

## REPRESENTACIÓN PICTÓRICA Y MALINTERPRETACIÓN DE LA CONSTRUCCIÓN ESCALONADA (*STUFENBAU*)\*

Matheus Pelegrino da SILVA\*\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los problemas con la imagen tradicional de la construcción escalonada*. III. *Representación pictórica de la construcción escalonada de acuerdo con las relaciones de condicionalidad*. IV. *Representación pictórica de la construcción escalonada de acuerdo con el “poder derogatorio”*. V. *Dos observaciones sobre la necesidad de varias representaciones pictóricas*. VI. *Conclusión*.

### I. INTRODUCCIÓN

La teoría jurídica es asociada normalmente con palabras, no con figuras. Probablemente la excepción más conocida a esta regla se encuentra en la llamada pirámide de Kelsen, una herramienta pictórica empleada comúnmente para enseñar la construcción jerárquica de las normas de un ordenamiento jurídico. En realidad, Kelsen no es ni el primero en referirse a la imagen de una pirámide para explicar la configuración de las relaciones entre las normas de un ordenamiento jurídico ni tampoco el autor de la teoría<sup>1</sup> que

---

\* Traducción al castellano de un manuscrito inédito en inglés cuyo título es *Pictorial Representation and Misrepresentation of the Staircase-Like Construction (Stufenbau)* por Augusto Fernando Carrillo Salgado, estudiante del doctorado en derecho por la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM. Contacto: [augustoc@ucm.es](mailto:augustoc@ucm.es). ORCID-ID: <https://orcid.org/0000-0001-6107-4917>. El traductor agradece al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (Conacyt) por el financiamiento para realizar la traducción de este documento.

\*\* Investigador postdoctoral por la Universidad de São Paulo y Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo. Contacto: [mathpelegrino@hotmail.com](mailto:mathpelegrino@hotmail.com).

<sup>1</sup> El propio Kelsen señala a Merkl como el autor de la doctrina de la construcción escalonada: “En primer lugar, a través de la teoría de la construcción escalonada de Merkl

debería explicarse a través de esta imagen, la doctrina de la construcción escalonada (*Stufenbaulehre*) de Merkl.<sup>2</sup>

El objetivo principal de este artículo es subrayar los problemas con la imagen que se emplea frecuentemente sobre la llamada “pirámide de Kelsen”, y, al hacer esto, explicar las características principales de la teoría de Merkl sobre las relaciones jerárquicas entre las normas. En la primera sección, al destacar varios problemas con la imagen que a menudo es usada, el artículo intenta clarificar algunos aspectos de la doctrina de Merkl sobre la construcción escalonada, e indicar lo que se pierde si su teoría es explicada con la imagen usual de un triángulo. En las secciones dos y tres serán presentadas algunas representaciones pictóricas de la construcción escalonada de Merkl; la primera, tomando en consideración la construcción escalonada de acuerdo con “el orden jerárquico sustentado en la relación de condicionalidad” (*der durch das Verhältnis der Bedingtheit begründeten Rangordnung*)<sup>3</sup> de las normas: la jerarquía centrada en cómo una norma ejerce la función de establecer (justificar) la validez de otra norma; la otra, al considerar la construcción escalonada de acuerdo con el poder derogatorio (*derogatorische Kraft*)<sup>4</sup> de las normas: la jerarquía enfocada en

---

(*Stufentheorie*) obtenemos una visión de la construcción interna del ordenamiento jurídico. Tal y como ya he destacado en la segunda edición de mis *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (1923), la teoría de la construcción escalonada de Merkl se convirtió en una parte esencial de la teoría pura del derecho que sostengo, por ello, Adolf Merkl tiene que ser considerado como uno de sus cofundadores”. Kelsen, Hans, “Adolf Merkl zu seinem siebzigsten Geburtstag am 23. März 1960”, *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, núm. 10, 1960, p. 313.

<sup>2</sup> En este contexto, parece necesario hacer una observación sobre la traducción de la palabra *Stufenbau*. La palabra *Stufenbau* es una palabra compuesta. El componente *Stufen* puede traducirse como “niveles”, “conjunto de peldaños”, o con la expresión “en forma de escalera”, todas las cuales transmiten la misma idea. El componente “bau” (cuando se escribe sólo con “b” mayúscula, como “Bau”) puede referirse tanto a la forma de algo, es decir, a su construcción o forma, como al producto de la actividad de construir, al objeto construido (por ejemplo, “es una construcción, no un árbol o un cuerpo natural”). Puesto que en los escritos de Merkl se refiere a la *Stufenbau* como un “edificio jurídico” (“Rechtsgebäude”) con varios “pisos”, “niveles” (“Etagen”) (véase Merkl, Adolf Julius, “Das doppelte Rechtsantlitz [1918]”, en Mayer-Maly, Dorothea et al. [eds.], *Adolf Julius Merkl. Gesammelte Schriften*, vol. I, núm. 1, Berlín, Duncker & Humblot, 1993, p. 228); parece más apropiado traducir “Stufenbau” con la expresión “construcción escalonada” y no con la expresión “construcción jerárquica” como lo hizo Paulson. Véase Paulson, Stanley, “How Merkl’s *Stufenbaulehre* Informs Kelsen’s Concept of Law”, *Revus* núm. 21, 2013, p. 30.

<sup>3</sup> Merkl, Adolf Julius, “Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues”, en Mayer-Maly, Dorothea et al. (eds.), *op. cit.*, p. 471.

<sup>4</sup> *Idem*.

cómo una norma ejerce la función de derogar otra norma. Finalmente, la última sección indicará las razones sobre la necesidad de una pluralidad de construcciones escalonadas para describir las relaciones jerárquicas entre las normas de un orden jurídico, como también señalará de qué manera es posible determinar cuántos tipos de relaciones jerárquicas normativas puede poseer un orden jurídico.

## II. LOS PROBLEMAS CON LA IMAGEN TRADICIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN ESCALONADA

Es verdad que Hans Kelsen empleó la expresión “pirámide normativa” (*Normpyramide*)<sup>5</sup> al describir la configuración de las relaciones jerárquicas entre las normas de un orden jurídico, pero antes de hacerlo, esta noción de asociar la construcción jerárquica de las normas con la imagen de una pirámide ya había sido empleada por Merkl al escribir sobre un tipo de pirámide (*Pyramide*), la pirámide jurídica (*Rechtspyramide*),<sup>6</sup> por lo que la autoría de esta referencia pictórica, al igual que la autoría de la construcción escalonada, debería atribuírsele a Merkl.

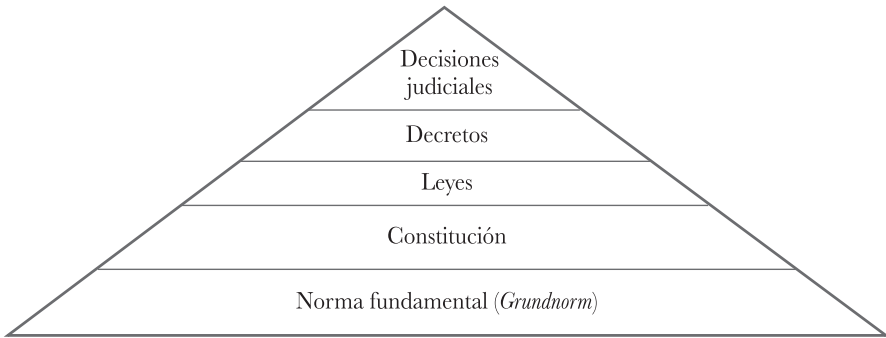
Hay que destacar un punto: Merkl es el autor de la descripción de la construcción jerárquica de las normas a través de la afirmación de que podría asemejarse a una pirámide. No es el autor de la imagen comúnmente empleada, la de un triángulo dividido en líneas horizontales que crean secciones que reciben nombres como “Constitución”, “leyes”, “decretos”, “decisiones judiciales” (en este orden específico), etcétera (véase la figura 1). En ninguno de los textos de Merkl o de Kelsen puede encontrarse tal imagen, razón por la cual no existe justificación bibliográfica a la afirmación de que esta imagen pertenece a ninguno de estos autores.

---

<sup>5</sup> Kelsen, Hans, “Das Problem der Souveranität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre”, en Jestaedt, Matthias (ed.), *Hans Kelsen Werke*, Tübinga, Mohr Siebeck, 2013, vol. IV, p. 382. Merkl describe la expresión de Kelsen como una “*trefflichen Bilde*” (imagen espléndida). Merkl, Adolf Julius, “Hans Kelsens System einer reinen Rechtstheorie”, en Mayer-Maly, Dorothea *et al.* (eds.), *op. cit.*, p. 304.

<sup>6</sup> Merkl, Adolf Julius, “Das doppelte...”, *cit.*, p. 228.

FIGURA 1



FUENTE: elaboración propia.

Respecto a esta representación “tradicional” sobre la construcción jerárquica de las normas, pueden efectuarse cinco críticas antes de proceder a indicar cómo la construcción escalonada del orden jurídico podría ser representada pictóricamente.

En primer lugar, la presentación de la construcción escalonada sugiere que las decisiones judiciales siempre están basadas en normas que se encuentran expresadas en la Constitución, en una ley o en un decreto (o en otro tipo de normas generales). Esto podría ser una representación errónea sobre la manera en que se crean los diferentes tipos de normas, porque no todas las decisiones judiciales se basan en decretos, ya que pueden fundarse únicamente en prescripciones presentes en las leyes. En algunas circunstancias, las disposiciones de las leyes tampoco serán utilizadas para fundar una decisión judicial, tal como sucede cuando una corte constitucional declara en una sentencia que una ley es inconstitucional. Esta decisión, como debería ser fácil de ver, no está basada en la ley, sino solamente en normas constitucionales, y anula una disposición, lo que claramente indica que las decisiones judiciales, al menos en algunas circunstancias, no son jerárquicamente inferiores a las leyes.

Cabe destacar que algunas sentencias, al igual que otro tipo de normas individuales, como un contrato o un testamento, están basadas en normas que pueden hallarse en la Constitución, en una o más leyes y en uno o más decretos (así como basarse en otro tipo posible de normas existentes), pero no necesariamente es así. En algunas circunstancias, un contrato será válido únicamente si sigue las normas que están presentes en la Constitución y en la ley de la materia, al igual que una decisión judicial, bajo

ciertas circunstancias, sólo necesita seguir las normas de una Constitución para ser una decisión válida.

En este contexto, resulta apropiado destacar otra idea formulada por Merkl, la noción de que el derecho posee una “doble faz”<sup>7</sup> (*Doppellantlitz*). Merkl usa la expresión “doble faz” para describir el hecho de que el “derecho... presenta necesariamente dos pasos, uno de creación y el otro de aplicación absoluta del derecho, entre los cuales podrían aparecer muchos pasos arbitrarios (decididos) de manifestaciones (*Erscheinungen*) que pueden presentarse tanto como creación de derecho, como de aplicación”.<sup>8</sup> La doble faz del derecho quiere decir que varios tipos de normas son tanto el producto de la creación del derecho como de su aplicación: ellas existen como algo creado, algo nuevo; por ejemplo, una nueva norma sobre el límite de velocidad; pero también como el producto de la aplicación de una norma que ya existe, esto es, una norma que faculta a una autoridad para crear normas que regulan el límite de velocidad.

Las diferentes clases de normas obtendrán su validez de diferentes tipos de normas. Algunas decisiones judiciales son válidas porque aplican normas de la Constitución, así como normas de derecho penal, tal como sucede con una sentencia que declara culpable a alguien de un crimen prescrito en una norma. Otras decisiones judiciales son válidas por otras condiciones; por ejemplo, porque aplican sólo normas de la Constitución, como la decisión de una corte constitucional que declara una ley inconstitucional o debido a que aplican normas prescritas en la Constitución, en una ley o en un decreto. Resumiendo, este punto, para explicar por qué una norma individual es válida no resulta adecuado afirmar que ésta obtiene su validez de todo otro tipo de normas generales contenidas en un orden jurídico. Algunas normas individuales son el producto de la aplicación de una combinación de normas de la Constitución, de una ley y de un decreto, por ejemplo, pero esto no es siempre necesario.

Un segundo problema con la representación de la construcción escalonada como triángulo concierne al proceso de creación del derecho a través de su aplicación. Cada vez que una norma es creada a través de la aplicación de otra se produce una restricción súbita del margen de maniobra que puede encontrarse en un ordenamiento jurídico, que se encuentra disponible gracias a éste. Dicho proceso de creación del derecho por medio de su aplicación entraña este tipo de cambio abrupto, algo que no puede ser visto

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 234.

<sup>8</sup> *Idem*.

en la imagen del triángulo por medio del cual el cambio de un tipo de norma a la siguiente es indicado por un cambio constante.

Volver al ejemplo planteado en líneas superiores sobre una ley acerca de los límites de velocidad permitirá observar el siguiente aspecto de este proceso. Una autoridad está facultada por la Constitución para crear normas generales sobre el límite de velocidad, y esta autoridad crea una norma, de acuerdo con la cual en cierto tipo de camino el límite de velocidad es de cien kilómetros por hora. Al crear la norma que prescribe el límite de velocidad de cien kilómetros por hora, esta autoridad aplica una norma constitucional que la faculta para crear una norma sobre el límite de velocidad, una norma constitucional que no indica cuál debería ser el límite de velocidad, pero que ordena solamente que dicho límite debería ser establecido. En esta situación, la Constitución confiere cierto margen de maniobra, de tal forma que, dentro de ciertos límites, la autoridad puede crear libremente normas sobre el límite de velocidad. Cuando esto se hace, cuando una velocidad específica es establecida como límite de velocidad, una nueva norma es introducida en el ordenamiento jurídico, y, al mismo tiempo, el rango de posibilidades normativas es reducido. Existe un límite de velocidad, y el límite es cien kilómetros por hora. De esta manera, prácticamente no existe margen de maniobra; por lo tanto, una autoridad que aplique esta norma sobre el límite de velocidad tiene que permitir a los conductores manejar a la velocidad de 95 kilómetros por hora.

Un tercer problema con la representación usual de la construcción escalonada está relacionado con el hecho de que cada peldaño está casi siempre ocupado por un solo tipo de norma, y la posibilidad de que un peldaño sea ocupado por más de un tipo de norma usualmente no se menciona. Esto es problemático, puesto que, de acuerdo con la teoría de Merkl, un peldaño de la construcción escalonada podría ser ocupado por más de un solo tipo de norma. Con el propósito de clarificar esta noción, debe realizarse una explicación más precisa sobre la teoría de la construcción escalonada de Merkl.

De acuerdo con Merkl, el orden jurídico exhibe la forma de una construcción escalonada porque en ella existen relaciones sobre el tipo de normas contenidas en este orden jurídico, y un aspecto de estas relaciones es el hecho de que este tipo de normas existen gracias a las disposiciones establecidas en otro tipo de normas. Una de las razones para colocar un tipo diferente de normas en diversos peldaños es el hecho de que las normas de un peldaño necesitan las normas del otro para existir. Una norma sobre el límite de velocidad incluida en una ley posee una existencia válida porque

una norma constitucional faculta a la autoridad que creó esta norma para crear este tipo de ley. Por lo tanto, la norma sobre el límite de velocidad deriva su validez de una norma constitucional y su existencia, como una norma válida, depende de la existencia de una norma constitucional válida (al igual que el segundo piso de un edificio es construido sobre el techo del primero).

Una forma de clasificar los diferentes tipos de normas —precisa Merkl— es usando las relaciones de condicionalidad (entendiendo como tal, las condiciones de una norma para ser válida) como un criterio de jerarquía. Una ley sobre el límite de velocidad es jerárquicamente inferior a una norma constitucional, porque las leyes generales reciben su validez de normas constitucionales; por lo tanto, una ley solamente puede tener una existencia válida si una norma constitucional establece que este tipo de norma, con estas características, puede ser válidamente creada. Otra consecuencia de adoptar este criterio jerárquico es que si dos tipos de normas derivan su validez de un mismo tipo de norma diferente, entonces estos dos tipos de normas no deberían pertenecer a diferentes peldaños de la construcción jerárquica. Por ejemplo, si dos tipos de leyes (como sucede con las leyes ordinarias y complementarias en el orden jurídico brasileño) obtienen su validez de normas constitucionales, existen debido a la aplicación de normas constitucionales; por lo tanto, ambos tipos de normas son jerárquicamente iguales cuando “el orden jerárquico basado en la relación de condicionalidad”<sup>9</sup> es adoptado como un criterio para juzgar.

Consecuentemente, si dos o más tipos de normas son válidamente creadas debido a la aplicación del mismo tipo de norma, entonces ellas deberían ser colocadas en el mismo peldaño de la construcción escalonada de acuerdo con “el orden jerárquico basado en la relación de condicionalidad” requeridas para crear válidamente una norma.

Un cuarto problema con la representación usual de la construcción escalonada comprende otra propiedad de la teoría de Merkl, y es el hecho de que, en su opinión, la descripción de las relaciones jerárquicas entre las normas podría requerir más de una construcción escalonada. Éste es un aspecto de los ordenamientos jurídicos que podría ser anticipado por el hecho de que un orden jerárquico de normas podría crearse al tomar como modelo la condición de un tipo de norma que es creada por la aplicación de otro tipo de norma. Dicho lo anterior, cabría preguntarse si ¿existen otros patrones que pueden ser empleados para clasificar el tipo de normas, más

<sup>9</sup> Merkl, Adolf Julius, “Prolegomena...”, *cit.*, p. 471.

allá de la validez de un tipo de norma? Merkl reflexionó sobre esta situación y la subrayó al mencionar lo siguiente:

...no siempre la jerarquía fundada en la relación de condicionalidad (el poder de crear válidamente una norma) tiene que corresponder a la misma jerarquía construida de acuerdo con el principio de mando del poder jurídico (el poder de derogar normas). Un acto condicionante y, por lo tanto, en cierto sentido superordinado con relación al acto condicionado, puede ser al mismo tiempo, en otro sentido, subordinado al acto condicionado, cuando este [el último acto] posee un poder derogatorio hacia aquél (el primer acto), mientras que el acto condicionante puede no tener el mismo poder derogatorio con respecto al acto condicionado.<sup>10</sup>

Consecuentemente, en aquellos casos en los que un orden jurídico específico califica el mismo tipo de normas con diferentes (jerárquicamente consideradas) facultades respecto de unas hacia las otras, justo como refiere Merkl, una representación pictórica adecuada de las relaciones del tipo de normas no tendría lugar a través de una sola figura, una única construcción escalonada. Representar el orden jurídico con solo una imagen de una construcción escalonada, sin tomar en cuenta la posibilidad de necesitar más de una sola construcción, podría conducir a una comprensión falsa de la realidad del asunto respecto a un orden jurídico concreto.

Finalmente, un quinto problema con la representación usual de la construcción escalonada implica la inclusión de la norma fundamental (*Grundnorm*) en el último peldaño de la construcción. La noción de jerarquía de las normas entraña la idea de que las normas jurídicas poseen una doble faz, tal como se indicó en líneas superiores, razón por la cual una norma será aplicada y, a través de esta aplicación, otra norma será creada. Ahora bien, la norma fundamental no es una norma que es aplicada con el objetivo de crear una norma constitucional, como la representación usual sugiere, puesto que la función de la norma fundamental (que no es, de cualquier forma, un elemento en la teoría de Merkl sobre la construcción escalonada) es fundamentar la validez de las normas de la Constitución. De acuerdo con la teoría de Kelsen, la norma fundamental es el fundamento final del orden jurídico, y es la razón de la afirmación de que (algunas) supuestas normas constitucionales son normas válidas porque estas supuestas normas son eficaces. Por lo tanto, la norma fundamental fundamenta la validez de las normas en la eficacia (*Wirksamkeit*) de estas supuestas nor-

---

<sup>10</sup> *Idem*.

mas.<sup>11</sup> La norma fundamental no es aplicada a fin de crear normas, sino solamente para justificar la afirmación de que cierta norma es válida, y es por esta razón que la inclusión de la norma fundamental en la descripción e ilustración de la construcción escalonada de las normas tiene que ser considerada, como mínimo, problemática. Si la imagen de la construcción escalonada intenta indicar cuáles normas son aplicadas para crear o derogar otras normas, entonces esta imagen carece de razón para incluir a la norma fundamental en alguno de sus peldaños, puesto que esta norma no es aplicada para crear o derogar normas, sino para verificar si una norma es válida o no.

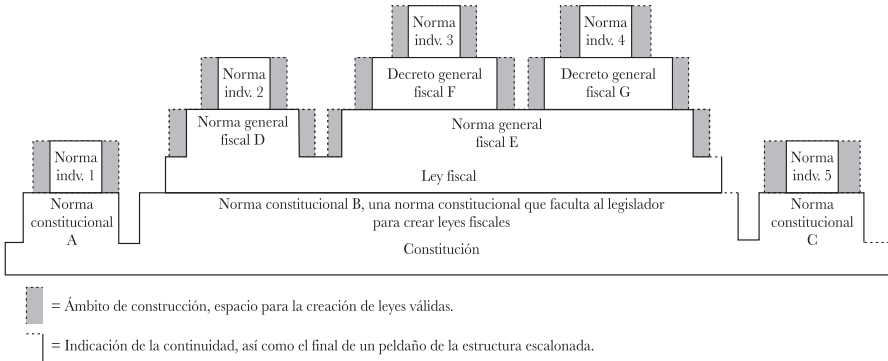
### III. REPRESENTACIÓN PICTÓRICA DE LA CONSTRUCCIÓN ESCALONADA DE ACUERDO CON LAS RELACIONES DE CONDICIONALIDAD

Tras considerar algunas propiedades de la teoría de Merkl sobre las relaciones jerárquicas de cierto tipo de normas, es apropiado indicar cómo sería posible representar pictóricamente su teoría sobre la construcción escalonada de acuerdo con las relaciones de condicionalidad, esto es, los vínculos jerárquicos entre las normas según las condiciones requeridas para crear válidamente una norma. Lo anterior puede ser realizado con la figura que aparece a continuación, acompañada de alguna explicación sobre las razones para la configuración que se emplea.

---

<sup>11</sup> Sobre esto, Kelsen escribe: “El fundamento de la validez, esta es la respuesta a la interrogante sobre el por qué las normas de este ordenamiento jurídico deben ser obedecidas y aplicadas, se trata de la presupuesta norma fundamental, de acuerdo con la cual alguien debe respetar la constitución que fue, de hecho, efectivamente promulgada y es en gran medida efectiva, y por la que las normas fueron también establecidas y son ampliamente eficaces. La promulgación y la eficacia se convirtieron en condiciones de la validez de la norma fundamental”. Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, 2a. ed., Tubinga, Mohr Siebeck, 1960, pp. 383 y 384.

FIGURA 2



FUENTE: elaboración propia.

Las normas individuales de la figura 2 tienen que ser comprendidas de la manera siguiente:

- Norma individual 1: una decisión de la corte constitucional que declara nula la ley C porque es inconstitucional, ya que fue creada en violación de la norma constitucional A.
- Norma individual 2: una decisión de la autoridad fiscal basada en la norma general fiscal D, así como en la información sobre los ingresos de una persona y que declara que esta persona debería pagar cierta cantidad de impuestos.
- Norma individual 3: una decisión de la autoridad de la administración tributaria, basada en la norma general fiscal E (una norma creada a través de la aplicación de una norma constitucional B), que regula los aspectos principales relativos a la tributación de determinados productos y basada en una norma del decreto fiscal F, de acuerdo con el cual un determinado producto P será gravado con cierto tipo de impuesto, declarando que por el hecho de vender el producto P debe seguirse una imposición por el importe de X, y que alguien debe pagar esta cantidad.
- Norma individual 4: una decisión de la autoridad de la administración tributaria, basada en la norma general fiscal E, una norma que regula los principales aspectos relativos a la tributación de ciertos productos y basada en una norma del decreto fiscal G, de acuerdo con el cual un determinado producto Q será gravado con cierto tipo de impuesto, declarando que por el hecho de vender el pro-

ducto Q debe seguirse una imposición por el importe de Y, y que alguien debe pagar esta cantidad.

- Norma individual 5 y normas similares: decisiones que facultan a ciertos individuos para ser jueces de la corte constitucional. Estas decisiones, estas normas individuales son creadas al aplicar la norma constitucional C, que regula cómo y entre quiénes pueden ser seleccionados los jueces de la corte constitucional.

Se tienen que hacer tres observaciones generales sobre esta figura. Antes que nada, es más preciso hablar de construcciones escalonadas de acuerdo con las relaciones de condicionalidad que emplear simplemente el término de “construcción”. Tanto las normas individuales como las normas generales se basarán en la Constitución, razón por la cual comparten este primer paso, pero las normas individuales y generales no compartirán o serán frecuentemente parte de la misma pirámide. En este contexto, la expresión de Kelsen *pirámide normativa* (*Normpyramide*) puede ser usada para subrayar el hecho de que cada norma individual estará en la cúspide de una pirámide (esto es, la norma individual 3 se encuentra en lo más alto de una pirámide compuesta por un decreto, una ley y una norma constitucional).

Segundo, las diferentes alturas de las construcciones escalonadas no tienen ninguna relevancia en lo que respecta a la facultad de crear normas válidas ni al poder de derogarlas. Una norma individual estará en la cúspide de una *pirámide normativa* (*Normpyramide*) más alta que otra norma sólo porque la primera será el producto de la aplicación del derecho de un mayor número de cierto tipo de normas que otra.

Tercero, la indicación de la continuidad del ámbito de construcción de las normas no debería entenderse como ilimitado. El ámbito de construcción de las construcciones escalonadas siempre es finito, puesto que la Constitución establece en qué sentidos y en qué condiciones la creación del derecho puede tener lugar. Por otra parte, esta naturaleza finita no quiere decir que la propia Constitución no cambie, o que no pueda establecer diferentes vías o condiciones para crear derecho.

El propósito principal de la figura presentada arriba es subrayar que una norma válida obtiene su validez de otra norma, y que esta situación puede ser figurativamente descrita como una norma que fue creada (creación del derecho) en un ámbito de construcción provisto por otra norma que también fue creada de la misma forma, por la aplicación del derecho, al emplear una parte del ámbito de construcción proveído por otra norma. La imagen de un ámbito de construcción, justo como la imagen de una pi-

rámide (ambos bajo el presupuesto de que la construcción de un peldaño que es más amplio que el anterior no está “permitido”), trata de indicar que el proceso de creación del derecho debe respetar los límites establecidos. Es por ello por lo que Merkl denomina al proceso de creación del derecho “la *autocreación* (paso a paso) *del derecho*”<sup>12</sup> (“*der [stufenweisen] Selbsterzeugung des Rechts*”). Una norma será efectivamente creada, y será una norma válida, porque puede ser vista como una situación a través de la cual el derecho se crea a sí mismo, una situación por la cual un derecho es creado (una nueva norma es creada) por medio de la aplicación del derecho (a través de la aplicación de una norma existente).

Es necesario también hacer referencia a dos limitaciones de la representación pictórica de la construcción escalonada respecto a la creación de normas constitucionales. Antes que nada, en una Constitución que no incluye una cláusula pétrea sobre cómo modificar la Constitución, los cambios a ella, y la inclusión o exclusión de normas constitucionales no pueden ser representados por medio de una imagen. Una Constitución con limitantes sobre su modificación podría ser indicada por un primer peldaño con una anchura limitada, limitada por la cláusula pétrea. Una Constitución que no tuviera estas limitantes, por otra parte, podría cambiar hacia cualquier dirección; por lo tanto, el ámbito de construcción tendría que ser representado como (teóricamente) infinito. Una segunda limitación corresponde al hecho de que el uso de normas constitucionales para crear reformas constitucionales no resulta en la creación de un siguiente peldaño en la construcción jurídica, como sucede cuando las normas de la Constitución son empleadas para crear leyes, o las leyes son usadas para crear decretos. La creación de una norma constitucional a través de una reforma constitucional se traduce en un cambio al nivel de las normas constitucionales, no al nivel que se encuentra directamente por encima de las normas constitucionales.

#### IV. REPRESENTACIÓN PICTÓRICA DE LA CONSTRUCCIÓN ESCALONADA DE ACUERDO CON “EL PODER DEROGATORIO”

Si la autoría de la construcción escalonada de Merkl es reconocida raramente en el contexto de la discusión sobre la jerarquía de las normas, su teoría sobre la relación jerárquica de las normas con relación a su poder de derogación es prácticamente desconocida. Por tal motivo, antes de indicar cómo

---

<sup>12</sup> Merkl, Adolf Julius, “Prolegomena...”, *cit.*, p. 475.

los diferentes poderes derogatorios de las normas podrían ser representados pictóricamente, es apropiado destacar las ideas principales que soportan su teoría. En este contexto, un punto de partida adecuado es proporcionado por la observación siguiente:

La discusión sobre la relación de ambos órdenes (*Ordnungen*) requiere una vez más la indicación sobre la posible divergencia: es posible —y esto es demostrado una y otra vez en los ordenamientos jurídicos positivos— que una parte del derecho, que en la construcción escalonada de acuerdo con la condicionalidad jurídica esté superordinada, en la construcción escalonada conforme al poder derogatorio esté coordinada o subordinada. Esto destaca de la manera más clara la evidencia de que de acuerdo con ciertos ordenamientos jurídicos positivos, una regla sobre la creación del derecho puede ser derogada por una regla creada acorde con él. La regla —y desde esta perspectiva la más elevada— *condicionante* de la creación, por lo tanto, *no está superordinada* conforme a la construcción escalonada de acuerdo con el poder derogatorio. Que la prescripción a ser creada tenga que *corresponder* con la regla de creación, no quiere decir de ninguna forma, que esta (primera prescripción) no pueda *cancelar* (*aufheben*) la (regla de creación).<sup>13</sup>

La idea básica frente a la afirmación sobre la existencia de diferentes relaciones jerárquicas entre los mismos tipos de normas proviene del reconocimiento de que una jerarquía es siempre el producto del uso de cierto tipo de estándar de acuerdo con el cual los elementos analizados son considerados. Puesto que un ordenamiento jurídico contiene más de un tipo de norma, es posible analizar las relaciones jerárquicas de aquellas normas. Pero, ¿con qué propósito y de acuerdo con cuál estándar? Uno de estos criterios fue indicado en líneas superiores. Las normas pueden ser clasificadas al tomar en consideración las relaciones de condicionalidad como medida de clasificación (para su orden jerárquico). Si una norma de cierto tipo depende de una norma de otro tipo para ser creada válidamente (por ejemplo, si una ley depende de una norma constitucional para ser creada válidamente), entonces la primera norma es inferior jerárquicamente a la otra norma.

Sin embargo, ¿las relaciones que toman en consideración las condiciones para crear válidamente una norma son las únicas relaciones relevantes sobre las normas que existen? No, tal como se ha destacado, las normas se relacionan entre ellas de otras maneras. Aquí el estándar principal será indicado. Bajo ciertas circunstancias, una norma se relaciona con otra porque

<sup>13</sup> Walter, Robert, *Der Aufbau der Rechtsordnung*, 2a. ed. (sin cambios), Viena-Manz, 1974, pp. 65 y 66.

la primera norma tiene como propósito derogar la segunda norma. Siempre que se cumplan algunas condiciones, una norma puede crear otra norma, y siempre que se cumplan otras condiciones, una norma puede derogar otra norma. Estas relaciones jerárquicas de derogabilidad que tienen las normas de un tipo con las de otro tipo pueden representarse, por ejemplo, con las dos figuras siguientes:

FIGURA 3

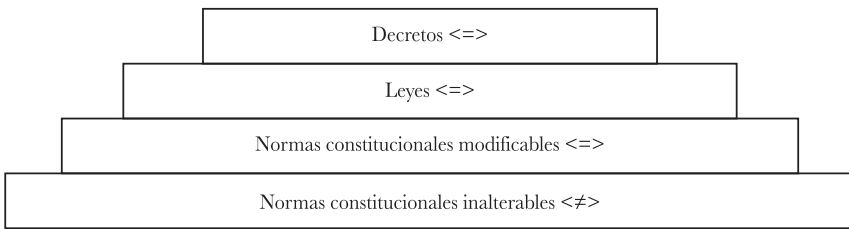
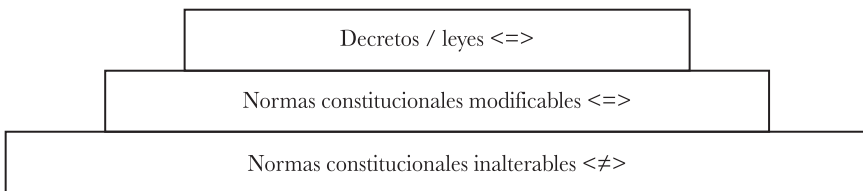


FIGURA 4



FUENTE: elaboración propia.

Las figuras 3 y 4 consisten en dos posibles representaciones del poder derogatorio de diferentes tipos de normas. A diferencia de lo que ocurre con la representación pictórica de la construcción escalonada de acuerdo con las relaciones de condicionalidad, en la representación de las relaciones jerárquicas entre las normas de acuerdo con su poder derogatorio es posible (bajo ciertas circunstancias) representar estas relaciones con sólo una construcción escalonada. Esto es posible, pero no necesario, puesto que un orden jurídico puede contener tanto el tipo de normas que siempre poseen las mismas relaciones jerárquicas frente a su poder derogatorio como el mismo tipo de normas con diferentes poderes derogatorios, de modo que algunas normas de determinada clase, debido a la materia que regulan u otro criterio, serán jerárquicamente superiores a las normas de otra clase, pero

algunas otras normas de esta primera clase serán jerárquicamente iguales a estas últimas normas.

Justo como ocurre con la representación pictórica de la construcción escalonada de acuerdo con las relaciones de condicionalidad, la representación pictórica de la construcción escalonada conforme al poder derogatorio también involucra cambios repentinos en la anchura entre los diferentes peldaños. Esto es significativo, puesto que una de las diferencias entre los tipos de normas es que algunas poseen un poder derogatorio más amplio que otras.

En las figuras 3 y 4, las normas constitucionales inalterables (si estas existen en una Constitución establecida) se encuentran en el peldaño más amplio, por dos motivos. En primer lugar, estas normas poseen la cualidad de no ser derogables por otras normas. En segundo lugar, estas normas pertenecen a este peldaño porque son las normas más poderosas desde el punto de vista de su poder derogatorio. Si sucede que una nueva norma constitucional inalterable es introducida y esta norma se encuentra en conflicto con otro tipo de norma, esta nueva norma constitucional deroga a la otra.

Los símbolos  $\neq$  y  $\Leftrightarrow$  indican otro aspecto de las relaciones derogatorias que las normas pueden tener entre sí. Normalmente las normas de una clase, por ejemplo, pueden derogar otras leyes. Ellas poseen este poder derogatorio, que es indicada con el símbolo  $\Leftrightarrow$ . La excepción a esta situación general comprende a las normas constitucionales inalterables. Puesto que estas normas son inalterables, ninguna norma constitucional inmutable posee el poder de derogar otras normas de este tipo, tal como se indica con el símbolo  $\neq$ .

Hablando en términos generales, las figuras 3 y 4 intentan representar dos configuraciones posibles de un orden jurídico frente al poder derogatorio de las normas. Tal como la comparación de las dos figuras deja claro, los diferentes órdenes jurídico podrían tener jerarquías concretas diferentes entre sus clases de normas, cuando su poder derogatorio es tomado como un estándar para el orden jerárquico. Ésta es la razón por la cual no siempre es correcto incluir un tipo de norma en cada peldaño de la construcción escalonada de acuerdo con el poder derogatorio de las normas.

## V. DOS OBSERVACIONES SOBRE LA NECESIDAD DE VARIAS REPRESENTACIONES PICTÓRICAS

Dos interrogantes respecto a la representación pictórica del orden jurídico tienen que ser todavía discutidas; la primera, relacionada con el porqué al fi-

nal son necesarias dos construcciones escalonadas, y la segunda, respecto a las razones de la eventual necesidad de más de dos construcciones escalonadas.

Respecto a la primera de las preguntas, es importante subrayar que, como se indicó previamente, la construcción escalonada, de acuerdo con las relaciones de condicionalidad, desarrolla necesariamente numerosas ramas desde su primer peldaño, mientras que la construcción escalonada, de acuerdo con el poder derogatorio, puede ser representada por medio de una sola construcción escalonada. Esta diferencia refleja el hecho de que todas las normas de una clase (excepto cuando es establecida por el orden jurídico) poseen las mismas relaciones jerárquicas frente a su poder derogatorio que las normas de otra clase, mientras que dos normas de la misma clase, dos normas individuales, por ejemplo, podrían existir válidamente a través de la aplicación jurídica de normas de diferente tipo, tal como se indica por las normas individuales 1 y 3 de la figura 2. Ésta es la razón por la cual el intento de resumir las relaciones entre los tipos de normas por medio de una sola construcción escalonada tiene que ser visto como insuficiente o erróneo.

La segunda interrogante implica la discusión de cuántas relaciones jerárquicas podrían tener entre sí las normas de un orden jurídico. Este es un tema que recibió la atención de Merkl, tal y como se puede observar en el pasaje siguiente:

El rango sistemático de las formas individuales de la proposición jurídica [es decir, los tipos de normas jurídicas] en la construcción escalonada jurídica cambia en función de los varios principios jurídicos positivistas imaginables de clasificación alcanzables, de tal manera que una determinada forma de la proposición jurídica [un cierto tipo de norma] de acuerdo con el poder derogatorio [el poder de derogar normas] puede hallarse en otro peldaño de acuerdo con el principio de clasificación del grado de condicionalidad jurídica (la facultad de crear normas válidas). Por lo tanto, incluso en un solo ordenamiento jurídico pueden surgir muchas sucesiones de peldaños con secuencias diferentes de escalones.<sup>14</sup>

Merkl observó que en un solo ordenamiento jurídico se pueden encontrar “muchos principios jurídicos positivos imaginables de clasificación” y “varias sucesiones jurídicas de peldaños”, puesto que las condiciones para la creación válida de un cierto tipo de norma y el poder derogatorio de cierta clase de normas son dos “principios jurídicos positivos de clasificación”.

---

<sup>14</sup> Merkl, Adolf Julius, “Prolegomena einer Theorie...”, *cit.*, pp. 479 y 480.

Son dos criterios según los cuales se pueden clasificar los distintos tipos de normas, pero no son los únicos posibles. Una consecuencia de esto es que la presentación de todas las relaciones jerárquicas de los tipos de normas podría requerir más de dos construcciones escalonadas.

Un ejemplo de un tercer principio de clasificación (y, consecuentemente, de la necesidad de una tercera construcción escalonada) puede hallarse al considerar el poder suspensivo de las normas. En algunos ordenamientos jurídicos, las normas no sólo poseen el poder de derogar otras normas, sino también de suspenderlas. La suspensión, en este contexto, existe como una vía para excluir una norma de un ordenamiento jurídico. Esto consiste en un camino para declarar que esta norma no es válida, pero no de una manera definitiva e inalterable, como sucede con la derogación de una norma. Una norma suspendida es una norma que, por un cierto tiempo, deberá ser tratada como si no hubiera existido; sin embargo, es posible para esta norma ser parte del conjunto de normas válidas de un ordenamiento jurídico una vez más.

Es posible describir el poder suspensivo de las diferentes clases de normas de los ordenamientos jurídicos en los que la suspensión es incluida como un efecto posible de una norma. Esto puede realizarse de la misma manera en que el poder derogatorio de las diferentes clases de normas es descrito; esta jerarquización podría ser relevante puesto que los tipos de normas podrían no tener necesariamente el mismo poder suspensivo en comparación con su poder derogatorio.

El poder suspensivo de una norma podría existir como una consecuencia de una estipulación concreta de la Constitución, tal como sucede en la Constitución brasileña (el artículo 24, § 4o., prescribe que “[l]a sobrevivencia de una ley federal sobre aspectos generales suspende la eficacia de la ley estatal, en lo que fuese contraria”),<sup>15</sup> o como una consecuencia de la creación de una norma de cierto tipo que se encuentra en conflicto con una norma de otro tipo, en una situación en la cual el ordenamiento jurídico no permite la creación de la primera norma con dichas característica, tal y como expone Robert Walter en el siguiente texto:

Los efectos de cierto poder derogatorio —aunque sea solo limitada— afectan a los reglamentos con cierta forma jurídica cuando, de acuerdo con lo prescrito por una ley positiva, estos pueden impactar en la validez de un reglamento, aunque no pueden derogarlo por completo, puesto que de acuerdo con este poder derogatorio son defectuosos y deben ser excluidos cuando,

---

<sup>15</sup> *Idem.*

por medio de su exclusión, la estipulación que estaba limitada en su validez adquiere una vez más una fuerza jurídica ilimitada. Aquí se puede indicar como ejemplo que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico austriaco, los reglamentos con forma de decretos pueden hacer retroceder un reglamento con la forma de una ley, pero no pueden anularlo completamente. Lo mismo aplica para la relación entre las leyes y la ley constitucional.<sup>16</sup>

Independientemente de la razón por la cual cierta clase de normas jurídicas poseen un poder suspensivo, el punto central del tema es que el poder suspensivo que el ordenamiento jurídico atribuye a esta clase de normas podría no corresponder con el tipo de poder derogatorio que es atribuido a la misma clase de normas. Es por esta posibilidad que puede ser necesario representar las relaciones jerárquicas de las normas según su poder suspensivo con una construcción escalonada que sea diferente de la que representa las relaciones jerárquicas de las normas según su poder derogatorio. Si en un ordenamiento jurídico, por ejemplo, las leyes pueden derogar a los decretos, mientras que los decretos no pueden derogar a las leyes, pero ambos pueden suspenderse entre sí, entonces se necesita concretamente una tercera construcción escalonada para indicar que estas dos clases de normas poseen diferentes relaciones jerárquicas, y que esta diferencia se debe a la diferencia entre su poder derogatorio y suspensivo. En tal caso, las leyes y decretos ocuparían diferentes peldaños en la construcción escalonada de acuerdo con su poder derogatorio y el mismo escaño en la construcción escalonada según su poder suspensivo.

## VI. CONCLUSIÓN

Las principales conclusiones sobre la representación pictórica de las relaciones jerárquicas entre las normas son que esta representación debe tener como punto de partida, al igual que cualquier otra clasificación jerárquica, la adopción de un criterio de jerarquización, al igual que la representación pictórica de estas relaciones jerárquicas requerirá una pluralidad de construcciones escalonadas. Demandará, cuando menos, dos de estas construcciones, y quizá todavía más, porque las propias normas pueden ser vistas desde diferentes perspectivas al tomar en consideración diferentes aspectos.

La creación de una norma puede considerarse, poseer las condiciones necesarias para crear válidamente una norma de cierto tipo, como un estándar.

---

<sup>16</sup> Walter, Robert, *Der Aufbau der...*, cit., p. 58.

dar para su observación, pero la misma norma puede ser analizada también para saber cuál es su poder derogatorio. La jerarquización exige un criterio, una medida para clasificar los objetos analizados. Esta verdad general también es aplicable a las normas jurídicas, como subrayó Merkl. Si un ordenamiento jurídico posee diferentes estándares, y si la misma norma desempeña diferentes funciones, si puede, por ejemplo, justificar la creación válida de otra norma o la derogación de ésta, entonces es necesario describir este aspecto de esta norma. La necesidad de una pluralidad de imágenes para representar las relaciones jerárquicas entre las normas es una consecuencia del hecho de que los mismos tipos de normas desempeñan una pluralidad de funciones. Entre otros problemas, la representación usual de la teoría de la construcción escalonada (la representación indicada en la figura 1) tiene que ser criticada, porque no ilustra esta pluralidad de funciones que una norma jurídica desempeña, al igual que no indica que esta pluralidad de funciones refleja el tipo de relaciones que las normas pueden tener entre sí.