⁹⁸ Señala PAULSON (1990) que “la clave” de la teoría de la interpretación de Kelsen es la doctrina de la estructura jerárquica del sistema jurídico. El propio KELSEN (1934b: 126) advierte que la teoría de la estructura escalonada del orden jurídico es de “fecundas consecuencias” para el problema de la interpretación.

⁹⁹ MERKL (1918a: 124).

¹⁰⁰ MERKL (1918b: 285 y 286). La concepción de la *Stufenbau* como un proceso continuo descendente que va de lo general a lo particular, estrechamente ligada a la bilateralidad del acto normativo, es considerada de nuevo por PATRONO (1987: llii) como otra de las mayores aportaciones de Merkl a lo que este autor denomina el sistema protokelseniano.

¹⁰¹ Afirma MERKL (1918a: 124) que en todo nivel aplicativo existen necesariamente un área de determinación y una esfera indeterminación y considera que la amplitud de las mismas puede ser muy variada, pero no puede desaparecer del todo.

¹⁰² MERKL (1918a: 107-109). En opinión de Merkl la dimensión objetiva y subjetiva pueden combinarse de formas diversas. Así, entiende que la esfera abierta a la subjetividad del intérprete es mayor en los escalones superiores de la construcción gradual, en tanto la norma constitucional se configura como una norma más abstracta y general (que recordemos, además, según Merkl tiene un carácter predominantemente formal) y que es menor en la base, MERKL (1918b: 306). Asimismo considera que el factor subjetivo es más amplio cuantos menos eslabones hay en la construcción gradual llegando a ser enorme en el estado del juez Platón donde la Constitución autoriza directamente al juez a dictar sentencias sin que existan más eslabones intermedios, MERKL (1918a: 107). También Kelsen utiliza este ejemplo en sus trabajos.

producción/aplicación del Derecho¹⁰³ que implica en todos los casos un cierto margen de discrecionalidad. Reutilizando un término que en la doctrina tradicional se usa en un sentido distinto Merkl aplica a la interpretación que llevan a cabo los poderes normativos, a la que también llama “práctica”, el calificativo de “auténtica”. Como es sabido se trata de un adjetivo que será adoptado después por Kelsen¹⁰⁴ y que pretende poner de relieve el carácter “creador” de Derecho¹⁰⁵ de la interpretación llevada a cabo por los órganos jurídicos de aplicación.

La consideración de la interpretación auténtica como una actividad creativa entronca con la afirmación de que el contenido de los actos de aplicación de Derecho no puede estar totalmente determinado por el contenido de las normas superiores. Partiendo de esta visión Merkl define –en el sentido en que luego lo hará Kelsen– la operación que llevan a cabo los intérpretes auténticos como una elección discrecional entre las soluciones interpretativas diversas que ofrece el material jurídico¹⁰⁶. La interpretación auténtica no se configura, por ende, como el descubrimiento del único y preciso significado de la norma, se contempla, por el contrario, como un acto volitivo que implica una elección, “una opción, la afirmación de un punto de vista”¹⁰⁷. Esta interpretación tiene, en efecto, un carácter eminentemente normativo, crea materialmente Derecho, pues el resultado de la interpretación es la creación de una “nueva” norma cuyo contenido no está totalmente determinado por la norma superior, sino que depende, en parte, de los juicios de valor del intérprete¹⁰⁸.

Esta elección permitida y exigida a los órganos jurídicos de aplicación, en cambio, le está vetada a la interpretación llevada a cabo por la ciencia del Derecho¹⁰⁹. La interpretación científica debe limitarse, en opinión de Merkl, a la

¹⁰³ PATRONO (1984: xxxvi). Asimismo KELSEN (1960b: 349) asume este carácter omnipresente de la interpretación “en cualquier acto de creación de Derecho, cuando el derecho tiene que ser aplicado por un órgano jurídico, éste tiene que establecer el sentido de la norma que aplicará, tiene que interpretar las normas ... hay ... una interpretación de todas las normas jurídicas, en tanto deben recibir aplicación”.

¹⁰⁴ KELSEN (1960b: 354 ss.).

¹⁰⁵ Como es sabido, por interpretación auténtica se entiende tradicionalmente la interpretación que es llevada a cabo por el legislador con el propósito explícito de interpretar una norma legislativa. MERKL (1918b: 308 nota 11) extiende el uso de este término a toda interpretación implícita en el proceso de aplicación del Derecho. En efecto, considera MERKL (1918b: 302 y 303) que la interpretación auténtica no es monopolio del legislador formal, sino que se trata de un instrumento que está a disposición de todo órgano que crea y aplica el Derecho. Su oposición al uso restringido del adjetivo auténtica en relación con el legislador está, por tanto, relacionado con el cuestionamiento de que sólo la instancia legislativa es creadora de Derecho. Este es una de las notas principales que PATRONO (1984: xxxviii) destaca en la visión merklana de la interpretación.

¹⁰⁶ Vid. por ejemplo MERKL (1918b: 283 ss.).

¹⁰⁷ Vid. PATRONO (1984: xxxviii). MERKL (1918b: 308) advierte que la interpretación auténtica es una interpretación emocional que tiene una función “volitiva” y no sólo racional.

¹⁰⁸ PATRONO (1984: xxxviii).

¹⁰⁹ De este modo, señala MERKL (1918b: 303) que de la mano del teórico la interpretación coincide con el conocimiento jurídico y de la mano del práctico con la producción de derecho.

determinación cognoscitiva del sentido de las normas, esto es, a la delimitación de las posibilidades interpretativas que la norma superior ofrece sin que pueda arrogarse el poder de escoger entre ellas, ni de orientar la elección de los órganos jurídicos¹¹⁰. Esta interpretación, llamada en ocasiones por Merkl intelectual¹¹¹ sí se concibe, por tanto, como un acto de conocimiento y se predica de ella un carácter aséptico y neutral.¹¹² Como es sabido, esta caracterización de la interpretación científica será también defendida por Kelsen¹¹³.

Dejando al margen las críticas que se han vertido sobre esta concepción de la interpretación científica¹¹⁴, interesa destacar que la relación existente entre ésta y la interpretación auténtica expresa con claridad la concepción interpretativa que maneja Merkl. En este punto se afirma que la interpretación auténtica constituye derecho plenamente válido tan sólo en los límites marcados por la interpretación científica, esto es, “en los límites en los cuales la elección de quien aplica el derecho se mantiene en el área de las posibilidades cognoscitivas”¹¹⁵. Merkl anticipa así la conocida imagen del marco que Kelsen empleará después para dar cuenta del fenómeno interpretativo¹¹⁶. Esta imagen pone claramente de relieve la consideración de que la interpretación auténtica es, en efecto, un acto de voluntad pero no absolutamente libre en tanto su

¹¹⁰ Vid. por ejemplo MERKL (1918a: 121-122) y MERKL (1918b: 276). Entiende MERKL (1918b: 307) que la ciencia jurídica no puede anticipar el resultado de la interpretación llevada a cabo por los órganos jurídicos de aplicación y que no le corresponde la definición del elemento subjetivo implícito en este proceso que incumbe en exclusiva a quién está llamado a aplicar el Derecho. A la ciencia jurídica le correspondería la determinación del elemento objetivo.

¹¹¹ MERKL (1918b: 304).

¹¹² Insiste repetidamente MERKL (1918b: 292 y ss.) en la neutralidad de la ciencia jurídica y en su función estrictamente cognoscitiva y no volitiva. Vid. sobre este aspecto de la teoría de la interpretación de Merkl, PATRONO (1984: xxxvii).

¹¹³ KELSEN (1960b: 356) considera que “la interpretación jurídico-científica no puede sino exponer los significados posibles de una norma jurídica. Como conocimiento de su objeto no puede adoptar ninguna decisión entre las posibilidades expuestas teniendo que dejar esa decisión al órgano competente, según el orden jurídico, para aplicar el derecho”.

¹¹⁴ En efecto, a la caracterización aséptica y neutral de la interpretación científica se le han planteado diversas objeciones. La crítica recurrente en este punto consiste en subrayar que la concepción kelseniana de la interpretación científica no se corresponde con la actuación real de los juristas que no están interesados en describir los posibles significados de las normas, sino, más bien, en “demostrar que todas las interpretaciones están equivocadas menos una: la propia”. La teoría pura kelseniana incurriría, así, en una contradicción con los presupuestos en los que declara inspirarse asumiendo una posición prescriptiva “que no describe lo que los juristas hacen, sino lo que deben hacer”, LOSANO (1992b: 127, 130).

¹¹⁵ MERKL (1918b: 304 y 308) afirma “en términos menos simbólicos” que la interpretación auténtica sólo puede proceder dentro del área marcada por la interpretación intelectual, pudiéndose contemplar como un círculo más pequeño dentro de un círculo más grande.

¹¹⁶ En opinión de KELSEN (1960b: 350 y 351) la norma superior “tiene, con respecto del acto de su aplicación a través de la producción de normas o de ejecución, el carácter de un marco que debe llenarse mediante ese acto”. La interpretación jurídica entendida como “conocimiento del sentido del objeto interpretado” arroja como resultado la determinación del “marco que expone el derecho por interpretar, y, por lo tanto, el conocimiento de varias posibilidades dadas dentro de ese marco”.

validez depende de que se mantenga dentro del área de significados posibles que viene delimitada por un acto de conocimiento¹¹⁷.

De todo lo anterior se desprende que Merkl, como después hará Kelsen, se decanta por una teoría de la interpretación intermedia o ecléctica que se aleja de la teoría cognitiva al reconocer la discrecionalidad de la que gozan los intérpretes auténticos y la existencia de una pluralidad de significados posibles pero que se diferencia, a su vez, del escepticismo radical al afirmar la presencia de límites que condicionan la validez de la decisión interpretativa¹¹⁸.

Merkl es, además, mucho más claro que Kelsen a la hora de establecer la naturaleza y el origen de estos límites. Los límites que “enmarcan” la interpretación auténtica provienen, según Merkl, del lenguaje del Derecho que no es absolutamente indeterminado. Merkl defiende la función primaria de la interpretación “lógico gramatical” que funda en el hecho de que constituye “el medio expresivo propio de la ley”¹¹⁹ y que considera como punto de partida de cualquier interpretación y como un límite negativo a las opciones interpretativas. En el primer sentido afirma Merkl que este método lógico-gramatical no sólo “es obligatorio en todos los casos”, mientras que el empleo de los demás criterios de interpretación es meramente contingente, sino que, además, “ningún otro método es posible sin él”¹²⁰. En el segundo sentido sostiene que si bien es cierto que el lenguaje de las normas permite dotar a un enunciado jurídico de significados “más o menos oscilantes”, “es igualmente cierto que excluye del todo determinados significados”¹²¹. En opinión de Merkl aunque es “prerrogativa de quien aplica el derecho” escoger “entre los significados dudosos”, junto a estos significados existen también “muchos no dudosos” que el operador no puede escoger ya que le enfrentarían “con el sentido y con las leyes de la lengua”. De este modo, entiende Merkl que la lógica y la gramática son “instrumentos del conocimiento”, “métodos

¹¹⁷ MERKL (1918b: 286). En un sentido similar KELSEN (1960b: 354) afirma que en la interpretación auténtica “la interpretación cognoscitiva del derecho aplicable se enlaza con un acto de voluntad en el cual el órgano de aplicación del derecho efectúa una elección entre las posibilidades que la interpretación cognoscitiva muestra”.

¹¹⁸ MERKL (1918a: 124) sostiene que la indeterminación de la que adolece el Derecho “no produce una suerte de pérdida de significado” y no justifica una visión absolutamente escéptica del fenómeno interpretativo. Vid. en MERKL (1916: 268) algunas críticas a la doctrina del derecho libre. En relación con la teoría de Kelsen, similar en este punto como estamos comprobando a la de Merkl, apunta DICIOTTI (1995: 65) que su concepción es sólo moderadamente escéptica porque la dimensión creadora de contenidos implicada en la interpretación operativa no es contemplada, como hace el escepticismo radical, como una ‘creación por invención’, esto es, como el resultado de un acto de voluntad libre, sino como una ‘creación por elección’, es decir, como el resultado “de una libre elección entre una serie de alternativas traídas a la luz por un acto de conocimiento”.

¹¹⁹ MERKL (1916: 274).

¹²⁰ MERKL (1916: 278) considera que las reglas de interpretación resultan superfluas en relación con la “interpretación lógico-gramatical” que es *conditio sine qua non* de cualquier otra regla interpretativa. Frente a la necesidad de la interpretación lógico gramatical los demás métodos de interpretación son considerados por MERKL (1916: 275) solamente posibles y de naturaleza accesoria.

¹²¹ MERKL (1918a: 124 y 125).

cognoscitivos” y no “elementos extraños al Derecho” que no conducen a encontrar una solución interpretativa unívoca¹²² pero que sí permiten discriminar entre los significados posibles e imposibles¹²³.

La afirmación de estos límites interpretativos es en la construcción de Merkl, como el propio autor se ocupa de demostrar, plenamente compatible con el positivismo jurídico. Así, afirma que el lenguaje “no es para nada una prohibida puerta de servicio por la cual el derecho natural se introduce a hurtadillas es sobre todo el gran portón a través del cual todo el derecho entra en la conciencia de los hombres”¹²⁴. A su modo de ver, el recurso a la gramática como instrumento para limitar la discrecionalidad de los que aplican el Derecho, sería “un pensar y un actuar en términos de derecho natural” sólo si se fuera más allá de estos presupuestos lingüísticos, introduciéndose “otros ulteriores presupuestos con el fin de dar al derecho el contenido en su momento deseado”¹²⁵.

De esta forma, en la concepción de merkliana –como de nuevo sucede en la kelseniana– el elemento cognoscitivo o racional de la interpretación se agota en la delimitación de los significados lingüísticamente posibles. En este punto Merkl sostiene que el empleo de los diferentes métodos de interpretación conduce a resultados interpretativos divergentes y que todos ellos están jurídicamente en el mismo plano debiendo realizar el intérprete auténtico –pero nunca el científico¹²⁶– una elección ulterior¹²⁷. La opción entre los significados posibles puede estar guiada “tanto por la pura discrecionalidad, cuanto por otras motivaciones extrajurídicas ... la oportunidad, la equidad, la justicia etc.”¹²⁸ y supone, a juicio de Merkl, una aportación “subjetiva” que

¹²² MERKL (1916: 275).

¹²³ Aunque se trata de una cuestión que carece de un tratamiento suficiente en la teoría kelseniana de algunos de sus pronunciamientos parece deducirse que los significados que el marco excluye son también, al igual que en la aproximación de Merkl, aquellos que se enfrentan con el lenguaje de las normas. Efectivamente, KELSEN (1960b: 352) parece sostener que los significados cognoscibles por la interpretación científica son los incluidos en el tenor literal de la norma y se refiere a los significados susceptibles de ser atribuidos a una disposición jurídica como sentidos gramaticalmente posibles.

¹²⁴ MERKL (1918a: 126).

¹²⁵ MERKL (1918a: 126 y 127).

¹²⁶ Como antes se advirtió, según MERKL (1916: 276), la ciencia jurídica no puede elegir entre estos significados. En efecto, MERKL (1918b: 300) apunta que cuando hay varias soluciones interpretativas que se muestran igualmente posibles sólo el juez puede realizar la elección necesaria sin que en ese margen de apreciación pueda ser orientado por el científico. De esta forma, en este área de discrecionalidad una ciencia jurídica “fundada exclusivamente sobre la ley” y no orientada por un sistema de normas “extralegislativas” por “directivas éticas o políticas” debe renunciar al conocimiento unívoco del Derecho, o mejor señala MERKL (1918b: 283 y 284) debe sancionar como derecho todo lo que el juez en su sentencia reconoce como Derecho.

¹²⁷ MERKL, (1916: 267) subraya que la cuestión de “cuál sea el método interpretativo a aplicar” se decide “sobre el plano extrajurídico”. Señala además MERKL (1916: 271) que al variar el instrumento interpretativo varía también el resultado de la interpretación, por lo que se puede afirmar que existen tantos ordenamientos como métodos interpretativos.

¹²⁸ MERKL (1916: 266 y 267).

depende “de la personalidad, más o menos oscilante” del operador competente¹²⁹ y responde a parámetros políticos y éticos¹³⁰. Aunque no procede detenernos en el análisis de esta cuestión –que excede el ámbito de la Teoría del Derecho y que tampoco se aborda específicamente en sus trabajos sobre la interpretación– quizá Merkl podría mostrarse menos escéptico de Kelsen en relación con la posibilidad del análisis racional de estos parámetros¹³¹.

En síntesis, Merkl asume una concepción de la interpretación jurídica sólo moderadamente escéptica plenamente coherente con la visión sistemática del Derecho y con la concepción de la validez jurídica que maneja¹³². En efecto, las normas inferiores pueden considerarse válidas siempre y cuando respeten el mínimo significado (lógico-gramatical) determinado de las normas superiores.

Pues bien, desde esta consideración surge un problema ulterior de gran relevancia teórica y de no menos trascendencia práctica, a saber, la cuestión de qué consecuencias se derivan de la vulneración de este límite. Este problema nos conduce a analizar el planteamiento de Merkl sobre los actos normativos irregulares o “viciosos”, donde, de nuevo, sus aportaciones parecen haber influido en la posición de Kelsen. No obstante, como enseguida se comprobará, en este aspecto la visión de ambos autores no coincide plenamente.

4. MERKL SOBRE NORMAS IRREGULARES: LA TEORÍA DEL CÁLCULO DE VICIOS Y EL DOBLE ROSTRO DEL DERECHO

La cuestión de las normas irregulares sitúa a la Teoría del Derecho ante un difícil reto que pone a prueba la consistencia de la concepción sistemática del fenómeno jurídico y que inexcusablemente tiene que ser resuelto si se pretende conservar el valor explicativo de la noción de validez jurídica que esta concepción maneja. Tanto Merkl como Kelsen dedicaron una particular atención al análisis de esta problemática.

¹²⁹ MERKL (1918b: 292).

¹³⁰ La elección responde de nuevo, desde la óptica de MERKL (1918b), “a criterios externos al derecho”, que penetran en el área jurídica “bajo la forma de motivación” de quién está llamado a decidir lo que supone una recepción o reenvío a elementos éticos y políticos. Advierte MERKL, (1919: 309) que el “intérprete auténtico no tiene por qué ser siempre el intérprete correcto”, de tal modo que quien opera su elección dentro de lo que es lógica y lingüísticamente posible no siempre tiene por qué ser escoger la opción ideal en un sentido ético. También KELSEN (1960b: 354) entiende que la opción entre las interpretaciones posibles responde siempre a consideraciones extrajurídicas de carácter ético-político.

¹³¹ Como es sabido KELSEN (1960b: 356) considera que la elección discrecional en el marco de significados posibles no es susceptible de un control racional. Afirmar lo contrario supondría sostener la posibilidad de un conocimiento objetivo en el ámbito moral que Kelsen, adscrito al relativismo en este punto, rechaza.

¹³² Aunque, de nuevo, no puedo detenerme en el análisis de esta cuestión importa señalar que el escepticismo radical deja sin sentido a las notas que caracterizan la idea de sistema e impide el manejo de un concepto sistemático de validez en tanto para determinar si la norma inferior respeta los condicionamientos impuestos para su creación por la norma superior es preciso interpretar ambas normas.

En las coordenadas de la visión sistemática del Derecho expresada en la doctrina de la construcción gradual de Merkl “la posibilidad de actos estatales viciosos procede de que estos actos se hallan todos condicionados por el derecho, y cuanto más intensa sea la determinación jurídica de un acto, tanto mayores las posibilidades de que quien aplica el derecho se coloque en contradicción con el mismo. Esta posibilidad de contradicción con la norma condicionante se plantea en todas las etapas o planos de la escala jurídica”¹³³. Por ello, a juicio de Merkl, “todo Ordenamiento debe ... tener en cuenta la posibilidad de ser malentendido, fallido en un número más o menos elevado de casos por parte de quien lo debe aplicar”¹³⁴.

En una primera aproximación cabe señalar que para Merkl las normas condicionadas que se han creado sin respetar los requisitos establecidos por las normas condicionantes deben considerarse inválidas¹³⁵. En este sentido, sostiene de manera tajante que “la mínima desviación de la ley... impide ya hablar de acto jurídico o de acto de un órgano estatal”¹³⁶. Desde esta visión entiende Merkl que la vulneración de los requisitos impuestos por la norma superior para la creación de la norma inferior, ya se trate de condicionamientos formales o materiales¹³⁷ y ya se trate de violaciones de menor o mayor gravedad, lleva aparejada –según enseguida se comprobará siempre y cuando el Derecho positivo no establezca otra cosa– la nulidad de la norma afectada¹³⁸.

Esta posición se enfrenta claramente con el planteamiento defendido por Kelsen tanto en la *General Theory of Law and State* como en la *Reine Rechtslehre* donde se afirma la anulabilidad como regla exclusiva en el contexto jurídico y

¹³³ MERKL (1927: 247 y 248).

¹³⁴ MERKL (1925: 350). En palabras ahora de KELSEN (1945: 184) “no puede existir una garantía absoluta de que la norma inferior corresponda a la superior. La posibilidad de que la primera no corresponda a la segunda, que determina la creación y el contenido de aquélla ... no quedan jamás excluidas”. Un análisis detallado de la posición de Kelsen en relación con el problema de las normas irregulares puede verse en el último Capítulo de CUENCA (2008).

¹³⁵ MORESO (1993: 93).

¹³⁶ MERKL (1918b: 312). Entiende MERKL (1925: 349) que “el juez que yerra, en cuanto tal, no es juez, puesto que no aplica el Derecho y no es un órgano del Estado, es una persona privada”. También afirma que las sentencias que no están de acuerdo con la ley no son Derecho MERKL (1918a: 114). A tal efecto, según MERKL (1918b: 298), no importa que falte un solo requisito procedimental o que se regule un contenido no autorizado, en ambos casos la norma es inválida. Vid. MORESO (1993: 93).

¹³⁷ En este punto, MERKL (1925: 347) rechaza la distinción entre requisitos esenciales y no esenciales del acto jurídico y en especial considera arbitrario fundamentar esta diferencia en el criterio de la competencia según el cual el actuar incompetente, aunque “privado de vicios”, no sería imputable al tribunal mientras que el actuar competente, aunque viciado, “lo sería siempre”. Merkl “no acierta a comprender” por qué entre todas las determinaciones jurídicas de un acto el requisito de la competencia debe y puede asumir una posición privilegiada y decisiva respecto a la sustancia jurídica del acto. La norma sobre la competencia representa, a su modo de ver, sólo una de las varias y jurídicamente equivalentes condiciones que el derecho formal y sustancial “pone en el actuar del órgano y que califica el actuar como actuar del órgano y al agente como órgano”.

¹³⁸ MERKL (1927: 250).

se rechaza radicalmente la admisibilidad de la categoría de la nulidad¹³⁹. Como es sabido, esta tesis conduce a Kelsen a entender que las normas irregulares deben considerarse válidas hasta que no son anuladas por una autoridad competente a través del procedimiento establecido al efecto y a predicar el carácter “constitutivo” de ese pronunciamiento¹⁴⁰.

Ahora bien, conviene tener presente que en su trabajo de 1914 *Über Staatsunrecht* al que se recurre como referencia básica para dar cuenta de la teoría kelseniana de las nulidades en el ámbito de la doctrina administrativista, Kelsen maneja un planteamiento que difiere sustancialmente del asumido en las dos obras anteriormente citadas y que coincide en lo esencial con las ideas Merkl. Más aún, Merkl afirma seguir en este punto la “trascendental” aportación de su maestro¹⁴¹. En efecto en esta primera obra Kelsen defiende, por razones de estricta lógica jurídica¹⁴², que la nulidad debe ser considerada como una regla *a priori* y general en relación con los actos normativos irregulares, aunque no exclusiva, en la medida en que el Derecho positivo puede introducir, y de hecho introduce, importantes excepciones en su juego¹⁴³.

En este sentido entiende Merkl, siguiendo al Kelsen de *Über Staatsunrecht*, que puesto que resultaría “muy perturbador que el más pequeño defecto de un acto lo convirtiera en un mero acto aparente, en una nada jurídica”, el Derecho positivo suele corregir “esta consecuencia tan absoluta del acto vicioso”, determinando, “bien que el acto que no coincida por completo con las condiciones impuestas por ese derecho sea tratado como válido”, “o bien que el acto defectuoso no sea considerado como nulo sin más, sino que habrá que someterlo a un procedimiento de anulación”¹⁴⁴. De este modo, tanto Merkl como el primer Kelsen consideran que la nulidad es la regla general, si bien la voluntad estatal puede hacer entrar también en juego la categoría de la anulabilidad. A propósito de esta cuestión advierte Merkl que, a la hora de trazar la dicotomía nulidad/anulabilidad, se suele atribuir a la distinción entre vicios formales y materiales más relevancia de la que le

¹³⁹ Vid. por ejemplo KELSEN (1945: 360).

¹⁴⁰ Según KELSEN (1945: 189 y 190) aunque en ocasiones se afirme “de forma incorrecta” que una norma es “declarada” nula de pleno derecho, “semejante declaración no tiene, sin embargo, carácter declarativo, sino constitutivo”, puesto que “sin esa declaración del órgano competente el precepto no puede ser considerado como nulo”. Es, por tanto, el pronunciamiento de la autoridad habilitada al efecto el que da lugar a la nulidad de la norma en cuestión, lo que, en las coordenadas de la teoría kelseniana, significa que se la priva de validez, y por ende, que tal norma “fue válida hasta su supresión; no fue nula desde el comienzo”. Vid. también KELSEN (1960b: 283).

¹⁴¹ En efecto, MERKL (1927): 250 señala que la consideración de “todos los defectos jurídicos, en ausencia de una diferenciación de su importancia por parte del derecho positivo, *esencialmente iguales*, y, en ausencia de que se les adscriban distintas consecuencias jurídicas como *motivos de nulidad*” constituye una aportación “trascendental” de la teoría kelseniana.

¹⁴² KELSEN (1914): 100-102.

¹⁴³ Vid. sobre los planteamientos de este primer Kelsen y de Merkl los trabajos de SANTAMARÍA PASTOR (1975) y de GARCÍA LUENGO (2002).

¹⁴⁴ MERKL (1927: 251).

corresponde, otorgando “injustificadamente” a “ciertos defectos de procedimiento, cuando no a todos, una eficacia mayor que a los defectos de índole jurídico-material”. Aunque, a su modo de ver, la clasificación de las irregularidades en motivos de nulidad y anulabilidad corresponde exclusivamente al Derecho positivo, indica que “de una manera general” podrían considerarse como motivos de nulidad tanto la incompetencia absoluta del órgano, como ciertos defectos “cualificados y considerables” de procedimiento y también determinadas “violaciones graves” del Derecho material¹⁴⁵.

Pues bien, la entrada en escena de la categoría de la anulabilidad conduce a Merkl a la formulación de su teoría del cálculo de vicios que coincide en ciertos aspectos, aunque como veremos no en todos, con la controvertida teoría kelseniana de la cláusula alternativa tácita o de las habilitaciones supuestas o alternativas¹⁴⁶.

Por cálculo de vicios entiende Merkl disposiciones que permiten imputar al Estado actos que no responden al conjunto de presupuestos establecidos para su formación y, por tanto, para su validez, permitiendo reconocer tales actos como Derecho “a pesar del vicio”¹⁴⁷ en el que incurren. El cálculo de vicios más “típico” y “difuso” es, precisamente, la “impugnación”. Los mecanismos de impugnación son, para Merkl, medios técnicos que permiten, finalmente, considerar como actos jurídicos estatales actuaciones que no se corresponden con los requisitos de validez establecidos por las normas superiores. Y ello porque, si bien el uso de este remedio “puede producir una corrección definitiva” del acto estatal viciado, “la simple posibilidad de usarlo” constituye “una corrección provisional”, pues el “acto contra el cual el ordenamiento jurídico dispone la impugnación” es “dotado de relevancia, integrado en el ordenamiento, aunque sea con validez limitada”. De esta forma, “lo que a priori” sería un acto “nulo” “una nada jurídica”, “viene

¹⁴⁵ MERKL (1927: 249).

¹⁴⁶ Como es sabido, para explicar la validez de las normas irregulares que se enfrentan a las determinaciones establecidas para su creación por las normas superiores Kelsen propone entender que dichas normas son disposiciones alternativas que autorizan expresamente a un órgano mediante un determinado procedimiento a crear normas con un cierto contenido, o bien le autorizan mediante una especie de cláusula alternativa tácita a crear normas por un procedimiento distinto o con un contenido diverso. De esta forma, la tesis de la alternatividad significa que las autoridades jurídicas tienen dos caminos uno explícito y otro implícito o tácito a la hora de desarrollar su labor de producción y aplicación normativa. Siguen el primero cuando actúan regularmente, respetando los límites impuestos por las normas superiores. Se decantan por el segundo cuando proceden irregularmente vulnerando estas restricciones. Sin embargo, incluso si escogen esta última vía crean normas que deben considerarse válidas hasta que no sean anuladas por otra autoridad competente, en caso de que exista, para revisar su actuación. En todo caso, la cláusula alternativa tácita convierte en regular la actuación irregular del órgano, que no puede considerarse que entre en contradicción con las normas superiores, Vid. KELSEN (1960b: 275 ss).

¹⁴⁷ MERKL (1925: 350).

tratado a posteriori como simplemente anulable o impugnabile y por tanto como algo jurídico”¹⁴⁸.

Según Merkl la articulación de medios de impugnación unida al juego del principio de cosa juzgada –expresión *Rechtskraft* que como antes se dijo Merkl no limita a las sentencias, sino que amplía a todas las normas de algún nivel o grado subordinado¹⁴⁹– revela la existencia de una “autorización tácita” para producir actos judiciales “que se distancian de la directiva de la ley”, esto es, la presencia de un mandato “implícito” para crear actos que no se corresponden con las determinaciones que regulan su producción. A su modo de ver, se trata de una autorización que, “a diferencia de otras delegaciones legislativas, no está explícitamente definida en la ley, sino *implícita* gracias al efecto de cosa juzgada” y que supone que, “*en línea de principio*, la ley tiene como punto de mira un cierto resultado pero en línea subsidiaria cualquier solución diversa es también jurídicamente querida”¹⁵⁰. Al respecto considera Merkl que, mientras que en otros casos el juez “debe ser puesto conscientemente frente a la posibilidad de elección”, la libre apreciación que se deriva del cálculo de vicios debe ser “disfrazada”, no existiendo “ningún interés en poner al juez frente a una posibilidad tal”. Ciertamente, los jueces “no deben darse cuenta del poder de decidir de un modo diverso a aquél previsto por la ley”; deben “creer” en su vinculación a la ley y no percatarse de que les es posible apartarse de ella, pues una actuación “disconforme” puede dar lugar a una norma tratada como válida¹⁵¹.

Además, sostiene Merkl que si bien en otros casos de libre apreciación los actos cubiertos por la delegación legislativa tienen el mismo valor, los actos cubiertos por el cálculo de vicios “pueden y deben ser jurídicamente distintos de los actos previstos por las disposiciones legislativas”. Así, a juicio de Merkl, “el acto previsto por la disposición legal tiene un valor jurídico superior” y el “consentido por el cálculo de vicios tiene uno inferior; el uno representa el tipo ideal de comportamiento del órgano, el otro, en todo caso, uno posible”¹⁵². En todo caso, el cálculo de vicios puede, en efecto, llevar a “ratificar” los actos

¹⁴⁸ MERKL (1925: 351).

¹⁴⁹ MERKL (1931: 291-292).

¹⁵⁰ MERKL (1925: 353).

¹⁵¹ MERKL (1925: 351).

¹⁵² MERKL (1925: 351). También para Kelsen, “ambos miembros de la alternativa” expresa y tácita no tienen “el mismo valor”, diferencia que se plasma en una “descalificación de la segunda alternativa frente a la primera” y se traduce en el hecho de que “es la ley correspondiente al segundo y no al primer precepto de la alternativa” la que “es declarada anulable”. De esta forma, si la norma inferior se conforma a la alternativa explícita “tiene pleno valor”, mientras que, si está de acuerdo con la alternativa implícita, “tiene un valor mediocre”, pudiendo ser derogada “por razón de su deficiencia”, KELSEN (1934: 123 y 124). Según KELSEN (1960b: 280) ésta es la manera en la que el Derecho, aunque “no puede excluir el segundo camino”, “da preferencia al primero”.

irregulares cuando los vicios de los que adolecen no se subsanan y entra el juego el principio de cosa juzgada¹⁵³.

No obstante, conviene tener presente que Merkl no considera el principio de cosa juzgada como un *a priori* que permite considerar como plenamente y perfectamente válidas y conformes a Derecho las normas irregulares, defiende que incluso los órganos de última instancia pueden equivocarse, afirma la relevancia de ese error y defiende la competencia de la ciencia jurídica para detectarlo. Estos son los aspectos que diferencian su aproximación de la kelseniana.

En opinión de Merkl, si apelando al principio de cosa juzgada se admite que “todo lo que el órgano competente aplica como derecho”, o mejor “pone como derecho”, debe “valer como tal”, que “cualquier expresión puede asumir en el lenguaje jurídico un significado más o menos divergente de aquél que tiene en el uso lingüístico común” y que hay que atender “absolutamente” al pronunciamiento del órgano aplicador para conocer el contenido de las normas jurídicas, entonces antes de la decisión judicial el Derecho no sólo sería “incompleto”, sino que “en definitiva” no habría sido “puesto”¹⁵⁴.

Según antes se explicó, Merkl maneja una concepción moderadamente escéptica de la interpretación que admite la existencia de márgenes de indeterminación. Para Merkl, dentro del marco de significados posibles de un enunciado jurídico la opción válida es siempre la que escoge discrecionalmente el intérprete auténtico¹⁵⁵, el órgano creador de derecho, y en caso de controversia la que elige el último órgano¹⁵⁶. Ahora bien, todos los intérpretes auténticos y también los intérpretes últimos tienen, según Merkl, el deber de respetar el mínimo significado (lógico-gramatical) determinado de los enunciados jurídicos y cuando lo dejan de lado emiten decisiones que no se conforman desde un punto de vista objetivo al Derecho aplicable. Y, por tanto, la ciencia jurídica puede verificar estas desviaciones que constituyen, en definitiva, vulneraciones de la jerarquía normativa¹⁵⁷.

¹⁵³ MERKL (1925: 355). Del mismo modo que Merkl, KELSEN (1960b: 275 ss). relaciona su teoría de las habilitaciones supuestas o clausula alternativa tácita con el principio de cosa juzgada.

¹⁵⁴ MERKL (1918a: 111 y 112). Sin embargo sostiene KELSEN (1945: 183 y 184), que “es un hecho que el problema de si hay una norma general que deba ser aplicada por el tribunal y cuál debe ser el contenido de tal norma, sólo puede ser resuelto jurídicamente por dicho tribunal, (si se trata de un tribunal de última instancia)”.

¹⁵⁵ MERKL (1918b: 298). Según MERKL (1918b: 283 y 284) la pregunta “¿quién tiene razón?, ¿qué es el derecho?” recibe en tal caso una respuesta exclusivamente formal, pues se contesta “indicando a quien corresponde decir de modo institucional qué cosa es el derecho”. Al conceder al juez una libertad de apreciación “dentro de la cual puede y debe elegir” el Derecho “hace depender” la decisión “de la discrecionalidad de quien está llamado a pronunciarla”.

¹⁵⁶ En palabras de MERKL (1918b: 301) “la capacidad que tiene el juez o cualquiera que esté llamado a aplicar el derecho de decir qué es el derecho no puede ser considerada índice de un saber mejor .. sino solamente de un poder mayor”.

¹⁵⁷ MERKL (1918a: 127).

En opinión de Merkl, considerar que el contenido de la ley o de la constitución depende en exclusiva del pronunciamiento del órgano llamado a aplicar estas normas, relegando la función de la ciencia jurídica al análisis de las normas de organización que señalan quién es el competente para decidir sobre el contenido, supondría manejar un concepto particular de aplicación que convertiría a estos órganos y en especialmente a los de última instancia en aplicadores “de derecho propio”¹⁵⁸.

A juicio de Merkl el carácter de órganos jurídicos de las autoridades, también de las autoridades de última instancia, depende de que su actuación se ajuste a las condiciones formales y sustantivas que les impone el Derecho aplicable. Prescindir de estos presupuestos objetivos establecidos en normas jurídicas en la identificación del juez –o de otros órganos jurídicos– supondría utilizar otros indicios como “la ingenua psicología de la toga y del palacio de justicia” lo que nos llevaría, según Merkl, a reconocer como jurídicamente válidos los actos del “capitán de Köpenick”¹⁵⁹.

Advierte Merkl que la exigencia de respetar los requisitos de validez impuestos por el Derecho aplicable “no sufre excepciones para los órganos supremos”¹⁶⁰. Aunque en este caso no pueda sancionarse un “comportamiento ilegítimo” y dependa de la “voluntad” y “perspicacia” del órgano aplicar, o no, el Derecho, nada impide afirmar que estos órganos en un determinado caso no han aplicado el derecho que deben aplicar, sino que han errado en su tiro¹⁶¹. Esta consideración difiere de la postura de Kelsen, quien en relación con las decisiones los órganos de última instancia torna su escepticismo moderado en radical, considerando que las interpretaciones adoptadas por estas autoridades no están sometidas al respeto del marco de opciones interpretativas posibles, configurándose como decisiones absolutamente discrecionales de las que no cabe predicar su contradicción con la norma aplicable y hay que considerar conformes a Derecho, sea cual sea su contenido¹⁶².

En este sentido mantiene Merkl que no existe ninguna regla, tampoco el principio de cosa juzgada, que permita considerar que “cualquier desviación” crea Derecho “cuando ya no esté disponible algún medio de impugnación”¹⁶³ o que permita entender que todo lo que “pasa” como interpretación auténtica es Derecho¹⁶⁴. A su modo de ver, el principio de cosa juzgada no justifica

¹⁵⁸ MERKL (1918a: 113).

¹⁵⁹ MERKL (1918a: 114). El caso del gobernador de Köpenick acaeció en 1906 cuando un ciudadano disfrazado de militar tomó a varios soldados de la calle y secuestró el ayuntamiento de esta ciudad. MERKL (1925: 347) afirma que “El disfraz de la toga y del birrete, el disfraz de los uniformes, no sólo ha confundido, en la práctica, a ingenuos profanos, sino también, incluso demasiado, en el plano de la teoría, a expertos juristas”.

¹⁶⁰ MERKL (1918a: 115).

¹⁶¹ MERKL (1918a: 115).

¹⁶² KELSEN (1960b: 355). Para KELSEN (1945: 183 y 184) el carácter definitivo de sus decisiones implica que únicamente el órgano “de última instancia tiene competencia para interpretar de manera definitiva y auténtica las normas generales que han de aplicarse al caso singular”.

¹⁶³ MERKL (1918a: 118).

¹⁶⁴ MERKL (1918b: 308).

“abrazar” cualquier violación del Derecho aplicable y emplearlo, no como un *posterius* que permite asimilar al Derecho actos pseudojurídicos, sino como un *prius lógico* que permite transformar “casos de manifiesta desaplicación en una forma particular de aplicación” supone un uso exagerado de este principio que conduciría a privar a las normas jurídicas de cualquier significado, a volatilizarlas “en una nada insignificante”¹⁶⁵. Señala además Merkl que este uso exagerado –que hace depender totalmente la aplicación del Derecho de la discrecionalidad del órgano en tanto la razón no puede controlar este proceso y el principio de cosa juzgada autoriza al órgano a ponerse en contraste con la propia razón– implicaría que el poder legislativo y reglamentario se estarían esforzando en crear normas abstractas que el órgano aplicador “no debe necesariamente respetar estando autorizado a interpretarlas como quiera”.¹⁶⁶

De este modo, Merkl considera “sumamente ilógico querer individualizar mediante la razón una única disposición concreta de Derecho sustantivo y, después, mediante la cosa juzgada, conferir un poder ilimitado al juez de aplicar el Derecho e incluso de no aplicarlo”¹⁶⁷. Este poder ilimitado de los órganos de aplicación, conferido por el principio de cosa juzgada, impediría contemplar el orden jurídico como un Ordenamiento escalonado¹⁶⁸, supondría el completo derrumbe del concepto de sistema normativo y la asunción de una visión del Derecho basada exclusivamente en la fuerza¹⁶⁹.

Según apunta José Juan Moreso, Merkl entiende que la aplicación del Derecho es el *prius* lógico y la formación de la cosa juzgada el *posterius* lo que significa que –en ocasiones y en virtud de la cosa juzgada– algunas normas *a priori* inválidas son *a posteriori* convalidadas¹⁷⁰. Para Merkl, la aplicación “errada del derecho” es tal *a priori*, si bien puede ser “considerada exacta *a posteriori* como aplicación de otro derecho”¹⁷¹.

Como antes avanzamos, según Merkl, la ciencia jurídica positivista es competente para dar cuenta de los excesos de poder de los órganos de aplicación señalando las irregularidades cometidas en su actuación. Respecto de esta cuestión afirma que mientras “quien aplica el derecho, en la esfera de la voluntad es libre y se sustrae al control de la ciencia jurídica en la esfera cognoscitiva está vinculado y es susceptible de ... orientación por parte de ésta”¹⁷². Insiste Merkl, en que esta orientación no es una orientación de carácter moral, en tanto atiende a criterios internos, esto es, a requisitos y condiciones

¹⁶⁵ MERKL (1918a: 118).

¹⁶⁶ MERKL (1918a: 119).

¹⁶⁷ MERKL (1918a: 118).

¹⁶⁸ MERKL (1918a: 116-119).

¹⁶⁹ MERKL (1918a: 118 y 119).

¹⁷⁰ MORESO (1993: 94). Admite MERKL (1918b: 304, 309, 311) que puede suceder que el intérprete auténtico no se mantenga en los límites de las posibilidades cognoscitivas de la norma aplicable y que a través del instituto de la cosa juzgada se produzca “el milagro” de que ese error, ese ilícito, se convierta en Derecho.

¹⁷¹ MERKL (1918b: 322).

¹⁷² MERKL (1918a: 125).

incorporados en el Derecho positivo y a elementos lingüísticos, esto es, al mínimo significado lógico-gramatical de las normas superiores¹⁷³.

Pues bien, la aproximación de Merkl implica que el Derecho “aparece distinto a los ojos del conocimiento jurídico que a los ojos de los órganos de aplicación”¹⁷⁴. En definitiva, la existencia de las normas irregulares pone de relieve lo que este autor denomina “el doble rostro del Derecho”. En sus palabras, “hablamos de leyes inconstitucionales, de reglamentos, sentencias, actos administrativos ilegítimos, en una palabra de actos ilegítimos de un órgano¹⁷⁵y, desde el punto de vista estatal, de actos estatales nulos y anulables; que, sin embargo, en opinión del órgano o del pseudo-órgano que los ha adoptado constituyen derecho de forma incuestionable ... Según se adopte el punto de vista del órgano que ha decidido o del observador objetivo, el derecho se presenta de forma diversa. Se llega de esta forma a identificar dos sistemas jurídicos diferentes –el del conocimiento y el de la aplicación– entre los cuales hay conflicto y surge la pregunta ¿cuál de ellos está en lo cierto? ¿están ambos en lo cierto?”¹⁷⁶.

Como es sabido, Kelsen condicionado en este punto por el neokantismo¹⁷⁷, no puede plantear tan abiertamente como hace Merkl la existencia de este doble rostro del Derecho que expresa, en definitiva, un conflicto entre el Derecho válido, definido de acuerdo con la idea de sistema, y el Derecho efectivo que se aplica y se obedece¹⁷⁸. Toda la movilidad de la pirámide jurídica mediante la teoría de las habilitaciones supuestas se orienta a salvar en última instancia la correspondencia entre el Derecho válido y el

¹⁷³ Como ya se dijo al abordar la concepción merkliana de la interpretación jurídica, esta orientación en la medida en que se basa en el lenguaje de las normas, no supone ninguna suerte de apelación al Derecho Natural, MERKL (1918a: 125).

¹⁷⁴ MORESO (1993: 94).

¹⁷⁵ MERKL (1918a: 124 y 125).

¹⁷⁶ MERKL (1918a: 110).

¹⁷⁷ Como es sobradamente conocido el neokantismo impone a la teoría de Kelsen la separación entre las esferas del ser y el deber ser e implica entender que el fundamento de la validez de una norma siempre tiene que ser otra norma y nunca un hecho. La doctrina de las habilitaciones supuestas pretende, por tanto, “traducir a términos normativos las determinaciones fácticas operantes en el sistema jurídico, determinaciones fácticas que Kelsen detecta perfectamente pero que no puede incorporar a su teoría sin sentir que destruyen su presupuesto teórico esencial, el de la radical separación y autonomía de Sein y Sollen”, GARCÍA AMADO (2006: 1209). Pues bien, el Kelsen positivista no puede negar el carácter jurídico de las normas irregulares, porque tales normas se aplican y se obedecen en una sociedad determinada y la única solución viable, desde las coordenadas epistemológicas en las que se enmarca su teoría, consiste en convertirlas en normas jurídicas válidas, esto es, en normas conformes con las normas superiores, DELGADO PINTO (1990: 141 y 142).

¹⁷⁸ En todo caso, en algún pasaje de los escritos de Kelsen se reconoce esta doble dimensión. Ciertamente, Kelsen asume que la existencia y consolidación de las normas irregulares resulta inevitable –pues los mecanismos arbitrados por el sistema jurídico para garantizar la regularidad de la producción normativa no pueden prolongarse indefinidamente– y admite que ello supone que el principio de legitimidad, de legalidad –que exige que las normas sean creadas siguiendo las determinaciones formales y materiales contempladas en el propio orden jurídico– se encuentra “limitado por el principio de efectividad”, KELSEN (1960b: 282) y KELSEN (1979: 405).

Derecho efectivo¹⁷⁹, a hacer coincidir esos dos rostros Derecho presentando el fenómeno jurídico como si tuviera una única cara. Como es sabido, este empeño tiene consecuencias sumamente perturbadoras conduciendo – como ya advirtió Merkl con carácter general en relación con el uso exagerado del principio de cosa juzgada– a la disolución de la visión sistemática del Derecho manejada por la doctrina pura¹⁸⁰.

A diferencia de Kelsen, la posición de Merkl es coherente con la concepción sistemática del Derecho expresada en la tesis de la construcción gradual. Y su planteamiento, a pesar de dejar algunas cuestiones pendientes y no ofrecer una explicación completa del estatus de las normas creadas irregularmente¹⁸¹ (inválidas, pero existentes) contiene reflexiones sumamente sugerentes y esclarecedoras.

En este punto la teoría de Merkl pone de relieve los límites de la concepción sistemática que sólo puede dar cuenta del funcionamiento regular o “ideal” del Derecho¹⁸² y no del funcionamiento irregular o patológico; insinúa claramente la necesidad de combinar la dimensión normativa (el rostro del conocimiento) y la dimensión fáctica (el rostro de la aplicación) para obtener una imagen integral del fenómeno jurídico; apunta la importancia de la correspondencia general entre estos rostros para la pervivencia y funcionalidad del propio sistema y reivindica la función crítica de la ciencia jurídica positivista en la detección de normas irregulares.

A modo de conclusión, cabe subrayar que la aproximación a los aspectos centrales de la Teoría del Derecho de Merkl ensayada en estas páginas revela lo determinante –más de lo que se reconoce y generalmente se conoce –de su contribución a la evolución de la doctrina pura y a la construcción de algunas de sus tesis nucleares. Pero, más allá de dicha influencia, estas reflexiones creo que ponen también en valor la aportación de Merkl por su potencial capacidad para arrojar luz –en ocasiones incluso para iluminar más de lo que alumbra la aproximación de su maestro– en el análisis de problemas nucleares que distan con mucho de haber sido resueltos de forma satisfactoria y que continúan hoy ocupando y preocupando a los teóricos del derecho.

¹⁷⁹ CALSAMIGLIA (1997: 166).

¹⁸⁰ Numerosos trabajos han subrayado las contradicciones que la doctrina de la cláusula alternativa tácita, que convierte a las normas irregulares en normas conformes a Derecho, genera en la construcción teórica kelseniana al volver del revés la concepción sistemática de la validez y conducir a la conclusión evidentemente absurda de que el Derecho positivo autoriza a *cualquiera* a dictar normas con cualquier contenido y mediante cualquier procedimiento, Vid. por todos NINO (1976) y CALSAMIGLIA (1977).

¹⁸¹ MORESO (1993: 94).

¹⁸² Asume MERKL (1918b): 318 que “el ordenamiento jurídico debe basarse en su realidad en hombres imperfectos” que no en todos los aspectos “responden al modelo ideal”.

5. BIBLIOGRAFÍA

Obras citadas de Adolf J. Merkl

(1916): “Zum Interpretationsproblem”, *Grünhutsche Zeitschrift für das Privatrecht und öffentliches Recht der Gegenwart*, pp. 535-556 (hay trad. italiana de C. Geraci: “Sul problema dell’interpretazione” en *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniani e altri saggi*, Milán: Giuffré, 1987, pp. 257-279, por donde se cita).

(1918a): “Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechts”, *Juristische Blätter*, 47,425-427,444-447,463-465 (hay trad. italiana de C. Geraci: “Il duplice volto del diritto” en *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniani e altri saggi*, cit., pp. 99-128, por donde se cita).

(1918b): “Das Recht im Lichte seiner Anwendung”, *Deutsche Richterzeitung*, 37, pp. 3-42 (hay trad. italiana de C. Geraci “Il Diritto dal punto de vista applicativo”, en *Il duplice volto...*, cit., pp. 281-324, por donde se cita).

(1919): “Zum Problem der Recthskraft in Justiz und Verwaltung”, *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, 1, pp. 456-467 (hay trad. italiana de C. Geraci: “Il problema delgiudicato nella giurisdizione e nell' amministrazione” en *Il duplice volto...*, cit., pp. 325-340, por donde se cita).

(1925): “Justizirrtum und Rechtswahrheit”, *Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft*, 45, pp. 452-465 (hay trad. italiana de C. Geraci: “Errore giudiziario e verità legale”, en *Il duplice volto...*, cit., pp. 341-359, por donde se cita).

(1927): *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien- Berlin: Julius Springer (existe trad. castellana: *Teoría general del Derecho administrativo*, México: Editora Nacional, 1980, por donde se cita).

(1931): *Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues*, en *Gesellschaft, Staat und Recht. Festschrift Hans Kelsen zum 50. Geburtstag gewidmet*, Wien, Springer, pp. 252-294 (hay trad. italiana de C. Geraci: “Prolegomena alla costruzione a gradi”, *Il duplice volto...*, cit., pp. 3-65, por donde se cita).

(2004): “Prolegómenos a una teoría de la estructura jurídica escalonada del ordenamiento (I)” y “Prolegómenos a una teoría de la estructura jurídica escalonada del ordenamiento (II)”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2, pp. 235-259 y 3, pp. 301-324 (traducción española de J. L. Fuentes Osorio y M. Azpitarte Sánchez de la versión de los “Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues” publicada en VERDROSS (1967): *Gesellschaft, Staat und Recht: Untersuchungen zur reinen Rechtslehre: Festschrift Hans Kelsen zum 50. Geburtstag gewidmet*, pp. 252-294).

Otras obras citadas

BOBBIO, N., (1960): *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino: Giapichelli.

CALSAMIGLIA, A., (1997): *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, Barcelona: Ariel.

CUENCA, P., (2007): "Acerca del carácter dinámico del sistema jurídico en la teoría de Kelsen y su compatibilidad con el constitucionalismo", *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, 15.

- (2008): *El sistema jurídico como un sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, Madrid: Dykinson.

- (2011): "Un balance de la Teoría del Ordenamiento jurídico de Norberto Bobbio" en ANSUÁTEGUI ROIG, F.J. e IGLESIAS GARZÓN, A., (ed.), *Norberto Bobbio. Aportaciones al análisis de su vida y de su obra*, Madrid: Dykinson.

DELGADO PINTO, J., (1977): "El voluntarismo de Hans Kelsen y su concepción del orden jurídico como un sistema normativo dinámico" en *Filosofía y Derecho. Estudios en honor del profesor José Corts Grau*, Universidad de Valencia- Facultad de Derecho, pp. 175-208.

- (1990): "Sobre la vigencia y la validez de las normas jurídicas", *Doxa*, 7, pp. 101-161.

DICIOTTI, E., (1995): "Operative Interpretation and Systemic Validity" en GIANFORMAGGIO, L., y PAULSON, S., (eds.), *Cognition and interpretation of law*, Torino: Giapichelli, pp. 51-83.

FARIÑAS DULCE, M.J., (1991): *El problema de la validez jurídica*, Civitas: Madrid, 1991.

FUERTES, M., (1998): "Adolf Julius Merkl, un jurista tan citado como desconocido", en *Revista de Administración Pública*, 146, mayo-agosto, pp. 419-428.

GARCÍA AMADO, J. A. (1996): *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Madrid: Marcial Pons.

- (2006): "Hablando de Kelsen con Delgado Pinto" en *El positivismo jurídico a examen. Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, pp. 1199-1209.

GARCÍA LUENGO, J., (2002): *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Madrid: Civitas, 2002.

GERACI, G. (1987) a cura di: *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniani e altri saggi*, Milán: Giuffré.

GRUSSMAN, W.F., (1987): "Nota bio-bibliografica" en GERACI, C., (a cura di), en *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniani e altri saggi*, Milán: Giuffré, pp. lxiii-cxvii.

HART, H. L. A., (1961): *The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press, (hay trad. española de G. Carrió *El concepto de Derecho*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998, por donde se cita).

KELSEN, H., (1911): *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, primera edición, Aufl., Tübingen.

- (1914): "Über Staatsunrecht", *Grünhutsche Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, 40 (hay traducción italiana sin indicación del traductor *L'illecito dello Stato*, trad. A. Abignente, Edizione Scientifiche Italiane, 1988).

- (1923): *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, segunda edición, Aufl., Tübingen. (hay trad. española de W. Roces, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, México: Porruá, 1987, por donde se cita).

- (1925): *Allgemeine Staatslehre*, Berlín, Julius Springer, 1925 (hay trad. española de L. Legaz y Lacambra, *Teoría General del Estado*, México: Editora Nacional, 1979, por donde se cita).

- (1934a): *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig- Wien, Franz Deuticke, (hay trad. española *La teoría pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del Derecho*, sin indicación de traductor, México: Editora Nacional, por donde se cita).

- (1934b): "Zur Theorie der Interpretation", *Revue internationale de la Théorie du Droit*, pp. 9-17. KELSEN (1934b) (hay trad. inglesa de B. Litschewski y S. Paulson "On the theory on legal interpretation", *Legal Studies*, 10, 1990, pp. 127-135)

- (1945): *General Theory of Law and State*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1945 (hay trad. española de E. García Máynez: *Teoría general del Derecho y del Estado*, México: UNAM, 1995, por donde se cita).

- (1960a): "Adolf Merkl zu seinem 70. Geburtstag am 23. März 1960", *Österreichische Zeitschrift für Offendliches Recht*. Bd.10 NF (1959/1960).

- (1960b): *Reine Rechtslehre*, Wien, Franz Deuticke, 1960 (hay trad. española de R. Vernengo: *Teoría pura del Derecho*, México: UNAM, 1979, por donde se cita).

- (1979): *Allgemeine Theorie der Normen*, eds. K. Ringhofer/R. Walter, Wien, Manzsche Verlags-und Universitäts-buchhandlung, 1979 *Teoria Generale delle Norme*, a cura de M. Losano, trad. de M. Torre, Einaudi: Milano por donde se cita.

KUCSKO-STADLMAYER, G, (2005): "La contribución de A. Merkl a la teoría pura del derecho", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 244, pp. 243-258.

LOSANO, M., (1992a): "De los 'Problemas fundamentales de la Teoría jurídica del Estado' a la 'Teoría General del Estado'" en LOSANO, M., *Teoría pura del*

derecho. *Evolución y puntos cruciales*, trad. de J. Guerrero, Temis: Bogotá, pp. 3-28.

- (1992b): "De la interpretación, o sea de cómo describir una prescripción" en LOSANO, M., *Teoría pura del derecho: evolución y puntos cruciales*, cit., pp. 111-134.

- (2002): *Sistema e struttura nel diritto*, Vol. II, Giuffrè: Torino.

MAYER, H., (2005): "Teoría de la estructura jurídica escalonada del orden jurídico", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 244, pp. 259-270.

METALL, R., (1969): *Kelsen, Leben und Werk*, Vienna: Verlag Franz Deuticke, (hay trad. española de J. Esquivel, *Hans Kelsen, obra y vida*, México: Coyoacán, 2010).

MORESO, J.J., (1993): "Sobre normas inconstitucionales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 13, 38, Mayo-Agosto, pp. 81-115.

NINO, C.S., (1976): "El concepto de validez y el problema del conflicto entre normas de diferente jerarquía en la teoría pura del derecho" en *Derecho, Filosofía y Lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Astrea: Buenos Aires, pp. 131-146.

PATRONO, M., (1987): "Presentazione" en GERACI, C., (a cura di) Milán: Giuffrè, 1987, pp. vii-lx.

PAULSON, S., (1980): "Material and Formal Authorisation in Kelsen's Pure Theory", *Cambridge Law Journal*, 39, 172-193.

- (1990): "Kelsen on legal interpretation", *Legal Studies*, pp. 136-152.

- (1991): "Per un'interpretazione soddisfacente di "statico" e "dinamico" nella Teoria pura di Kelsen", en GIANFORMAGGIO, L. (ed.), *Sistemi normativi statici e dinamici. Analisi di una tipologia kelseniana*, Torino: Giappichelli.

ROBLES, G., (2004): "Adolf Merkl" en DOMINGO, R. (ed.). *Juristas universales*, Madrid, Barcelona: Marcial Pons, pp. 222-224.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1975): *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 2.^a ed..

WALTER (1964): *Der Aufbau der Rechtsordnung*, Auflage Leykam, Graz 1964, Auflage Manz, Wien 1964 (hay trad. española de E. Volkening, *La estructura del orden jurídico*, Bogotá: Temis, 1984, por donde se cita).

- (1974): "¿Der gegenwärtige Stand der Reinen Rechtslehre?", en *Rechtstheorie*, Bd. 1, 1970, (hay trad. española "El estado actual de la Teoría Pura del Derecho", *Hans Kelsen 1881-1973. Estudios en su Homenaje*, *Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso*, Valparaíso, 1974, pp. 327-364, por donde se cita).