

«Tiempo y dinámica de los sistemas jurídicos»

Una revisión a su primera aproximación

Sebastián Agüero-SanJuan

sebastian.aguero@uach.cl

Universidad Austral de Chile

1. Introducción

Un rasgo central del derecho moderno es su carácter dinámico, es decir, su contenido varía mediante actos de introducción y eliminación a través del tiempo, pero su identidad se mantiene inalterable. Esta idea generalmente compartida entre los juristas y considerada como una de las nociones más básicas del derecho, en el plano teórico y filosófico jurídicos ha producido un sin número de debates en torno a cómo realizar la reconstrucción respetando las nociones de unidad, cambio e identidad. Así, la problemática del carácter dinámico del derecho se ha convertido en una de las «cuitas clásicas» de la teoría jurídica.

Probablemente, imbuido en los cambios que sufre Europa durante los primeros años del siglo pasado y, específicamente, el devenir de Austria, que pasa del Imperio Austrohúngaro a su Primera República, Adolf Merkl fue el jurista y teórico del derecho que propone los cimientos sobre los cuales actualmente descansa la reconstrucción del carácter dinámico del derecho. Sin embargo, transcurridos cien años desde sus primeras propuestas, aún continúa siendo un autor relativamente desconocido y desplazado por la obra de su maestro, Hans Kelsen.

Por lo mismo, en esta ponencia se persigue presentar la propuesta de Merkl en torno a cómo reconstruir el carácter dinámico de los derechos positivos, la cual logra conciliar sus diversos niveles, sus aspectos estático y dinámico, junto con conciliar las nociones de unidad y cambio. Adicionalmente, de este modo se intentará mostrar la relevancia, sofisticación y ventajas de las ideas de Merkl frente a otras propuestas teóricas. Cabe señalar que, esta ponencia constituye solo una primera pieza de un trabajo mayor, el cual intenta mostrar cuáles son las tres principales maneras de reconstruir la dinámica del derecho y cómo ellas se relacionan entre sí a partir de la explicitación de sus rasgos centrales.

De esta manera, para satisfacer sus objetivos mediatos (el trabajo mayor) e inmediatos (esta ponencia), la presentación se divide en tres apartados en los cuales, por un lado, se presentan precisiones conceptuales en torno a la reconstrucción dinámica del derecho (sistemas jurídicos), por otro lado, se muestran los rasgos centrales de la propuesta de Merkl en dos niveles de análisis (el modelo de la unidad de A. Merkl) y, finalmente, recapitular algunas ideas centrales del trabajo a partir de la explicitación de algunas ventajas de la propuesta merkliana (a modo de conclusión).

2. Sistemas jurídicos

Tradicionalmente, se diferencia entre un sentido objetivo del término «derecho», vinculado con un complejo de normas jurídicas, y un sentido subjetivo del mismo, asociado con la facultad detentada por alguien para realizar o no una determinada conducta. Adicionalmente, en el discurso teórico-jurídico se utilizan distintas locuciones para enfatizar diferentes aspectos del sentido objetivo del término «derecho» y/o su reconstrucción, a saber: «sistema jurídico», «orden jurídico» y «ordenamiento jurídico». Si bien en su sentido técnico todas ellas tienen alcances y sentidos distintos, en el presente trabajo me preocupo de la reconstrucción del sentido objetivo del término «derecho», principalmente, a través de la locución «sistema jurídico», entendida esta en un sentido genérico capaz de englobar a las anteriores. Iniciar la exposición a partir de esta locución deriva únicamente de ser la más ampliamente utilizada y extendida para aludir al aspecto objetivo del derecho y no a consideraciones de otra índole¹.

A partir de la revisión del tratamiento de la noción de «sistema jurídico», este trabajo adopta ciertas precisiones conceptuales que luego contribuyen en la presentación de los tres principales modelos de reconstrucción del carácter dinámico del derecho. Estos compromisos conceptuales se vinculan con las implicancias, los alcances y los niveles de análisis presentes en la noción de «sistema jurídico».

2.1. Implicancias

Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin en una de las obras más influyentes para la Teoría del Derecho del siglo XX señalaron:

«Los filósofos del derecho parecen estar de acuerdo en la tarea o, por lo menos, la más importante tarea de la ciencia jurídica consiste en la descripción del derecho positivo y su presentación en forma ordenada o “sistemática”, mediante lo cual se tiende a facilitar el conocimientos del derecho y su manejo por parte de los individuos sometidos al orden jurídico y, en especial, por quienes deben hacerlo por razones profesionales (abogado, jueces, funcionarios, etc.)»²

A partir de la cita es posible vincular la noción de «sistema» con la pretensión teórica y práctica de reconstruir el derecho en términos sistemáticos y aceptar, al menos, cuatro presupuestos de la reconstrucción. En primer lugar, vincular la palabra «derecho» con el conjunto de normas de un estado nacional. En segundo lugar, asumir la unidad del conjunto a partir de las relaciones que detentan sus elementos. En tercer lugar, admitir que cada uno de los conjuntos comparte una estructura peculiar, la cual lo distingue de otros sistemas jurídicos. Y finalmente, decantarse por un supuesto epistemológico, frente a uno ontológico del sistema, es decir, que el carácter sistemático del derecho deriva de una actividad de sistematización del material normativo y no es un rasgo inmanente del producto de la actividad del legislador (ontología ingenua), ni tampoco

¹ Desde perspectivas distintas, estas distinciones en: (Bobbio, 1960), (Tarello, 1979), (Gentile, 2001), (Moreso & Vilajosana, 2004) y (Atienza, 2012).

² (Alchourrón y Bulygin 2015, 105). En sentido similar, (Ross 2005[1953], 251).

constituye un requisito de existencia del sistema su identificación con el derecho existente ni de las normas su pertenencia a un sistema (ontología refinada)³.

Cada uno de los presupuestos captura importantes aspectos del modo en que son entendidos los derechos nacionales y en la manera que se realiza la actividad teórica en torno a ellos. A partir del primer y el tercer presupuesto, por regla general, las proposiciones teóricas en torno al derecho refieren a un sistema jurídico determinado y las decisiones de los jueces están justificadas solo en relación con un sistema determinado. Además, el tercer presupuesto posibilita distinguir temporal y espacialmente distintos sistemas jurídicos y no solo sistemas jurídicos entendidos como derechos nacionales. A su vez, el segundo presupuesto asume que se siguen criterios de racionalidad en la producción y el estudio del derecho, los cuales posibilitan una presentación sistemática del conjunto de normas⁴.

Por su parte, el supuesto epistemológico considera que, una vez sea ha identificado el material normativo, este puede ser presentado de manera sistemática a través de una construcción conceptual, sin embargo, el propósito de esta construcción puede ser diverso. Según un propósito normativo, el sistema proporciona pautas a las cuales debe ajustarse el derecho para determinar las normas pertenecientes al sistema y, en consecuencia, las que deben ser obedecidas y aplicadas en la práctica, para obtener de este modo una metanorma que permita evaluar y guiar el comportamiento normativo. Un finalidad teórica persigue suministrar un esquema conceptual para la identificación del contenido de un determinado derecho, elaborando un patrón acerca de la producción de los elementos del sistema y sobre cuáles son los conjuntos normativos que deben asociarse con una localización en el tiempo y el espacio. A su vez, el objetivo cognoscitivo se centra en entregar criterios conceptuales, previamente aceptados por los usuarios del derecho, para identificar el material normativo y elaborar el conjunto denominado derecho, obteniendo una idealización de los eventuales resultados de una práctica de identificación del material normativo, en una localización espacio-temporal⁵.

A partir de lo anterior, en este trabajo se adoptan los cuatro presupuestos previamente explicitados y se inclina admitir que el propósito de esta construcción es principalmente teórico. Así, «sistema jurídico» alude a una reconstrucción teórica del derecho de los estados nacionales que obtiene su unidad a partir de determinadas relaciones entre sus elementos y se diferencia de otros sistemas jurídicos con base en su estructura.

2.2. Alcances

Las implicancias adoptadas contribuyen a explicitar, al menos, dos dificultades que un sistema jurídico podría presentar, unas vinculadas con su «unidad» y otras con su «identidad». Estas problemáticas están directamente vinculadas con aquello que debe explicar una construcción teórica del carácter dinámico, porque ella necesita dar cuenta de diversas ideas generalmente compartidas por los juristas, en el contexto de los estados modernos de derecho. Por ejemplo, las ideas de que (i) es posible tener un esquema conceptual para identificar el contenido de un determinado derecho, (ii) el

³ (Caracciolo 1988, 11), (Caracciolo 2000, 161-161) y (J. Vilajosana 1997, 18). Otra versión ontológica sugiere que la existencia de un sistema depende de su identificación con el derecho existente y la pertenencia a un sistema es un requisito de existencia de las normas jurídicas, ver (Caracciolo 2000, 162).

⁴ (Caracciolo 2000, 162).

⁵ (Caracciolo 2000, 171-174).

derecho está sujeto a cambios a través del tiempo y (iii) los sistemas jurídicos perduran en el tiempo, sin perder su identidad, pese a los cambios que puede experimentar su contenido. En otras palabras, Chile y España tienen distintos sistemas jurídicos y es posible tener criterios para diferenciarlos, junto con que es posible aceptar que, a lo largo de su historia, Chile ha tenido diversos sistemas jurídicos, pero su derecho mantiene su identidad.

Siguiendo a Vilajosana (1997, 30), estas ideas compartidas pueden ser ordenadas con base en cuál es el requerimiento que realizan, porque habría una prioridad conceptual de las cuestiones de unidad frente a las problemáticas de identidad. Esto porque se debe tener primero un criterio de unidad que permita establecer que se está frente a una mismo Estado o derecho nacional, para solo luego precisar con base en qué criterio se determinará la identidad en el tiempo de ese Estado o derecho nacional.

Si la noción de «diferencia» se puede presentar de manera momentánea y la noción de «cambio» exige cierta continuidad a través del tiempo, es posible vincular un análisis sincrónico con la noción de «otros» y el análisis diacrónico con la noción de «lo mismo». Así, el primer análisis centra su estudio en configurar la unidad de un sistema jurídico; mientras que, el segundo presta mayor atención a los elementos que expliquen el cambio de una unidad a lo largo del tiempo. Por ende, un análisis sincrónico se vincula con la unidad, al intentar establecer la unión del sistema jurídico y, a su vez, el análisis diacrónico se relaciona con la identidad al perseguir establecer la existencia continuada a través del tiempo.

De este modo, la unidad del sistema jurídico puede ser controvertida en el plano sincrónico cuando no se tienen criterios que permitan diferenciar distintos sistemas jurídicos dentro del mismo intervalo espacio-temporal, i.e., no es claro cómo diferenciar dos sistemas jurídicos distintos existentes en un mismo tiempo y espacio. A su vez, la identidad puede resultar problemática en el plano diacrónico cuando no hay criterios para distinguir los diferentes sistemas jurídicos que se suceden en el tiempo dentro de un mismo ámbito espacial, i.e., qué modificaciones producen un cambio de sistema jurídico⁶.

2.3. Niveles de análisis

A partir de la necesidad de reconstruir el carácter dinámico del derecho y diferenciar los diversos niveles en los cuales este se manifiesta, una parte de los autores ha adoptado las siguientes distinciones y nomenclaturas. Un «sistema jurídico» es un conjunto de normas relacionadas entre sí que están vinculadas a una estructura. Un «orden jurídico» es entendido como una secuencia de sistemas jurídicos. Y un «orden estatal» representa una secuencia de ordenes normativos. En razón de que la relación de pertenencia no es transitiva, las normas jurídicas no pertenecen a ningún orden jurídico, ya que solo pertenecen a los sistemas jurídicos, los cuales, a su vez, pertenecen a un orden jurídico, el cual pertenece a un orden estatal⁷.

Al ser definidos extensionalmente, cualquier cambio en los elementos o las relaciones del sistema jurídico conducen a otro sistema distinto del anterior, de manera que, esta

⁶ (J. Vilajosana 1997, 20-26) y (Caracciolo 2000, 163).

⁷ En el mismo sentido (J. M. Vilajosana 1995, 334) y (Moreso 1997a, 147).

noción por sí misma no puede explicar la idea, generalmente aceptada entre los juristas, que los sistemas jurídicos perduran en el tiempo sin perder su identidad pese a los cambios que pueden experimentar. De ahí que resulte pertinente diferenciar entre sistema jurídico, concebido como un conjunto de normas, y orden jurídico, entendido como una secuencia de sistemas jurídicos. A su vez, el rol de un orden estatal está en encuadrar espacialmente la sucesión de órdenes jurídicos y contrinbuir a diferenciar un orden estatal vigente en un determinado territorio de otro igualmente vigente en un territorio distinto, junto con entregar elementos para distinguir distintos ordenes jurídicos vigentes en un mismo territorio⁸.

Al ser una sucesión de sistemas jurídicos, la identidad del orden jurídico está determinada por la propiedad compartida por todos los sistemas que lo integran. Si se considera que lo integran a partir de una relación de pertenencia, la clave está en determinar cuál es la propiedad que se debe satisfacer para pertenecer al orden jurídico. También, al ser una sucesión de órdenes jurídicos, la identidad del orden estatal está determinada por la propiedad compartida por todos los órdenes jurídicos que lo integran, en donde la clave está en determinar cuál es la propiedad que se debe satisfacer para pertenecer al orden jurídico⁹.

Así, al llevar el análisis sincrónico de unidad y el diacrónico de identidad a los diversos niveles en los cuales se presenta la dinámica del derecho, es posible obtener problemas diferentes. En relación con un sistema jurídico, el problema sincrónico se relaciona con cuándo estamos frente a dos sistemas jurídicos distintos existentes en un mismo intervalo temporal y el problema de identidad diacrónico se vincula con determinar cuándo este sistema jurídico cambia, i.e., qué cambios en sus elementos producen un cambio de sistema. A su vez, respecto de los órdenes jurídicos, su problema sincrónico se vincula con responder cómo diferenciar dos órdenes jurídicos actualmente existentes; mientras que, el problema de identidad diacrónico se relaciona con determinar cuándo estos cambian, i.e., qué cambios en los sistemas jurídicos que pertenecen a él producen un cambio de orden dentro de un periodo. Por su parte, en el caso de los órdenes estatales, en el plano sincrónico la cuestión de unidad se asocia con establecer cómo diferenciar entre órdenes estatales vigentes y las dificultades de identidad se conectan con establecer cuándo cambia un orden estatal, lo que significa especificar dentro de un lapso qué cambios en los ordenes jurídicos producen un cambio de orden estatal¹⁰.

3. El modelo de la unidad de A. Merkl

La propuesta de Merkl se caracteriza por tener una fuerte vocación práctica, al menos, en el sentido de entregar efectivamente a los operadores jurídicos un instrumental teórico que facilita la identificación del contenido de un derecho determinado: el

⁸ Esta distinción es sugerida por Alchourrón y Bulygin (1976) a partir de la distinción entre sistemas momentáneos y no-momentáneos realizada por Raz (1970).

⁹ (J. Vilajosana 1997, 21-23). Otra posibilidad es que el sistema integra el orden jurídico en razón de una relación de inclusión, al igual que la integración del orden jurídico al orden estatal. En este caso el primero constituye un subconjunto de segundo, de manera que, una norma integran un orden cuando satisface una propiedad determinada y los sistemas se conforman a partir de los distintos momentos en que esta propiedad es satisfecha por los elementos.

¹⁰ (Vilajosana 1997, 25-26).

austriaco. Esto se realiza mediante criterios que contribuyen en la determinación de cuáles son los conjuntos normativos asociados con una localización espacio-temporal y elaborar un patrón acerca de la producción de los elementos del sistema jurídico.

Así, su explicación se sitúa en el plano de sincrónica del orden estatal, junto con una explicación sincrónica del orden jurídico. Sin embargo, es importante señalar, como se explicita en la reconstrucción, que necesariamente una explicación o análisis sincrónico del orden estatal involucra una explicación diacrónica de los órdenes jurídicos que lo integra, como también una explicación sincrónica del orden jurídico involucra una explicación diacrónica de los sistemas jurídicos que lo integra. Esto resulta similar al ejemplo utilizado para explicar cómo Ludwig Boltzmann arribó a la noción matemática de entropía:

«Todos nosotros vemos el agua de un vaso como los astronautas ven la Tierra desde la Luna: como un tranquilo brillo azulado. De la exuberante agitación de la vida en la Tierra, sus plantas y animales, sus amores y desesperaciones, nada se ve desde la Luna; solo una jaspeada canica azul. Tras los reflejos de un vaso de agua hay una tumultuosa actividad análoga de miríadas de moléculas, muchas más que seres vivos hay en la Tierra» (Rovelli 2018)

Del mismo modo, la denominada imagen «estática» de los órdenes jurídicos u órdenes estatales oculta la «dinámica» interna de sus constituyentes, la cual se desarrolla dentro de aquel lapso o periodo elegido para realizar la reconstrucción teórica. Por lo mismo, la distinción entre sincrónico y diacrónico debe ser matizada y evitar su equiparación con un análisis estático (sincrónico) y dinámico (diacrónico), porque esta nomenclatura oculta aún más cómo la dinámica de los niveles inferiores está presente en la estática de los superiores. De ahí que, la idea de que el derecho cambia a través del tiempo debe ser relativizada o, la menos, modulada.

En consecuencia, para prestar una mayor atención en las preocupaciones de Merkl en torno a la unidad del derecho, las líneas que siguen se enfocan en reconstruir sus propuesta en torno a dos ejes: la unidad del orden estatal y la unidad del orden jurídico. Esto a partir de tres cuestiones centrales: qué problema intenta responder, cómo responde al problema y qué utilidad adicional tiene la solución entregada.

3.1. Unidad del orden estatal

Problema sincrónico del orden estatal. Adolf Merkl se enfrenta a cómo determinar la unidad jurídica del Estado austriaco a partir de las diversas individualidades jurídicas que están relacionadas con una individualidad histórico-política. Esto lo aborda mediante la adopción de la siguiente relación: el carácter inmutable del Estado descansa sobre la unidad del derecho, de modo que, el reconocimiento de un solo Estado depende de la unidad del derecho. Así, si la identidad del Estado (su inmutabilidad) está en la unidad del derecho, aquello que se debe explicar es esto último para dar unidad a lo primero¹¹.

Este problema surge por diversos aspectos que producen cierto solapamiento entre el sentido histórico-político del Estado frente a su sentido jurídico, v.gr., las fechas de nacimiento y extinción del Estado en sentido histórico-político son diversas de las

¹¹ (Merkl 1987a[1917], 151, 152 y 159).

correspondientes a su sentido jurídico y, consecuentemente, la formación histórico-jurídica supera con creces el paralelo fenómeno jurídico, revistiendo una pluralidad de formaciones estatales en sentido jurídico. Asimismo, la identificación de un estado en sentido jurídico no se vincula con algún nombre, ya que el mismo nombre que designa a una unidad histórico-política puede aludir a una pluralidad de formaciones estatales en sentido jurídico, naturalmente no contemporáneas, sino consecutivas. Por ejemplo, en sentido histórico-político Austria es el mismo estado de siempre, pero, en sentido jurídico, esa palabra ha sido un nombre para cosas diversas. Es igualmente posible que el estado en sentido jurídico sobreviva a su paralelo fenómeno histórico-jurídico, de modo que, en una misma formación jurídica se presenten dos o más contenidos histórico-sociales, como ocurrió cuando los estados federales alemanes dejan de ser soberanos para convertirse en estados miembros¹².

Presentados en estos términos, el problema tiene un marcado carácter sincrónico porque su solución radica en ofrecer una propuesta teórica que permita concebir como una sola unidad jurídica al Estado austriaco. Su propuesta se encamina a sugerir criterios para establecer la unidad de un «orden estatal», es decir, establecer cómo diferenciar entre órdenes estatales vigentes. Probablemente, en un sentido histórico esta inquietud deriva del surgimiento de la República de Austria alemana en 1918.

Sin embargo, como fue señalado, esta explicación sincrónica de un orden estatal generalmente incluye, o debe incluir, rasgos diacrónicos de los niveles inferiores, porque solo de esta manera se muestra la diversidad de elementos que están integrados dentro de la unidad de un orden estatal. Si la consideración sincrónica de un orden estatal se realiza dentro de un amplio lapso, este no tendría un carácter momentáneo e incluiría diferentes órdenes jurídicos, junto con explicitar qué cambios en los sistemas jurídicos que pertenecen a ellos producen un cambio de orden jurídico. En consecuencia, la revisión sincrónica de un orden estatal no se realiza únicamente vinculada con una ubicación espacial, sino también, y necesariamente, con un amplio periodo dentro del cual, generalmente, transcurren diversos órdenes jurídicos y, consecuentemente, sistemas jurídicos¹³.

Solución. Merkl sugiere establecer la unidad jurídica del Estado austríaco mediante reconducir toda su diversidad y multiplicidad normativa a un denominador común, un vínculo con un principio o un centro jurídico. Así, propone a la «Constitución» en sentido material como aquel denominador común, principio o centro. La posibilidad de reconducir a una Constitución es, entonces, el criterio de la unidad del Estado y el elemento que permite entender la diversidad y la multiplicidad normativa como un ordenamiento jurídico cerrado en sí mismo¹⁴.

En relación con la noción de Constitución, la expresión «en sentido material» alude a aquello que no es necesariamente parte de la constitución, pero se sigue de ella, es decir, todas las nuevas situaciones jurídicas desarrolladas a partir de la Constitución son entendidas como posibilidades contenidas en ella, las cuales no afectan la unidad del

¹² (Merkl 1987a[1917], 153).

¹³ Un contraejemplo a esta posición, que matiza la distinción entre sincrónico y diacrónico, se encuentra en la posibilidad de poder «imaginar» un orden estatal integrado solo por un orden jurídico al cual solo pertenece un sistema jurídico. Caso cuya ejemplificación resultaría altamente improbable (imposible), dadas las condiciones generalmente establecidas para el reconocimiento de los Estados.

¹⁴ (Merkl 1987a[1917], 157) y (Merkl 1987b[1917], 134).

derecho. Así, es posible que un mismo Estado conozca de múltiples constituciones, que a ellas se realicen múltiples modificaciones e inclusive que se establezcan cambios constitucionales sustanciales y profundos, pero ninguno de ellos no alteran la identidad del Estado, i.e., la unidad del derecho. Por ejemplo, no afectan «necesariamente» la identidad del Estado modificaciones presentadas como una renovación del Estado e inclusive el paso del absolutismo a la monarquía constitucional o de un gobierno constitucional a uno absolutista¹⁵.

A partir de lo anterior, de acuerdo con Merkl, no es preciso hablar de «modificaciones constitucionales» cuando expresamente existe la posibilidad de modificar la Constitución, porque los cambios realizados en este contexto solo tienen un carácter formal al ser solo variaciones de algunas disposiciones. Estas variaciones no alteran la Constitución, porque todas las posibles modificaciones están ya contenidas en ella, anticipadas en las cláusulas sobre la modificación. Todas ellas no constituyen meras sucesión y tampoco el paso a una nueva constitución, sino únicamente variaciones de la Constitución. Esta no pierde su identidad porque las modificaciones están previstas por anticipado en el mismo momento en que ella es establecida, ahí se instaura la autorización al legislador para realizar modificaciones a la Constitución¹⁶.

Cuando la propia Constitución contiene una norma que consiente su modificación, tanto la legislación constitucional como la ordinaria constituyen solo implementación de ella, es decir, en ambos casos son órganos ejecutivos del constituyente cuyos productos descansan en la Constitución como un principio jurídico. Ellas son solo actuaciones de la Constitución, en el sentido de la realización de actos autorizados por ella, v.gr., actuaciones que llevan a cabo la modificación de las normas constitucionales autorizadas por la misma constitución. Por ende, en principio, sin autorización de la constitución no es posible ninguna modificación constitucional¹⁷.

Cabe señalar que, en sentido estricto, dentro de esta construcción teórica, cada función estatal tiene un carácter tanto legislativo como ejecutivo, excluyendo solo a la creación de la Constitución (en la base) y el último acto de aplicación (en la cima). El carácter legislativo deriva del margen de discrecionalidad que detentan las autoridades y que está determinado en modo únicamente formal por la Constitución. Y el carácter ejecutivo deriva de su referencia a la Constitución, el hecho de estar vinculados a ella. Por ejemplo, el carácter legislativo presenta sus mínimos en algunos tipos de actos administrativos y judiciales; mientras que, su máximo en la ley¹⁸.

Es así como en dentro de la «estática de la Constitución» se desarrolla la dinámica de los sistemas jurídicos, porque es posible reconducir cada acto estatal a un único centro, es decir, todo aquello que solo sería diversidad y multiplicidad sin un nexo, a través de la Constitución, pasa a ser una unidad. Sobre la unidad, concebida en los términos recién señalados, se funda el carácter inmodificable de la Constitución en relación con la legislación constitucionales y ordinaria, junto con establecer su capacidad para

¹⁵ (Merkl 1987a[1917], 158-159).

¹⁶ (Merkl 1987a[1917], 177-178) y (Merkl 1987b[1917], 137).

¹⁷ (Merkl 1987b[1917], 136).

¹⁸ (Merkl 1987a[1917], 178) y (Merkl 1987b[1917], 144). Como sugiere Merkl «...entregar la autorización para aplicar el derecho significa conferir un poder volitivo, no una capacidad cognoscitiva». (1987[1918], 119).

disponer sobre las relaciones recíprocas que se presentan entre los actos legislativos e infralegales legitimados por ella¹⁹.

Además, a través del principio *lex posterior*, establecido bajo la forma de una autorización a la modificación de los productos jurídicos, la Constitución posibilita el carácter cambiante del derecho positivo. Por un lado, la Constitución consiente agregar o añadir material jurídico al ya dado, obteniendo así una unidad jurídica más rica de contenido y, por otro lado, fundado sobre la Constitución, el principio *lex posterior* vincula distintos fenómenos jurídicos existentes (actuales) con el punto de partida del orden jurídico e inclusive del orden estatal. Esta vinculación no es solo entre lo nuevo y lo antiguo sino también entre fenómenos distintos, así junto con remover aquello que existe y añadir lo nuevo a un sistema y orden jurídico. Por ende, la vinculación entre los distintos elementos no es solo en la sucesión o serie (pasado, presente y futuro), sino también en profundidad²⁰.

El establecimiento del principio *lex posterior* deriva de la necesidad de reforma, modificación o cambio que presenta el derecho moderno. La autonomía del derecho descansa en tener mecanismos que posibiliten su modificación, i.e., en convertir la eternidad formal de la ley en una temporalidad material, transformar su carácter inmodificable en términos formales en uno modificable material. De ahí que la posibilidad del cambio debe ser presumida en los casos en que aún no se haya hecho uso de ella, la preferencia de la ley posterior debe ser entendida como juicio práctico y no como juicio lógico²¹.

Cabe precisar que, según Merkl, en su correcto entendimiento, el principio *lex posterior* solo puede ser expresión de la Constitución, es decir, es una norma jurídica la que dispone la posibilidad de modificar el derecho y en ella descansa la validez lógico-jurídica de tal principio. El principio que establece que una ley ha modificado otra y, en concreto, que la más reciente ha modificado a la menos reciente deriva de una norma jurídica que establece la posibilidad de modificar el derecho positivo. Por lo cual, es la posibilidad de la modificación (introducida en el orden jurídico a través de la Constitución) la que permite afirmar el principio *lex posterior derogat priori* y no que este principio consiente la modificación del derecho²².

Por consiguiente, la unidad no está en el principio de *lex posterior*, sino en la Constitución, es ella la que admite atribuir a un único Estado normas diferentes y subsecuentes en el tiempo, lo cual genera una unidad jurídica. Por si mismo, el principio de *lex posterior* no logra configurar esta unidad, ya que carece de un principio jurídico de imputación que reconduzca la diversidad a un centro común. Así, si el concepto de Estado, en el sentido jurídico, tiene sustento en la unidad del derecho, cuando dentro del orden jurídico se encuentran puntos de fractura que exigen saltos conceptuales explicativos, la unidad del Estado termina y se da inicio a un nuevo Estado (orden jurídico)²³.

¹⁹ (Merkl 1987b[1917], 138) y (Merkl 1987[1918], 119).

²⁰ (Merkl 1987a[1917], 207-209).

²¹ (Merkl 1987a[1917], 172).

²² (Merkl 1987a[1917], 174).

²³ (Merkl 1987a[1917], 178-208).

De esta manera, se presentan quiebres en la Constitución en aquellos casos que *prima facie* se presentan como modificaciones constitucionales, pero ella no ofrece la posibilidad de modificación. Por ende, cuando es necesario realizar un salto conceptual para concebir la unidad del derecho se produce una fractura en el orden jurídico. En estos casos se produce una división entre dos órdenes, la cual abre la posibilidad de concebir una pluralidad de estados. En otras palabras, cuando solo se aprecia una transformación, una mera sucesión temporal sin vinculación con la norma constitucional de *lex posterior*, se da comienzo a una nueva Constitución, en el sentido de creación del principio de una nueva unidad jurídica, lo cual genera un estado nuevo²⁴.

Sin embargo, si la posibilidad del cambio se puede presumir incluso cuando no se ha empleado esta posibilidad, en los casos en que la Constitución guarda silencio sobre su modificación resulta difícil presumir la existencia de una norma que permite su modificación. Si bien es lógicamente imposible la modificación de una Constitución que calla sobre la posibilidad de su propia modificación, cuando una norma dictada en conformidad con la Constitución establece la posibilidad de modificar la Constitución y otras leyes análogas, esta debe asumir la forma de una modificación constitucional para no parecer una ilegalidad²⁵.

Por todo lo anterior, la unidad del derecho se obtiene de la Constitución, ella representa la unidad jurídica y crea la unidad del Estado, de un determinado Estado, porque al aceptar a la Constitución como fuente suprema de cada vínculo jurídico dentro del ordenamiento no hay espacio para un factor vinculante externo²⁶.

Utilidad. Este esquema teórico-conceptual permite explicar diversos fenómenos jurídicos, aunque Merkl únicamente se enfoca en las normas preconstitucionales, es decir, el problema de la persistencia de normas. Probablemente, a partir del surgimiento de la República de Austria alemana en 1918 a partir del desmembramiento del Imperio Austrohúngaro.

Para Merkl, desde el punto de vista jurídico, solo hay derecho en vigor o no en vigor, sin que exista una categoría intermedia, ya que solo basta que el derecho haya sido elaborado en conformidad con la Constitución. De ahí que, si el derecho anterior a la Constitución está en conformidad con ella, debe ser tratado como el derecho posterior creado en conformidad con ella. Es el acto de recepción el que posibilita que tanto el derecho preconstitucional como el derecho extranjero sean considerados actuales y, en consecuencia, en vigor²⁷.

Merkl ejemplifica lo anterior a través de una ley dictada durante el absolutismo, porque este factor no es suficiente para considerarla inválida en tiempos del constitucionalismo, es decir, la validez de una ley preconstitucional no se ve afectada por un cambio constitucional de este tipo. La validez de las normas se extiende a través de la existencia del Estado que integran, de manera que, solo cuando este cambia o deja de existir ellas pueden dejar de válidas, en virtud del principio *lex posterior*, el cual se encontraría en la

²⁴ (Merkl 1987a[1917], 177 y 180).

²⁵ (Merkl 1987b[1917], 142).

²⁶ (Merkl 1987b[1917], 135).

²⁷ (Merkl 1987a[1917], 203).

base de la Constitución tanto de un Estado absoluto como de Estado moderno de Derecho²⁸.

Por lo cual, en la medida en que es reconducible a un centro conceptual común, la diversidad y multiplicidad normativa se muestra como una unidad formal. La unidad del Estado en sentido jurídico incluye fenómenos jurídicos variados, inclusive aquellos de formación estatal diversa, siempre y cuando, existe un proceso o acto de recepción, el cual expropie y reivindique dichos fenómenos como propios²⁹.

3.2. Unidad del orden jurídico

Problema sincrónico del orden jurídico. Frente a la diversidad de normas en cantidad y contenido, Merkl sugiere realizar un análisis estructural del ordenamiento jurídico con base en la noción de «forma jurídica o normativa». Esta noción no está sustentada en la doctrina de las fuentes, porque esta solo reconoce algunas formas jurídicas y excluye otras como meros actos de aplicación, v.gr., el diverso tratamiento que reciben la legislación y la costumbre frente a la recibido por las sentencias y los actos administrativos. De ahí que, la diferenciación entre estas distintas formas normativas se encuentra dentro del propio ordenamiento al confrontar distintos periodos verticales o en una revisión horizontal de un periodo determinado³⁰.

De acuerdo con Merkl, las fuentes de derecho son «cáscaras» formadas de derecho positivo, en las cuales se encuentran encapsuladas las normas jurídicas, al mismo tiempo, pese a su carácter de fuente, ellas son contenido de derecho y objeto de regulación. En cambio, las formas jurídicas se sitúan en un proceso que conduce a la producción de otras formas jurídicas distintas dentro de la estructura del ordenamiento, la cuales pese a su diversidad presentan un contenido normativo idéntico³¹.

La reconstrucción sustentada en formas jurídicas no se realiza en abstracto, sino sustentada o elaborada a partir de un derecho determinado, es decir, habría una correlación entre la forma de Estado y la formas en que se regula, reglamenta o nomar. De ahí que, el análisis estructural del derecho centrada únicamente en el Estado Moderno, al cual les son propias las instituciones parlamentarias. Por consiguiente, se debe sustentar en las formas jurídicas que recorren históricamente este tipo de Estados y las regularidades que se presentan entre ellas en este tipo de Estados³².

El problema sincrónico del orden jurídico se vincula con cómo diferenciar a dos o más órdenes existentes. Al igual que en el orden estatal, al apreciar su existencia solo en un lapso o periodo, la explicación sincrónica de los órdenes jurídicos incluye tanto la explicación sincrónica como diacrónica de los sistemas jurídicos. Esto es explicar cuándo estamos frente a dos sistemas jurídicos distintos existentes en un mismo

²⁸ (Merkl 1987a[1917], 196).

²⁹ (Merkl 1987a[1917], 206).

³⁰ (Merkl 1987[1931], 3-6).

³¹ (Merkl 1987[1931], 13-14).

³² (Merkl 1987[1931], 7-10) Explícitamente, Merkl sostiene que no es su pretensión entregar una propuesta que englobe todas las formas normativas de este tipo de Estados y tampoco que sea válida para todos los Estados de este tipo, así como tampoco, que comprende la presentación del derecho internacional (Merkl 1987[1931], 9-10).

intervalo temporal y qué cambios en sus elementos producen un cambio de sistema jurídico.

Consciente de la relevancia de ambos aspectos (sincrónico y diacrónico), Merkl sostiene que un primer momento el problema se articula como estático y dinámico, pero una lectura más atenta del mismo arrojar la necesidad de una análisis estructural del ordenamiento (derecho), para poder enfrentarlo. Análisis que en su aspecto estático no considera las diversas fases del proceso jurídico y solo considera las normas jurídicas. En cambio, en su aspecto dinámica, se considera el proceso jurídico como «algo distinto de un sistema de normas jurídicas», lo cual permite considerar productos intermedios del proceso jurídico definibles como normativos³³.

Solución. Es a partir de las regularidades propias del Estado Moderno de Derecho que se establecen las relaciones lógicas entre sus formas jurídicas características, en concreto, relaciones de *sovraordinate e subordinate*. Son estas relaciones las que construyen la graduación entre las distintas formas jurídicas, como si fuese un «edificio articulado en distintos niveles», lo cual muestra la típica estructura horizontal y vertical del citado edificio³⁴.

Los casos centrales de «regularidad» se sustentan en la relación que se presenta entre normas generales y normas individuales. Según Merkl, son normas generales las que establecen su observancia y aplicación para uno número indeterminado de casos; en cambio, son individuales las que exige menos actos de observancia y, en consecuencia, admite menos instancias de aplicación. Así, es através de los diversos «tipos de actos estatales» que se presenta una amplia variedad de formas jurídicas, aunque no todas presentan la misma regularidad en relación con los actos individuales de aplicación. Esto último porque la noción de forma jurídica no predetermina el carácter general o individual del contenido de la norma. Solo dentro de la construcción gradual los fenómenos límites o extremos deben ser perfectamente generales, de un lado, y perfectamente individuales, del otro³⁵.

Los distintos actos jurídicos pueden ser vinculados a un sistema jurídico solo cuando, y solo porque, entre ellos existe una relación unitaria, la cual consiste en que el acto determinado responde a las condiciones fijadas para su propia emanación en otro acto determinante, i.e., siempre y cuando, el acto determinante sea la condición de una pluralidad de actos o solo uno de ellos. Así, se forma una serie de actos «determinates» y «determinados» de relevancia jurídica, entre los cuales no todos presentan el mismo carácter, v.gr., no todos los anillos de la cadena pueden ser entendidos como actos normativos, en el sentido de normas jurídica. De ahí que la unidad del sistema jurídico descansa en las relaciones lógicas recíprocas entre los distintos actos estatales y su respectiva variedad de formas jurídicas³⁶.

Las normas o actos determinantes son aquellos que delínean la forma y el contenido de otras normas o actos jurídicos determinados. Estas normas o actos determinandos no pueden y no deben ser de manera diversas de aquella es delineada por las determinantes,

³³ (Merkl 1987[1931], 6 y 36).

³⁴ (Merkl 1987[1931], 7-10).

³⁵ (Merkl 1987[1931], 14-24).

³⁶ (Merkl 1987[1931], 34-35).

porque unas derivan de las otras. Por ende, aquellas determinadas presuponen la existencia de las determinantes y deben a ellas su validez; mientras que, las normas o actos determinantes sirven como fundamento de validez. De esta manera, la secuencia entre determinantes y determinadas se presenta como una jerarquía de actos o secuencia de grados, en la cual las normas o actos superiores son aquellos sin los cuales no se podría atribuir a determinados actos la existencia de un significado de normas jurídicas. No obstante, el grado o carácter superior de una norma solo se presenta en relación con aquella otra norma inferior que asume el carácter de norma jurídica solo por estar en conformidad con ella³⁷.

Ahora bien, dentro del «edificio articulado en distintos niveles» sus diferentes grados o niveles no se desprenden de las relaciones de dependencia recién presentadas, sino más bien de su capacidad para producir derecho. Por ejemplo, es un grado superior la norma que puede *derogare* a otra y esta última no puede derogarla; mientras que, están en un mismo nivel aquellas normas que pueden ser recíprocamente *derogabile*. Por ello la relación jerárquica debe ser buscada en las condiciones jurídicas en que se funda la emanación de los actos y en la fuerza jurídica que es atribuida a ellos por la fuente constituyente. Así, tanto las condiciones como la fuerza jurídica deben ser indagadas en las exigencias establecidas en el propio derecho positivo para el funcionamiento de estas fuentes jurídicas³⁸.

Por lo mismo, la construcción gradual del orden jerárquico puede ser diversa según cuál sea el criterio elegido, v.gr., si se adopta la relación de condiciones jurídicas, ella no siempre se corresponde con el criterio de fuerza jurídica. Por lo cual, en relación con un acto subordinado, un acto determinante supraordenado puede ser con base en otro criterio subordinado al acto determinado subordinado. Por ende, dentro de la construcción gradual, la posición sistemática de las formas jurídicas puede variar en conformidad con los criterios de construcción elegidos y, consecuentemente, al interno del mismo ordenamiento estatal pueden haber una pluralidad de escalas jurídicas con diversas posiciones en los grados³⁹.

A esta explicación Merkl añade que, la autoproducción del derecho derivada de que este se compone de dos partes, por un lado, reglas dirigidas al comportamiento humano y, por otro lado, reglas que regulan la producción de norma. Sin estas normas de producción el ordenamiento sería rígido y estático, todo lo contrario a la naturaleza dinámica del derecho. Así, desde el punto de vista de las normas determinantes (reglas que regulan la producción) la producción de un acto determinado constituye una combinación de actos de creación y aplicación del derecho⁴⁰.

La producción constituye actos de creación y aplicación del derecho, porque la producción y la aplicación del derecho tienen lugar en cuanto un órgano concretiza e individualiza en mayor o menor medida el material jurídico dado. Se trata entonces de una particular combinación de un factor subjetivo con uno objetivo. La impronta del factor subjetivo es tanto más grande cuando más general y escaso es el contenido de la norma determinante; en cambio, cuanto más específico y rico de contenido es el

³⁷ (Merkl 1987[1931], 37-38) y (Merkl 1987[1918], 111).

³⁸ (Merkl 1987[1931], 39-40). Introduzco las palabras italianas «*derogare*», «*derogabile*» y «*derogatoria*» por expresar en un modo más preciso lo señalado por el autor.

³⁹ (Merkl 1987[1931], 41-43 y 51).

⁴⁰ (Merkl 1987[1931], 46).

fenómeno jurídico determinado de la intervención del titular del órgano. Se presenta así entre los múltiples grados que integran el fenómeno jurídico actos de producción y aplicación, mostrándose la «doble cara del derecho»⁴¹.

Sin embargo, estos actos de producción no deben ser pensados como una relación solo entre dos actos dentro de la serie continuada de actos estatales, pues más bien se debe admitir que, si el acto determinado es un caso de aplicación del derecho, al menos, el objeto mediato de la aplicación es el complejo de los actos que preceden al acto aplicativo y su objeto de aplicación inmediata puede ser no solo acto inmediatamente precedente, sino también los actos aparentemente más distantes. Así, cada acto normativo de aplicación produce una nueva norma o complejo de ellas⁴².

En esta construcción a grados del derecho, cuando los niveles reflejan procesos graduales de producción y de aplicación se habla de concretización o individualización del derecho. En la serie de actos, la graduación general e individual se refiere al contenido del acto, en concreto, a su ámbito de aplicación y de observancia, empero, el contenido debe ser complementado con las diversas condiciones de validez y diversos límites de validez. Por lo mismo, no todo acto parcial del proceso jurídico forma un grado en la construcción, sino solo aquellos actos parciales dotados de relevancia normativa⁴³.

Utilidad. Según Merkl, la utilidad eurística de la construcción a grados del derecho se manifiesta como instrumental de análisis para diversos aspectos del fenómeno jurídico, entre los cuales destacan: (i) la doctrina de las funciones del derecho; (ii) la idea de separación de poderes; (iii) el carácter democrático de las instituciones; y (iv) la explicación de los actos viciados. Sin embargo, para efectos de esta presentación, principalmente, se alude a la última.

La construcción gradual influenciará a la doctrina de las funciones del Estado y el derecho, al sugerir una división fundada en la noción misma de función y no en la forma o contenido de ella. Asimismo, esta construcción desplazaría la idea de fragmentación del poder del Estado, por la noción de un solo poder, el cual se divide en una serie continua de funciones, las cuales se integran con los actos articulados en grados (v.gr., ley de reforma constitucional, ley de principios, ley de detalle, reglamento ministerial, norma regional o federal, norma comunal o distrital y decisión de autoridad). Así, los poderes del estado deben ser concebidos como complejos de funciones estatales agrupados según una concepción política y cuyas manifestaciones límites establecen vínculos entre los complejos de funciones. Así también, la construcción a grados permite explicar la subordinación total o parcial de la administración a la normas jurídicas que constituyen la legislación y, a su vez, explicitar que, en un estado democrático de derecho, se presentan ámbitos de regulación que no están suficientemente inspirados en principios democrático, v.gr., la admisión y la jurisdicción⁴⁴.

⁴¹ (Merkl 1987[1918], 107-108).

⁴² (Merkl 1987[1931], 47-48).

⁴³ (Merkl 1987[1931], 49-51).

⁴⁴ (Merkl 1987[1931], 52-57). Es importante explicitar que, la construcción a grados permite explicar caso en que los grados inferiores elegían principios de organización diversos de los establecidos para grados superiores, en razón de los distintos criterios que pueden inspirar la construcción gradual.

Una consideración a parte requiere la explicación de cómo la teoría a grados da cuenta del «acto estatal viciado», ya sea en relación con su forma o su contenido. Si aplicar el derecho depende de la discrecionalidad del órgano, con ello se puede poner en discusión que haya algo a aplicar, porque pueden ser removidos los límites que se imponen a quien aplica el derecho. Así, bajo el falso nombre de órgano de aplicación una autoridad se puede transformar en órgano de producción de derecho más allá de lo establecido en las normas determinantes⁴⁵.

Un acto carece de vicios cuando está de acuerdo con los actos de grado superior, los cuales son reglas sobre la producción normativa. Un acto que no presenta vicio pertenece a la categoría de fenómenos jurídicos, porque dicha ausencia es el presupuesto para reconocer pretensiones de jurídico o estatal de tal acto y, por consiguiente, como «perteneciente» al ordenamiento. Por tanto, la única vara de medida de los vicios de un acto son los actos superiores que lo determinan, es más, a partir de la idea de una relación funcional entre actos determinantes y actos determinados, es que la identificación de los actos determinados es alcanzable solo a través de los actos determinantes. De ahí que, toda mínima diferencia en esta determinación es (o pueda ser) entendida como un vicio jurídico que tiene como consecuencia la nulidad del acto, en el sentido jurídico de su inexistencia⁴⁶.

Como la consecuencia recién señalada solo puede ser evitada con base en los criterios establecidos por el derecho positivo, resulta común encontrar elementos que atenuan o eliminan parte de los requisitos establecidos para los actos inferiores previendo o enmendando el acto viciados e inclusive su validez. Desde esta visión integral de Merkl, solo se puede hablar de acto viciado o nulo en relación con las normas originales (las superiores que establecen requisitos de producción), porque cuando se reconocen medios de impugnación (judiciales o administrativos), el ordenamiento renunciaría a observar una parte (importante) de las citadas normas superiores, al posibilitar reconocer como auténticos a actos jurisdiccionales o administrativos que *prima facie* aparecen como viciados. Esta «valoración de vicios» corresponde a toda institución jurídica que rebaja (de otra manera) el nivel establecido en el ordenamiento a través de los requisitos establecidos por los actos de grado superior para los actos de nivel inferior⁴⁷.

De este modo, esta concepción de los actos viciados complementa de manera consistente la construcción de grados merkliana, ya que según esta última todo aquello que el órgano competente aplica como derecho debe después valer como derecho. Esto porque antes de este último fenómeno de creación y penúltimo de aplicación, el derecho está incompleto, aún no está puesto, desde el momento en que existe la posibilidad que la dirección trazada por la Constitución, la ley y los reglamentos puedan recibir un viraje inesperado en sede de aplicación, y no tenga algún punto de referencia para establecer cómo será plasmada la materia jurídica existente al estado general en abstracto (Constitución, ley y reglamento)⁴⁸.

Sin embargo, el propio Merkl expresa que lo anterior debe tener sus límites y no todos los casos de manifiesta desaplicación se convierten en derecho, porque si se confiere al

⁴⁵ (Merkl 1987[1918], 119).

⁴⁶ (Merkl 1987[1931], 63).

⁴⁷ (Merkl 1987[1931], 63-64).

⁴⁸ (Merkl 1987[1918], 112).

juez un poder ilimitado de aplicación del derecho; entonces, también se le confiere un poder de no aplicarlo. Si la razón común está en que si hay identificación de las normas en torno a la cosa juzgada, no se entiende por qué no sería posible concebir también el contenido de otras norma (superiores) y de verificar la aplicación del derecho a la luz de esta adjudicación y no más allá de ella⁴⁹.

4. Algunas conclusiones

A modo de recapitulación aludiré a algunas ideas centrales del trabajo a partir de la explicitación de sus ventajas frente a otras propuestas. Obviamente, sin olvidar que, en términos históricos, esta es una primera aproximación a la reconstrucción del carácter dinámico del derecho. Así, para efectos de simplicidad, esta presentación se realizará de manera esquemática:

- (i) **Unidad.** Si Vilajosana lleva razón, en relación con la la prioridad conceptual de las cuestiones de unidad frente a las problemáticas de identidad, el trabajo de Merkl de cuenta y se hace cargo de ello, es más, el autor captura la necesidad de tener que realizar una explicación o teorización en este sentido, para luego y de manera implícita realizar una propuesta en torno a las cuestiones de identidad;
- (ii) **Lex posterior.** Frente a algunas doctrinas vigentes en la Austria de Merkl, este autor propone que este principio por sí mismo es insuficiente para explicar la identidad del derecho pese a su cambio a través del tiempo, porque *lex posterior* no logra configurar esta unidad, al carece de un principio jurídico de imputación que reconduzca la diversidad a un centro común. El cual, de acuerdo Merkl, se encontraría en la Constitución en sentido material;
- (iii) **Niveles.** La propuesta teórica de Merkl se caracteriza por evitar realizar una versión reduccionista de la realidad jurídica, lo cual se plasma claramente en la consideración de diversos grados dentro de la construcción jerárquica. Si bien esto podría ser considerado como una trivialidad, es del caso recordar que, por ejemplo, la teoría de Alchourrón y Bulygin en torno a la dinámica de sistemas jurídicos es marcadamente legislativa y, excepcionalmente, jerárquica;
- (iv) **Criterios reconstrucción.** Hans Kelsen adopta la teoría de la construcción gradual merkeliana, pero centrada en en las fuentes de derecho o condiciones de creaciones. En cambio, la versión original de esta teoría es ampliamente más compleja y, por consiguiente, un mejor reflejo de la realidad jurídica, ya que la contrucción se puede realizadar con base en diversos criterios, lo cual puede modificar radicalmente los grados o niveles que integran la contrucción⁵⁰.
- (v) **Discrecionalidad.** Una parte importante de las reconstrucciones en torno a las cuestiones sobre el positivismo jurídico atribuye a Herbet Hart el reconocimiento de la «discrecionalidad» como una de las tesis centrales del visión positiva. Sin embargo, dado que Adolf Merkl es indudablemente un positivista jurídico, pareciera prudente tener cierta deferencia a su contrucción teórica y reconocerlo, al menos, como uno de los primeros positivistas en incluir la tesis de la discrecionalidad en sus propuestas teóricas y adoptarla como una tesis central del positivismo jurídico;

⁴⁹ (Merkl 1987[1918], 117-118).

⁵⁰ Ver (Walter, 1984[1974]).

- (vi) **Claúsula alternativa tácita.** Es ampliamente conocida la tesis kelseniana de la cláusula alternativa tácita y su gran cantidad de críticas. Por lo mismo, resulta sumamente relevante destacar que, la versión original de la construcción gradual del derecho, evita dichas críticas al no aceptar la tesis de cláusula alternativa tácita. Esto cuando intenta explicar el caso de los actos viciados y establece un límite a su reconocimiento;
- (vii) **Normas independientes y derivadas.** La visión merklina de la Constitución material incluye todas las nuevas situaciones jurídicas desarrolladas a partir de la Constitución, al ser entendidas como posibilidades contenidas en ella. Así, de manera anticipada, incluiría una distinción bastante estandarizada en la discusión actual sobre dinámica normativa, la cual diferencia entre normas formuladas o derivadas. Las cuales constituyen piezas claves en la reconstrucción dinámica del derecho.

Finalmente, una de las cuestiones más sugerentes de esta propuesta merklina es que me ha permitido presentar, espero con claridad, la manera en que algunos niveles de análisis sincrónico generalmente (quizá necesariamente) implican el análisis diacrónico de los niveles inferiores. Cuestiones que, según mis lecturas, no siempre es lo suficientemente explicitado por los autores y que establece un mínimo punto de contacto entre las explicaciones físicas en torno a la naturaleza del tiempo y las más afines con las ciencias sociales.

5. Bibliografía

Alchourrón, Carlos, y Eugenio Bulygin. 1976. «Sobre el concepto de orden jurídico.» *Crítica* VIII (23): 3-23.

Alchourrón, Carlos y Eugenio Bulygin. 1991. *Análisis lógico y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Alchourrón, Carlos, y Eugenio Bulygin. 2015. *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*. 2ª edición. Buenos Aires: Astrea.

Atienza, Manuel. 2012. *El sentido del derecho*. Barcelona: Ariel, S.A.

Bobbio, Norberto. 1960. *Teoría dell'ordinamento giuridico*. Torino: G. Giappichelli Editore.

Caracciolo, Ricardo. 1988. *El sistema jurídico. Problemas actuales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Caracciolo, Ricardo. 2000. «Sistema jurídico.» En *El derecho y la justicia*, editado por Ernesto Garzón Valdés y Francisco Laporta, 161-176. Madrid: Trotta.

Gentile, Francesco. 2001. *El ordenamiento jurídico, entre la virtualidad y la realidad*. Madrid: Marcial Pons.

Merkel, Adolf. 1987a[1917]. «L'unità giuridica dello stato austriaco. Ricerca pubblicistica alla luce della dottrina della lex posterior.» En *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, editado por C Geraci, 147-209. Milano: Giuffrè Editore.

Merkel, Adolf. 1987b[1917]. «L'immodificabilità delle leggi, principio normologico.» En *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, 129-145. Milano: Giuffrè Editore.

Merkel, Adolf. 1987[1918]. «Il duplice volto del diritto.» En *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, editado por C. Geraci, 99-128. Milano: Giuffrè Editore.

Merkel, Adolf. 1987[1931]. «Prolegomeni ad una teoria della costruzione a gradi del diritto.» En *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, editado por C Geraci, 1-65. Milano: Giuffrè Editore.

Moreso, José Juan. 1997a. *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Moreso, José Juan, and Josep María Vilajosana. 2004. *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons.

Raz, Joseph. 1970. *The concept of a legal system*. Segunda edición. Oxford: Oxford University Press.

Ross, Alf. 2005[1953]. *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba.

Rovelli, Carlo. 2018. *El orden del tiempo*. Barcelona: Anagrama.

Tarello, Giovanni. 1979. «Sistema giuridico, ordinamento giuridico.» En *Introduzione teorica allo studio del diritto*, editado por Silvia Castignone, Riccardo Guastini y Giovanni Tarello, 91-131. Génova: E.C.I.G.

Vilajosana, Josep Maria. 1995. «Problemas de identidad de los sistemas jurídicos.» *Doxa* (17-18): 331-342.

Vilajosana, Josep Maria. 1997. *El significado político del derecho*. México D.F.: Fontarmara S.A.

Walter, R. (1984[1974]). *La estructura del orden jurídico*. Disertación jurídico-teórica basada en la teoría pura del derecho (E. Volkening, trad.). Bogotá: Editorial Temis, S.A.