

LA CONTRIBUCIÓN DE ADOLF MERKL A LA TEORÍA PURA DEL DERECHO*

Gabriele KUCSKO-STADLMAYER**

SUMARIO: I. *La escuela vienesa de la teoría del Derecho*. II. *Hans Kelsen y Adolf Merkl*. III. *La posición teórico-jurídica de Merkl*. 1. *Explicación general*. 2. *La teoría de la estructura escalonada del ordenamiento jurídico*. 3. *Dualidad jurídica de todos los actos del Estado*. 4. *La teoría de la Rechtskraft*. 5. *El principio lex posterior derogat priori*. 6. *El cálculo de los actos viciados*. 7. *La teoría de la interpretación de Merkl*. IV. *Conclusión*.

I. LA ESCUELA VIENESA DE LA TEORÍA DEL DERECHO

La significación de Hans Kelsen no se agota en su actividad como autor. Fue un maestro fascinante que reunió a su alrededor, en la Universidad de Viena, a un círculo de discípulos nacionales y extranjeros, fundando así, una comunidad que hoy es conocida como “la Escuela Vienes de Teoría del Derecho”. Para la formación de esta escuela fue decisivo el escrito de habilitación de Kelsen *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*,¹ donde establece, por primera vez su *Teoría pura del Derecho*. Ya en 1923, en

* Este artículo es una adaptación de la conferencia dictada por el autor en el Seminario Internacional sobre la obra de Hans Kelsen, organizado por el Hans Kelsen Institut Stiftung de Viena y 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.

¹ Tubinga, J.C.B. Mohr, (Paul Siebeck) 1911. La segunda edición apareció en 1923 por la misma editorial y fue reimpresa por Scientia Verlag Aalen, Darmstadt, en 1960 Existe versión española de Wenceslao Roces, con introducción de Ulises Schmill: *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*. (Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica), México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM/Editorial Porrúa, 1987 (Serie G: Estudios Doctrinales, núm. 103). NE.

ocasión a la segunda edición de esta obra, señala Kelsen que la *teoría pura del Derecho* es “la obra común de un conjunto de teóricos que mantienen la misma dirección y que forman un círculo de personas que continuamente se está ampliando”, colocando, así, en segundo término, su propia contribución en la creación de la Teoría pura del derecho. Kelsen habla de “un conjunto de personas que tienen las mismas aspiraciones, a lo que se suele denominar una ‘escuela’ y que sólo lo es en el sentido de que en ella cada cual intenta aprender de los demás, sin renunciar por ello a andar su propio camino”.² La mencionada escuela sería conocida más allá de las fronteras austriacas, a lo largo y ancho de Europa, aunque su punto de referencia fue siempre el estrecho círculo que se formó alrededor de Kelsen en la Facultad de Derecho de Viena.

II. HANS KELSEN Y ADOLF MERKL

Uno de los primeros alumnos de Kelsen en la Universidad de Viena fue Adolf Merkl, quien había nacido en Viena el 23 de marzo de 1890 y, por tanto, eran pocos los años de diferencia con su profesor. La valoración de Kelsen sobre los méritos científicos de su “caro discípulo” iría después tan lejos, como para calificarle de “cofundador de la Teoría pura del Derecho”, reconociendo “con el mayor agradecimiento” la gran importancia de su obra científica para la *Teoría pura del Derecho*.³ La aportación de Adolf Merkl junto con la de Kelsen son las más decisivas para la construcción de la teoría pura del Derecho. La significación de Merkl, a quien Kelsen consideró como “un verdadero genio del pensamiento jurídico”⁴ ha sido valorada recientemente por el Hans Kelsen-

² *Reine Rechtslehre* apareció con el subtítulo: *Einleitung in die rechtswissenschaftliche problematik*, Lepizig y Viena, Franz Deuticke Verlag. Reimpresa por Scientia Verlag Aalen, Darmstadt, en 1985 con un prólogo de Stanley L. Paulson. Existe versión española de Jorge G. Tijerina: *La teoría pura del derecho*. Introducción a la problemática científica del derecho, con introducción de Carlos Cossío, Editorial Lozada, S.A., 1941, (Reimpresa por la misma editorial en 1946 y, posteriormente en México por Editora Nacional 1981). Esta traducción fue precedida por la publicación de un trabajo inédito en alemán traducido por Luis Legaz y Lacambra: *La teoría pura del derecho. Método y conceptos fundamentales*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1933 (reimpreso en México por Colofón, S.A., 1989). (En lo sucesivo se cita: *Reine Rechtslehre*). El prólogo de la primera edición se conserva en la segunda edición (*Reine Rechtslehre*, Viena, Franz Denticke, Verlachbuchhandlung, 1960. Existe versión española de Roberto Vernengo, y presentación de Rolando Tamayo y Salmorán: *Teoría pura del derecho*, México, UNAM/Porrúa, 1991 [1979] *Vid.: op., ul. cit.*, p. 9.

³ KELSEN, Hans, en *Festschrift-Merkl*, 1970, p. 11, (carta).

⁴ KELSEN, Hans. Adolf Merkl zu seinen siebzigsten Geburtstag am 23. März 1960, *Zeitschrift für ZÖR* 1959/60, p. 313.

Institut con la celebración de un simposio internacional en Viena con motivo del centenario de su nacimiento en el año de 1890.⁵

Encontrándose Merkl en la fase final de su carrera de Derecho en los años en que Kelsen enseñaba en la Universidad de Viena, consideró a Kelsen como “su venerado profesor, maestro y amigo” y le uniría a él una estrecha relación personal, así como un parentesco espiritual y científico. Desde el comienzo de su formación Merkl se veía vinculado muy estrechamente a la posición fundamental de Kelsen defensora del positivismo jurídico crítico, y así se mantendría a lo largo de toda su actividad docente, primero como profesor extraordinario y, más tarde, como catedrático.⁶ En su ancianidad calificaría de “deber de honor... el cultivar la *Teoría pura del Derecho* en el ámbito de la Teoría general del Derecho y del Estado y el transmitirla a las futuras generaciones de juristas”.⁷ Pero también el conjunto de su “pensamiento jurídico” fue contemplado por Merkl bajo “el influjo permanente” de la concepción jurídica de Kelsen.⁸

Sin embargo, Merkl no siempre siguió las tesis de Kelsen en todos sus aspectos. La gran originalidad de su pensamiento le permitió 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, o bien en la creación o corrección de determinadas ideas. El propio Kelsen frecuentemente adopta las tesis de Merkl, sin que al hacerlo se refiera a él expresamente. Esto era una práctica habitual dentro de “la escuela de Viena” que trabajaba en la creación de una “obra conjunta”,⁹ por este motivo las obras de Kelsen no manifiestan con frecuencia la autoría de Merkl respecto a algunas destacadas tesis.

⁵ Las actas de este Simposio están publicadas en Walter, Robert, (ed.), Adolf J. Merkl. *Werk und Wirksamkeit*, 1990. Sobre esto véase, especialmente, Walter, Robert, *Adolf Merkl's rechtstheoretisches Werk*, *Deutsches Verwaltungsrechtsblatt* (DVBl) 1990, p. 657.

⁶ Cf. MERKL, Adolf J., *Der Vater der Verfassung* 80 Jahre. Eine Würdigung Hans Kelsens zu dessen Geburtstag am 11. Oktober Presse vom 10 Oktober 1961, p. 4.

⁷ MERKL, Adolf J., *Hans Kelsen Wieder Gast in seiner Heimat*, *Der Staatsbürger* 1962, p. 1.

⁸ MERKL, Adolf J., *Die Verfassung der Republik Österreich. Einkritisch-systematischer Grundriß*, 1919, (prólogo).

⁹ WALTER, Robert, Adolf J. Merkl. *Rechtstheoretisches Werk*, DVBl 1990, p. 660, FN 26.

III. LA POSICIÓN TEÓRICO-JURÍDICA DE MERKL

1. *Explicación general*

A pesar de que existe plena coincidencia en cuanto a la dirección filosófica y teórica, constituiría sin ninguna duda una valoración errónea de la obra de Merkl considerarla como la de un “segundo Kelsen”. Merkl es un teórico del Derecho positivo; su pensamiento teórico está decididamente orientado al estudio del Derecho positivo; esto le diferencia de su maestro. Esto no es una contradicción, ya que es usual que en las investigaciones teórico-jurídicas se desarrollen sistemas independientes del Derecho positivo que, cuando más, son ilustrados poniendo algunos ejemplos provenientes de los ordenamientos jurídicos nacionales. El planteamiento de Merkl, por el contrario, se enraíza en el mismo Derecho positivo, cuyos problemas tipifica (de forma absolutamente independiente de las particularidades específicas nacionales) y, consecuentemente, resuelve con la ayuda convincente del análisis teórico. En este sentido, siempre ha de tenerse en cuenta que la solución teórica no es obligatoria si el legislador se desvía expresamente de ella. Incluso Kelsen llegó a considerar como “una vinculación especialmente afortunada” el que Merkl unificara “su dominio en el terreno de la Teoría general del Derecho” con su “conocimiento profundo” y “riguroso análisis del Derecho positivo”.¹⁰

La permanente consideración de los problemas jurídicos de la actualidad, característica típica del temperamento científico de Merkl, daría lugar a que mostrara como teóricamente insostenibles concepciones tradicionales en ámbitos de discusión político-jurídica; en esta tarea nunca abandonaría las vías de la argumentación teórica precisa y rigurosa. Así, mientras algunos adversarios metodológicos pretenden hoy en día descalificar la Teoría pura del derecho de Kelsen como una teoría estructural “vacía”, demuestran en relación a Merkl un gran respeto, por haber incluido las normas positivas en sus tratamientos teóricos. A continuación nos referiremos a las principales tesis de Merkl.

2. *La teoría de la estructura escalonada del ordenamiento jurídico*

La teoría de la llamada “estructura escalonada del ordenamiento jurídico” es una de las tesis más influyentes que Merkl desarrolla en el marco

¹⁰ KELSEN, Hans. *Adolf Merkl Zu Seinem Siebzigsten Geburtstag, am 23 März 1960*, en *ZÖR*, 1959/60, p. 314.

de la Teoría pura del Derecho y que sería incorporada por Kelsen a su sistema como “una parte esencial” de la Teoría pura del Derecho.¹¹ La meta de Merkl es describir la estructura del ordenamiento jurídico, para lo cual parte de la base la comprensión del sistema de las fuentes del Derecho positivo y su relación recíproca. Esta relación es entendida por Merkl como una relación de supraordinación y subordinación para lo cual se utiliza la imagen de una “estructura escalonada”.

Por otra parte, la jerarquía de las normas jurídicas deriva del carácter condicionado de las normas: desde una visión dinámica del Derecho, puede decirse que todas las normas jurídicas se producen por medio de actos jurídicos de los órganos estatales. Bajo el concepto de norma jurídica incluye Merkl no sólo las normas generales. Mediante la emisión de actos individuales (sentencias, actos administrativos) no sólo se aplica automáticamente “el Derecho que se presenta ya acabado en la ley”,¹² sino que se crean nuevas normas jurídicas.¹³ En su concepción Merkl describe la conexión existente entre las normas dentro de un mismo sistema jurídico positivo de la siguiente manera: Todo tipo de norma jurídica se crea a partir de una regla autorizativa que contempla su creación y que determina su contenido y su forma; el proceso de producción jurídica que comienza en la Constitución, avanza a través de la ley, el reglamento, las sentencias judiciales, los actos administrativos y los negocios jurídicos, de la misma manera que la producción económica se produce desde la materia prima, pasando por el producto semielaborado hasta producir la mercancía dispuesta para el mercado.¹⁴ Por medio de esta vinculación se produce una especie de orden escalonado entre los actos jurídicos condicionantes y los condicionados.

El escalonamiento, sin embargo, se produce también desde otro punto de vista, considerando la fuerza derogatoria de las fuentes del Derecho particulares. En este caso se trata de la capacidad de derogar otras normas jurídicas. Según este criterio aparecen como normas jurídicas de rango superior aquellas que pueden derogar otras, pero que no pueden ser derogadas por éstas: así por ejemplo, la Constitución puede derogar una ley, pero no a la inversa.

No podemos en este momento detenernos con mayor detalle en las particularidades y matices que conlleva la comprensión de la construc-

¹¹ *Ibidem, cit.*, p. 313.

¹² MERKL, Adolf J., *Die Lehre von der Rechtskraft*, en *Wiener Staatswissenschaftliche Studien*, T. II, cuad. 2, 1923, p. 183.

¹³ Respecto a la doble faz del derecho. *Cf., infra*, epígrafe 3.

¹⁴ MERKL Adolf J., *Die Lehre von der Rechtskraft, cit.*, pp. 219 y ss. y 201, FN 1.

ción escalonada del ordenamiento jurídico que, según Merkl, siempre habrá que derivar del Derecho positivo, siendo preciso, por consiguiente, examinarla en cada ordenamiento jurídico positivo. De esta tesis dependen, sin embargo, un conjunto de ideas fundamentales que Merkl desarrolló.

3. *La dualidad jurídica de todos los actos del Estado*

De acuerdo con la teoría piramidal, para Merkl no es posible mantener una estricta separación entre el poder legislativo y el ejecutivo, usual en la teoría tradicional y del Estado. Incluso Kelsen, en un principio, partió de una idea¹⁵ de que existe una oposición fundamental entre estas dos funciones del Estado, según la cual se identificaba poder legislativo con “creación del Derecho” y poder ejecutivo con “aplicación del Derecho”. Merkl opone a esta concepción su consideración dinámica del ordenamiento jurídico, que aparece ya en su teoría de la estructura escalonada de acuerdo con la idea de la condicionalidad jurídica de las normas. Las normas jurídicas individuales se crean mediante actos jurídicos de los órganos del Estado.

Ahora bien, si se entiende la creación del Derecho como la concreción escalonada de los actos condicionantes por los condicionados y si los actos individuales son incorporados como expresión de normas jurídicas, entonces la oposición entre legislativo y ejecutivo parece sólo relativa, ya que ninguno de los actos condicionados del Estado está completamente determinado, sino que cada uno de ellos está “más o menos” determinado. Según esto, todo acto generado en este proceso dinámico aparece, por un lado, como un acto de conocimiento, pero también, por otro, como un acto de voluntad, parte heterónimo, parte autónomo y, por consiguiente, simultáneamente ejecutor y creador de Derecho.

De la cualidad de “acto ejecutor de Derecho” solamente carece el escalón superior, la “primera Constitución histórica” aparecida sin una regla jurídica de creación previa, y que sólo se puede calificar como derecho teniendo en cuenta su efectividad; la cualidad de “creador del derecho” le falta, a su vez, al último escalón, constituido por actos de ejecución puramente fácticos. De acuerdo con esta concepción el poder legislativo ya no es el único creador del Derecho, puesto que al ejecutivo también hay que adscribirle carácter creador de Derecho.

¹⁵ *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, cit.*, pp. 461 y 465.

Según lo expuesto se manifiesta claramente la negación del “monopolio de la ley”, admitida por la teoría tradicional del Estado y, según la cual, la legislación se identifica con “la creación de derecho sin más”. Kelsen consideró la postura de Merkl como un progreso esencial del conocimiento; en la segunda edición de los *Hauptprobleme der Staatslehre*, Kelsen escribió lo siguiente:

el mérito de haber concebido y expuesto el orden jurídico como un sistema genético de normas jurídicas cuya concreción en forma escalonada, desde la Constitución, pasando por la ley y el reglamento y demás escalones intermedios hasta llegar a los actos individuales de ejecución, corresponde a Adolf Merkl.¹⁶

La teoría de Merkl respecto a la doble naturaleza de todos los actos jurídicos no debe oscurecer que existe un contraste, aunque sea relativo, entre “ejecución” de la constitución en la ley y “ejecución” de la ley en el acto individual. En un caso se ejecuta una norma de creación y en el otro una norma coactiva. En el primer caso la ejecución consiste, por lo regular, sólo en utilizar la forma correcta; en el segundo caso se trata de un conocimiento material de la norma que hay que aplicar, de la constatación de un determinado supuesto de hecho y de la aplicación de la norma a dicho supuesto. Incluso en el lenguaje usual de la dogmática jurídica se suele hablar tan sólo en este último caso de “ejecución”. Pero no se desconoce, a su vez, que aquí se crea también nuevo Derecho, ya que el acto individual nunca viene predeterminado completamente por la norma general, sino que para su aplicación es preciso un acto de voluntad nuevo y por lo tanto contiene un nuevo elemento de creación jurídica.

4. *La teoría de la Rechtskraft*¹⁷

Merkl subraya la idea de los actos individuales del Estado como escalón de la concreción del derecho —y que se manifiesta en su teoría escalonada— con su tesis, que le es característica, de la “fuerza jurídica” de todos los actos del Estado.

En la investigación teórica de esta cuestión Merkl se plantea el siguiente problema: la teoría tradicional sobre la “fuerza de derecho” con-

¹⁶ *Vid.*, p. xv. (*Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, *cit.*, p. xlviii)

¹⁷ La palabra *Rechtskraft* se utiliza en derecho procesal como “fuerza de cosa juzgada”. Merkl amplía el significado de la expresión a todos los actos jurídicos, como sinónimo de “fuerza jurídica” o “vigor jurídico”. (Nota traductor).

sideraba que las sentencias judiciales no susceptibles de impugnación, atendiendo a motivos de seguridad jurídica eran, por principio, invariables. Por el contrario, la misma teoría tradicional consideraba que los actos administrativos eran absolutamente revocables, habida cuenta de que la necesidad de adecuación del derecho, característica del interés público, lo exige así. Esta concepción correspondía a la idea dominante en el Estado policía, según la cual, el ámbito de la administración cumple una función estatal totalmente diferente al de la jurisdicción, de manera que lo que tuviera apariencia de exigible pudiera ser ejecutado de la forma más rápida y sencilla posible. El método utilizado por la concepción tradicional, consistente en derivar de la finalidad de una determinada función del Estado, con independencia del Derecho positivo, la carencia de *Rechtskraft* de los actos emitidos en el ejercicio de dicha función, sería calificado por Merkl como un modo de proceder iusnaturalista y, por consiguiente, carente de carácter científico.¹⁸

En el planteamiento teórico elegido por Merkl, era preciso, en primer lugar, reformular la problemática teórica en base al concepto del Derecho de la Teoría pura. En el marco del *Rechtskraft* según Merkl, no había que diferenciar básicamente los actos de jurisdicción de los de administración, sino que más bien se trata de plantearse la cuestión sobre “la duración específica de validez de lo jurídico”.

Sobre la base de las propias premisas proporcionadas por la teoría de la estructura escalonada del ordenamiento jurídico, la solución para Merkl era sencilla: si los actos de administración son actos jurídicos y cada acto jurídico está “condicionado” en su adopción, entonces las leyes del movimiento de los actos jurídicos vienen determinadas, por lo general, de modo completo a través de la norma jurídica que condiciona cada acto. Por consiguiente, la cuestión planteada sería si para la resolución jurídico-positiva de actos administrativos se reconoce un poder jurídico a los llamados órganos jurídicos, también se les reconocería de forma análoga para su abolición. La tesis de Merkl, en total concordancia con las bases de la Teoría pura del derecho, dice al respecto: “[un acto] jurídico [condicionado] es válido en tanto no sean cumplidas... las condiciones previas exigidas para la pérdida de validez de las decisiones jurídicas condicionadas”.¹⁹ La cuestión sobre la competencia modificadora de las normas jurídicas se remite, por tanto, al Derecho positivo; el problema queda pendiente —porque los límites de una Teo-

¹⁸ Kucsko-Stadlmayer, Gabriele, *Merkl's Rechtskraftlehre*, en: Walter, Robert (ed.), *Adolf J. Merkl-Werk und Wirksamkeit*, cit., p. 118.

¹⁹ Merkl, Adolf J., *Die Lehre von der Rechtskraft*, 1923 cit., p. 180.