

TEORÍA DE LA ESTRUCTURA ESCALONADA DEL ORDEN JURÍDICO*

Heinz MAYER **

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *Análisis estructural del orden jurídico.* 3. *Escalonamiento según la condicionalidad jurídica de las normas.* 4. *Escalonamiento según la fuerza derogatoria de las normas.* 5. *Escalonamiento del orden jurídico.* 6. *Conclusión.*

1. INTRODUCCIÓN

La teoría de la estructura escalonada del orden jurídico es el resultado obtenido de un estudio profundo de la teoría pura del derecho de Hans Kelsen. Mientras que la obra fundamental de esta teoría jurídica “Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado” realizó un análisis jurídico estadístico en su primera edición en 1911, en la introducción a la segunda edición, publicada en 1923, ya se podía ver que Kelsen aceptaba totalmente la importancia de hacer una valoración jurídica dinámica. Kelsen declaró abiertamente:

“El mérito de haber reconocido y representado el orden jurídico como un sistema genético de normas jurídicas que avanzan de forma concreta y por escalones desde la Constitución, a través de la ley, la disposición y otros escalones intermedios, hasta llegar al acto jurídico individual de ejecución, le corresponde a Adolf Merkl”.

Kelsen valora tan altamente la acepción “enérgica” de la dinámica jurídica de Merkl, que lo considera como cofundador de su teoría pura

* Este artículo es una adaptación de la conferencia dictada por el autor en el Seminario Internacional sobre la obra de Kelsen, organizado por el Institut Stiftung de Viena, la Fiscalía General de la República de Cuba, y la Unión Nacional de Juristas de Cuba, celebrado en la ciudad de La Habana, Cuba. El tiempo transcurrido para la publicación de este artículo no es imputable al autor.

** Profesor miembro del Instituto Hans Kelsen de Viena.

del derecho. En realidad, ya en 1917 Merkl creó la base de una dinámica jurídica, a través de dos artículos: “La doble faz del derecho” y “El derecho a la luz de su aplicación”, con los que dio un paso fundamental hacia la teoría del escalonamiento. La formulación final de la teoría de Merkl se encuentra en su famoso estudio titulado “Prolegómeno de una teoría de la estructura escalonada del orden jurídico”.

El mismo Kelsen no consideró su estudio como un sistema acabado; estaba convencido de que su teoría no estaba concluida aún. De manera que en una nota aclaratoria que hiciera al final del estudio citado, Merkl escribió que preparaba una monografía sobre el escalonamiento jurídico, para lo cual, el “Prolegómeno” debía considerarse sólo como “un prefacio aclaratorio”; sin embargo, no llegó a realizar dicha monografía y en su obra posterior, no hizo ningún otro análisis que le diera continuidad al tema.

Hans Kelsen pensaba algo distinto; desde la primera edición de la Teoría pura del derecho realizada en 1934, le dedicó un amplio espacio a la teoría del escalonamiento. Por supuesto, no llegó a perfeccionar el nivel en que se encontraba el estudio de Merkl, pero sí aportó a esta teoría una fundamentación importante en cuanto al problema de la interpretación. En ningún momento se determina plenamente la relación entre las normas del escalón más alto y las del escalón más bajo del orden jurídico. De ello se deriva que la interpretación sólo permite reconocer un marco jurídico.

La continuación del trabajo iniciado por Merkl en su “Prolegómeno”, se lo agradecemos al trabajo de perfeccionamiento realizado por Robert Walter, quien lo continuó desarrollando principalmente en su obra titulada “La estructuración del orden jurídico”, publicada en 1964, y más adelante, abordando de diversas maneras la tesis de Merkl, aplicándola al orden jurídico austríaco y defendiéndola de la simplificación, la mala interpretación y la polémica. Los análisis posteriores parten de este nivel de la teoría; persiguen hacer un bosquejo de sus principales ideas y aclarar su significado para la dogmática actual. ¿Qué significa pues la “teoría de la estructura escalonada del orden jurídico”?

2. ANÁLISIS ESTRUCTURAL DEL ORDEN JURÍDICO

El que analiza un orden jurídico se ve enfrentado a numerosos reglamentos. Un análisis estructural posibilita, ante todo, dos formas de análisis: se puede abarcar el criterio de la generación de los ordenamientos, o el contenido de los mismos. La contraposición entre el contenido jurídico

y la forma de generación nos muestra con precisión que el contenido jurídico es inagotable, mientras que, por lo contrario, la forma de generación de los ordenamientos jurídicos es mucho menos variada.

Merkel calificó la manera en que se generan los ordenamientos como su forma y en este contexto hablaba de “la economía de las formas”. Sostenía que la “multilateralidad formal, es decir, la misma pluralidad en la generación del orden jurídico, es algo que siempre queda atrás con relación a su diversidad de contenido”; esta interpretación está resumida en una breve fórmula: “la forma es finita, el contenido es infinito”.

La valoración de un orden jurídico mediante la contraposición entre el contenido y la forma muestra primeramente los dos criterios que puede abordar un análisis estructural. Se puede preguntar si cada uno de los ordenamientos jurídicos con sus diferentes contenidos guardan una interrelación sustancial, si se puede reconocer una relación de dependencia en las diferentes formas jurídicas. ¿Qué interrelación guardan las formas jurídicas y cómo se deriva una a partir de la otra?, ¿Qué consecuencias se deben extraer de la condición de que un orden jurídico está previsto para la generación de ordenamientos jurídicos, de distintas normas y, en consecuencia, de diferentes formas jurídicas?

Para encontrar una respuesta a estas preguntas es necesario recurrir a la teoría de la estructura escalonada del orden jurídico, cuyo nombre evoca de por sí su finalidad: al conocer mediante la comparación tanto del contenido como de la forma de las ordenanzas la jerarquía de un sistema jurídico, podemos distinguir las ordenanzas de grado superior de las de grado inferior.

Antes de entrar de lleno a la teoría del escalonamiento, hay que recalcar con firmeza que la estructura escalonada de un orden jurídico se tiene que derivar del mismo. La teoría del escalonamiento, como teoría estructural, sólo puede ser un instrumento útil para interpretar el derecho positivo; ésta bien puede hacer perceptible y comprensible la relación entre los ordenamientos, pero no puede elaborarlos por sí misma. Por supuesto, esta teoría no puede fundamentar los requisitos para una generación determinada de un orden jurídico; de manera que se pueda afirmar que hay que prever determinada relación entre los ordenamientos.

No resultan muy lógicas tampoco las formulaciones que se escuchan en ocasiones, referentes a que la teoría del escalonamiento del orden jurídico no es apropiada para determinados sistemas jurídicos, como expresan algunos en el caso del derecho de la Comunidad Europea. La causa de este tipo de expresiones es sobre todo una esquematización, que necesariamente ha de conducir a puntos de vista erróneos.

En este sentido, resulta correcto decir que la teoría del escalonamiento como instrumento teórico para comprender la estructura de un orden jurídico puede transmitir más conocimiento con respecto a determinados órdenes jurídicos y menos conocimiento con respecto a otros.

Es conveniente apuntar que la cuestión acerca de los grados integrantes del derecho válido, se plantea por supuesto al margen a causa del rechazo o ignorancia de la Teoría Pura del Derecho a cuyo sistema pertenece la teoría de la estructura escalonada del orden jurídico. En estos casos, es frecuente quedarse con la impresión de que algunos autores pretenden inventar otra vez con gran esfuerzo una rueda de molino. ¿Qué puede hacer ante esta situación la teoría de la estructura escalonada del orden jurídico? Puede proponer una división extensiva del derecho vigente; puede —según el criterio de la división que se defina— obtener de manera general una respuesta sobre las relaciones normativas existentes en un sistema tal. Las relaciones pueden atender a su contenido o a su formalidad.

3. ESCALONAMIENTO SEGÚN LA CONDICIONALIDAD JURÍDICA DE LAS NORMAS

Hagamos un análisis de contenido y tratemos de lograr un desglose de las disposiciones legales desde el punto de vista de su contenido.

En el marco de un orden jurídico positivo, se pueden encontrar con frecuencia disposiciones que regulan la elaboración de otras disposiciones; si profundizamos un poco más, se puede detectar una estructura jerárquica: están, por una parte, las reglas de la producción jurídica y, por otra, las regulaciones elaboradas sobre esta base. En el orden jurídico, se encuentran normalmente numerosos escalones, existen disposiciones que determinan la elaboración de regulaciones generales; así como disposiciones que decretan cómo se deben elaborar determinadas regulaciones individuales, y de esta forma se evidencian otras muchas diferenciaciones.

Simplificado de forma general —pero ilustrativa— se puede plantear de esta manera: el fallo judicial es una disposición cuya regla de creación es una regla de conducta, una norma del derecho material. Un análisis más profundo demuestra que el derecho material por sí solo no abarca completamente la regla de creación del fallo judicial; también existen determinadas disposiciones de la ley procesal —no son siempre todas— que regulan su formulación. Si analizamos todavía con más profundidad, se pone de manifiesto que hay otras disposiciones que

regulan la creación de sentencias judiciales y que deben tenerse en cuenta, como aquellas que regulan la actuación de los jueces.

Por lo tanto, se puede decir que un determinado fallo judicial es derecho creado según determinadas disposiciones del derecho material y formal. En consecuencia, podemos continuar denominando el derecho creado de esta forma como derecho condicionado, y las disposiciones que forman sus reglas de producción jurídica como derecho condicional. Si se reconoce que el derecho creado —o también condicionado— se deriva del derecho que crea —o también condicional—, entonces se puede clasificar al último como escalón “superior” y al primero como escalón “inferior”. Como el derecho que crea antecede al derecho creado, la relación entre estos dos niveles del derecho puede denominarse escalonamiento.

Los teóricos del derecho puro han propuesto denominar a esta relación como “escalonamiento según la condicionalidad jurídica”. También es usual la denominación “escalonamiento de la relación de creación”. Finalmente, la terminología que se decida utilizar no importa, lo esencial es que uno se base en el contenido legal como criterio para el desglose y se clasifique a las disposiciones según el contenido que crea y el creado. De la misma forma que se explicó anteriormente, se puede determinar también la relación entre las diferentes disposiciones generales. En un orden jurídico también podemos encontrar ordenamientos que regulan la manera en que se deben crear otras disposiciones generales determinadas y en todo caso, también el contenido que pueden tener.

Para mayor claridad, demostremos lo anterior con un ejemplo: en las constituciones europeas regularmente se encuentran normas que excluyen determinados contenidos del derecho material o formal; este tipo de normas, en su mayoría, son derechos fundamentales, pero en este caso pueden ser obviados. Aquí podemos detectar un escalonamiento y decir que una regulación que excluye un determinado contenido en otra regulación, es la que condiciona, y la última, la condicionada. En este sentido podemos hablar nuevamente de escalones superiores e inferiores.

En la literatura actual se discutió el tema de si sería atinado hablar de un escalonamiento en el sentido de una pirámide de niveles según el criterio de la condicionalidad jurídica, o si sería más adecuado hablar sólo en cada caso de diferentes escalonamientos. No considero que esta cuestión sea particularmente relevante, porque no atañe al concepto teórico, sino solamente a determinados fenómenos jurídicos positivos. Y en este caso es posible cualquier perfeccionamiento y materialización en el orden jurídico.