

PROLEGÓMENOS A UNA TEORÍA DE LA ESTRUCTURA JURÍDICA ESCALONADA DEL ORDENAMIENTO (I)

Adolf Merkl

Traducido del alemán por Juan L. Fuentes Osorio y Miguel Azpitarte Sánchez*

SUMARIO

- 1.- *Contenido jurídico y forma jurídica.*
- 2.- *Las diferencias estructurales del derecho.*
- 3.- *La clasificación de las formas jurídicas.*
- 4.- *La cualidad de proposición jurídica de los actos supra e infralegislativos.*

1. CONTENIDO JURÍDICO Y FORMA JURÍDICA

El ordenamiento jurídico es una suma de proposiciones jurídicas conexas. Un análisis estructural del ordenamiento jurídico no sólo reconoce en las proposiciones jurídicas un número casi inagotable de contenidos jurídicos, asimismo identifica un número (si bien mucho más limitado) de formas jurídicas, o mejor dicho de formas de proposición jurídica**. Ahora bien, la

* La traducción se basa en la versión alemana recogida en A. VERDROß (coord.), *Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur reinen Rechtslehre*, Verlag Sauer&Auermann, Frankfurt/Main, 1967, pp. 252-294. Dada la extensión del trabajo, en este número se publica la primera parte. En el número tres verá la luz la segunda parte.

** Aunque ésta sea la traducción más exacta del término "Rechtsatzform" el mismo también es traducido como "forma o familia jurídica". Si bien en este párrafo se ha mantenido una diferenciación entre *forma jurídica* y *forma de proposición jurídica* con el objetivo de respetar la oposición que realiza el autor a partir de este momento y para facilitar la lectura del texto se va a traducir "Rechtssatzform" como *forma jurídica*.

cuestión no sólo es que cada proposición jurídica concreta tenga un contenido distinto al de otra, sino que también un grupo de proposiciones jurídicas tiene una forma que difiere de la de otro grupo: esta diferencia es precisamente el criterio de agrupación en un sentido formal.

La diferenciación de contenido de las proposiciones jurídicas tiene su origen en la esencia misma de un ordenamiento jurídico. Así, apenas es hipotéticamente imaginable, y ni mucho menos parece realizable, el caso extremo de un ordenamiento jurídico que se agote en una sola proposición jurídica. Ello se debe a que el ordenamiento jurídico más simple en su contenido, aquel que se expresa en la proposición jurídica *regis voluntas suprema lex*, no llega a agotarse en esta proposición jurídica tan pobre en contenido, sino que esta proposición jurídica –que es la forma típica del Estado absoluto– origina un elevado número de proposiciones jurídicas distintas a ésta, las cuales, a su vez, obligan a los vasallos a realizar un comportamiento cuyo contenido ha sido determinado al detalle por el soberano. Sustancialmente, estas normas concretas de comportamiento no son proposiciones jurídicas distintas a la norma abstracta de comportamiento que les ha dado origen. De este modo, incluso en el caso referido de ese orden jurídico estructuralmente más primitivo se observa ya la diferencia conceptual entre ordenamiento jurídico y proposición jurídica y la necesaria existencia de una pluralidad de normas jurídicas en las que apoyar la construcción de un ordenamiento jurídico.

Mientras que la diferenciación de contenido (abundante y variado) de las normas jurídicas tiene su origen en la esencia del Derecho como una suma de proposiciones jurídicas, la diferenciación formal del ordenamiento jurídico en una pluralidad de formas jurídicas ha resultado ser simplemente histórica y por ese motivo no ha sido sustancial sino accidental al Derecho. No obstante, la constatación de esta circunstancia por la teoría jurídica del derecho no debe ser malinterpretada en el sentido de que implique un juicio de política del derecho sobre una presunta superfluidad del pluralismo de formas. De hecho, es viable imaginar un ordenamiento jurídico que sea variado en su contenido pero que se contente con una única forma jurídica, y ello porque la unidad de la forma y la infinitud de contenido no se excluyen mutuamente. Como se sabe, hay órdenes normativos que alcanzan la más sutil diferenciación del contenido con una única forma del deber. Ello vale para todos aquellos órdenes normativos, que se limitan a la regulación del comportamiento humano pero que no permiten la aplicación de sus normas en caso de incumplimiento, de modo que se limitan simplemente a exigir la observancia de sus normas por los sometidos a ellas. Moral y costumbre son órdenes normativos de una única forma. La pluralidad o la multiplicidad

de formas del ordenamiento jurídico, por ejemplo, la diferenciación entre derecho consuetudinario y derecho positivo, la subsiguiente diferenciación del derecho positivo en derecho legislado y jurisprudencial, etc., no se aclara en modo alguno por la abundancia de contenido del Derecho. Así, el ordenamiento moral muestra con frecuencia diferencias de contenido entre sus proposiciones más sutiles que las que existen entre las proposiciones jurídicas. No obstante, la acumulación y perfeccionamiento del contenido jurídico trae consigo una diferenciación de las formas jurídicas o, por lo menos, lo origina junto a otras causas, pues la organización del contenido jurídico presupone un procedimiento fraccionado de producción del derecho que, por su parte, se expresa en una diferenciación de las formas jurídicas. Así, la principal responsable (de la diferenciación de las formas jurídicas va a ser la complicación de la producción del derecho que tiene lugar a través del concurso de diversos órganos, por ejemplo de diversos factores del procedimiento normativo en la formación de la voluntad estatal, lo cual, en todo caso, varía según las diversas formas de estado y gobierno. Por consiguiente, cuanto más complicada sea la formación de la voluntad estatal, más variadas serán las formas jurídicas utilizadas en la producción del derecho. La causa principal del mayor o menor volumen de variedad de las formas jurídicas se encuentra, en suma, en la peculiaridad del ordenamiento jurídico como un orden organizado, en su acompañamiento de un ordenamiento de órgano, que vamos a llamar Estado. En ese sentido el Estado realmente no es idéntico al Derecho, pero está condicionado por la totalidad de éste.

Por supuesto, la pluralidad e incluso la multiplicidad de formas que el ordenamiento jurídico presenta no alcanza con mucho la variedad de contenido. Ello se debe a que la economía de las formas determina que a cada forma jurídica concreta le corresponda los más variados contenidos.

La forma es finita, el contenido infinito. Sería un malentendido considerar que a cada particular forma jurídica le tiene que ser atribuido un determinado contenido jurídico. Este reparto absoluto y neto del posible contenido jurídico entre las singulares formas jurídicas no se correspondería con la realidad jurídica. Cada forma jurídica singular suele estar abierta a cualquier contenido jurídico de manera que la diferencia entre las proposiciones jurídicas que tienen una forma distinta se limita a ser una diferencia de forma.

Diferencias de formas de la clase indicada no sólo se presentan cuando se comparan ordenes jurídicos distintos, por ejemplo el orden jurídico de la Roma republicana y de la Italia fascista, de la Rusia zarista y de la bolchevique, del Sacro Imperio Romano Germánico, de la Federación Alemana y Norteaalemana, y finalmente del Imperio alemán del Kaiser y el democrático-republicano. Estas diferencias de forma se encuentran en buena medida

también dentro del ordenamiento jurídico singular, tanto en la comparación de diversos periodos de tiempo entre sí, como en un determinado punto en el tiempo. Se podría pensar en el ya señalado dualismo entre derecho consuetudinario y derecho positivo, los cuales están vigentes al mismo tiempo “uno al lado del otro” en una relación que aquí no se puede determinar de forma más detallada. Se podría pensar en la validez simultánea de leyes y de sentencias judiciales creadas a partir de las leyes y los actos administrativos dictados “dentro de los límites de la ley” o “a causa de la ley”. Se podría todavía pensar en la diferenciación del procedimiento normativo a partir de la conocida ley constitucional y la ley ordinaria; en la concurrencia de leyes formales y los reglamentos como leyes materiales de la esfera ejecutiva; en la diferenciación de los reglamentos según variados puntos de vista; en la naturaleza complementaria de la sentencia con el acto administrativo y con el acto de ejecución forzosa. No obstante, la teoría tradicional de las fuentes del derecho ha simplificado este cuadro multicolor de formas jurídicas hasta el punto que sólo ha reconocido algunas de las formas jurídicas mencionadas mientras que ha sacado otras del ordenamiento jurídico ya sea como actos de ejecución jurídicamente relevantes, ya sea como puros actos materiales jurídicamente irrelevantes, en cualquier caso considerados como presunto No-Derecho. En todo caso, dentro de esta simplificación del cuadro jurídico, permanece junto al pluralismo en las fuentes del derecho, una pluralidad de formas jurídicas, de modo que el mismo hecho de su pluralidad y no su número concreto, ya sea mayor o menor, es lo esencial, en definitiva, es la razón que plantea el problema.

Por consiguiente, lo problemático de este pluralismo en las formas jurídicas que nos ha dado la experiencia, es la cuestión de su recíproca relación lógica. En un examen más detallado se observa cómo el problema, en un principio simplificado, se divide en un problema estático y dinámico. ¿Cómo concurren estas formas jurídicas unas junto a otras y cómo se originan las unas de las otras? En suma, a continuación voy a plantear la cuestión relativa a las diferencias estructurales del ordenamiento jurídico. Hallar una respuesta a esta pregunta obliga a intentar realizar un análisis de las estructuras del derecho.

2. LAS DIFERENCIAS ESTRUCTURALES DEL DERECHO

El planteamiento de la cuestión exige en primer lugar llegar a un acuerdo sobre el material que necesariamente es objeto de nuestro análisis estructural. Este material sólo es designado de una forma provisional e imprecisa con la palabra y concepto “Derecho”. Ahora bien, con ello se puede

hacer referencia tanto el conjunto de las proposiciones jurídicas que aparecen en cualquier periodo histórico, como a un tratamiento conceptual del Derecho. En lo que respecta al último significado señalado, se constata que el Derecho en sí no puede ser objeto de la investigación que aquí se pretende efectuar. Y ello porque, como ya se determinó con anterioridad, una diferenciación en varias formas jurídicas no es esencial al concepto de Derecho. Sólo encontramos el material que puede ser el objeto posible de nuestro análisis estructural en la casual realización histórica del Derecho. Sin embargo, que este material esté condicionado históricamente priva a la investigación tanto de plenitud como de validez. En verdad, el hecho de una abundancia inabarcable de formas jurídicas empíricas únicamente puede apreciarse a través de una visión global de este material. Pero esta constatación determina al mismo tiempo la renuncia a su plena utilización para un análisis estructural del Derecho, pues sólo se puede incluir en la investigación un fragmento, limitado según determinados puntos de vista, del conjunto del Derecho empíricamente obtenido. Un límite racional del material jurídico podría ser prescindir de todo el Derecho pasado, es decir, que no está vigente y, así, centrar la investigación en el Derecho presente, o sea, en vigor. Ahora bien, aunque esta limitación reduce de manera deseable un material que en principio era inabarcable, no tendría valor heurístico porque ese criterio separa un Derecho estructuralmente emparentado pero que casualmente no coincide en su tiempo de vigencia, o incluye en la investigación Derecho completamente diferente pero que casualmente tiene una vigencia simultánea. Otro criterio de diferenciación imaginable para alcanzar nuestro objetivo sería la concentración del análisis en el material jurídico de un determinado ámbito cultural (por ejemplo en el occidental) prescindiendo del tiempo de vigencia. No obstante, este enfoque desgajaría de la investigación un Derecho que está emparentado, mientras que incluiría Derechos opuestos. Sólo se tiene que pensar, por un lado, en el movimiento migratorio mundial del sistema democrático-parlamentario y la serie de formas jurídicas que le son propias, y, por otro lado, en el hecho de que Estados del ámbito cultural occidental, como sucede particularmente con Italia (Rusia no pertenece en ningún caso a este grupo), con el triunfo del sistema fascista, han tomado caminos particulares (por no decir erróneos) en lo que respecta a su estructura jurídica.

Como punto de vista heurísticamente más valioso para la limitación del material, posiblemente se presenta la pertenencia del material jurídico a determinadas formas de Estado, y ello porque la forma de Estado influye de modo fundamental en la forma jurídica en la medida en que determinadas formas jurídicas son atribuidas a determinadas formas de Estado. Así, se

sabe que la forma de ley es característica del Estado con instituciones parlamentarias, que la legislación de emergencia es un ataque contra el Estado constitucional por parte de un Estado absoluto que confunde en un plano organizativo legislación y administración, que el reglamento ejecutivo es característico del Estado de derecho constitucional en el que hay una supremacía de la legislación frente a la ejecución, etc. Por tanto, la presente investigación debería centrarse en las formas jurídicas que concurren en los llamados Estados de derecho, aquellos a los que pertenecen instituciones parlamentarias. Ahora bien, incluso en estos círculos jurídicos es conveniente una limitación del material jurídico. Y ello porque junto a las formas jurídicas que se pueden hallar a lo largo de la historia en los tipos de Estado señalado, que por eso se le pueden reconocer como sustanciales, también encontramos de vez en cuando formas jurídicas peculiares, las cuales o bien son identificativas y esenciales de una determinada clase del tipo de Estado en cuestión, o bien sólo son propias de un Estado aislado. La enumeración, basada en la experiencia, de las formas jurídicas que son propias de un Estado que está caracterizado por la existencia de un Parlamento puede comprender, de acuerdo con ese requisito, sólo un determinado conjunto de formas jurídicas. Este conjunto está limitado en un doble sentido: por un lado se excluyen las formas jurídicas que son incompatibles con las instituciones parlamentarias y que por eso sólo se pueden hallar fuera del grupo de Estados tomados como punto de partida. Por otro lado, también se excluyen aquellas formas jurídicas que sólo aparecen en una parte de los Estados pertenecientes a este grupo de Estados y que por ello no son esenciales para todos. La serie de formas jurídicas que se ha obtenido a partir de este punto de partida sólo sería arbitraria en cuanto que la limitación que le sirve de base, como cualquier otra limitación imaginable, es una decisión arbitraria; sin embargo, no se puede decir que sea arbitraria porque formas jurídicas de diferente origen sean agrupadas según la voluntad del sujeto que las sistematiza prescindiendo de un determinado criterio rector. Esta constatación quizá permita superar la objeción que, según antiguos modelos de pensamiento, se le podría hacer a la serie de formas jurídicas resultante y que consistía en que esa serie y la estructura escalonada del ordenamiento jurídico que le corresponde no serían tan regulares como el autor de este texto mantiene. Para ello será suficiente con no atribuir al autor la opinión de que esa serie de formas jurídicas comprende, por un lado, la totalidad de las formas jurídicas del grupo de Estados referido, y por otro lado que también tiene validez para todos los Estados además de los de ese grupo. Semejante suposición, contra la cual se debe protestar con toda firmeza, sería desde luego y del modo acostumbrado rebatible: atribuye

a un ordenamiento jurídico formas jurídicas no existentes, mientras que niega a otro ordenamiento jurídico formas jurídicas existentes.

Insisto, según lo expuesto con anterioridad (reiteración que sería innecesaria sino fuera para evitar la repetición de una antigua objeción), para la serie de formas jurídicas que se desarrolla a continuación no se recurre a una regularidad que alcance a todos los Estados, sino sólo a aquella regularidad que afecta a los Estados de un determinado grupo. Ahora bien, ello no debe conducir a negar el carácter estructural de otras formas de estado, en concreto no debe negar la posibilidad (la realidad) de que exista una estructura escalonada bajo el dominio de otras formas de Estado.

Vinculado al descubrimiento de las formas jurídicas que se encuentran en nuestro material jurídico, se asocia la difícil tarea de su ordenación según sus relaciones lógicas. Nuestra serie estará por consiguiente orientada a la obtención de ese resultado y en cierto grado lo anticipa. Por tanto, la tarea de la ordenación debe ser justificar la serie que la precede. Para anticipar el resultado de esta tarea de ordenación sobre la serie de formas jurídicas, habría que señalar que ese resultado ya aparece en el título del estudio, el cual muestra a esta serie como una jerarquía o una estructura escalonada de formas jurídicas determinadas o determinantes (por esas relaciones lógicas), supraordenadas o subordinadas. Así, la serie de formas jurídicas, por un lado, se presenta ampliada cuando se compara con la tradicional teoría de las fuentes del derecho, y en concreto aumentada en algunos de los descuidados eslabones intermedios. Por otro lado, esa serie, a diferencia del cuadro jurídico, en cierta medida unidimensional, al que estábamos acostumbrados, se presenta, de nuevo hablando de forma metafórica, como un edificio ordenado en muchas plantas (ya tenga más o menos). La construcción de las formas de jurídicas propias del ordenamiento jurídico estatal varía de Estado a Estado. A pesar de todas las diferencias únicamente corresponde a cada concreto grupo de Estados una estructura típica, en su planta y alzado, del edificio jurídico, y ello porque el medio jurídico de clasificación de los grupos de Estados es sin duda la diferente técnica del edificio jurídico. Esta construcción, que se va a esbozar a continuación, es válida para el Estado con instituciones parlamentarias. Al mismo tiempo, con ello se excluye de las siguientes observaciones las formas jurídicas del derecho internacional¹. Desde luego, no debe ser expuesta la realidad empírica, sino la esencia de la estructura jurídica, y para ello la abundancia del material es irrelevante.

¹ Haber integrado a éstas en la estructura jerárquica normativa es logro de A. VERDROß, *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes*, 1923.

3. LA CLASIFICACIÓN DE LAS FORMAS JURÍDICAS

La teoría tradicional de las fuentes del derecho está orientada, de forma consciente o inconsciente, por dos principios: la mayor simplificación posible de la serie de fuentes del derecho y la coordinación de las fuentes del derecho identificadas y reconocidas. Aunque estas exigencias no aparecen en todos los casos y sin excepción, son inequívocamente exigencias ideales para el conocimiento de las fuentes del derecho. No se suele recurrir al monopolio de una única fuente del derecho, por el contrario, la clasificación del derecho en escrito o no escrito o –en términos de *par pro toto*–, en legislado y consuetudinario es realmente bien común de la teoría de las fuentes del derecho hasta el presente. Con todo, este dualismo de las fuentes del derecho es declarado, en la mayoría de las ocasiones dogmáticamente, por los llamados Estados de derecho, cuando no sencillamente por los Estados modernos, sin que se le diera especial importancia a la prueba de la certeza de esa declaración en el mundo de los Estados. Más bien se admitía como evidente esta coexistencia de derecho legislado y consuetudinario en cada Estado, sin preocuparse del anclaje efectivo de estas formas jurídicas en los concretos órdenes jurídicos del Estado. Sin embargo, como es sabido, no se ha perpetuado la aceptación de esta estructura simple del ordenamiento jurídico (en algunos casos demasiado complicada a consecuencia del dualismo entre derecho legislado y consuetudinario). La experiencia de los ordenamientos jurídicos exigió inevitablemente un complemento de la serie de fuentes del derecho, complemento en el que por lo menos se suele encontrar con frecuencia reglamentos y proposiciones autónomas. Pero también esta serie ampliada de fuentes del derecho solía sufrir un encasillamiento contrario a la experiencia. Por un lado, porque la aceptación de las fuentes del derecho citadas es presuponer demasiado para algunos Estados en los cuales esta afirmación carece de vigencia. Por otro lado, la efectiva serie de fuentes del derecho ni con mucho suele agotarse con el elenco indicado. Especialmente característico de teoría de las fuentes del derecho dominante (de la cual en efecto se han alejado ya en este punto diversos investigadores de las fuentes del derecho) es la tendencia a una coordinación de las fuentes del derecho reconocidas, de modo que el orden jurídico global, a pesar de la pluralidad de formas, suele parecer unidimensional.

Una investigación, orientada al derecho positivo, de las fuentes del derecho y de las formas jurídicas adecuadas a las fuentes del derecho cambia la imagen del sistema jurídico, que va a ser distinta de aquella que resulta de la teoría tradicional de las fuentes del derecho que recién he esquematizado. Sería necesario aclarar previamente que este desplazamiento no se debe

simplemente a que en lugar de las fuentes del derecho tuvieran que ser las formas jurídicas el objeto de la investigación. Esto no es así porque las fuentes del derecho son las vainas creadas por el derecho positivo, en las cuales se encuentran encapsuladas las proposiciones jurídicas que pueden ser conocidas por la ciencia del derecho y corresponde a cada clase de fuente del derecho una forma jurídica propia. Por ejemplo, la ley como fuente del derecho contiene un gran número de normas civiles o penales (el código civil junto a la ley de enjuiciamiento civil y la ley de procedimiento ejecutivo, el código penal junto a la ley de enjuiciamiento criminal, etc.) que poseen naturaleza legislativa (lo que a continuación será denominado, de forma más precisa, “rango de ley”).

El sistema jurídico construido por la ciencia del derecho a partir de las proposiciones jurídicas se corresponde por consiguiente, como aquí solo puede ser indicado, con el material de fuentes del derecho puesto a disposición por el derecho positivo. Además, se debe afirmar con rotundidad que una teoría de las fuentes del derecho así como de las formas jurídicas, en tanto que opera con una serie determinada de estas figuras jurídicas no puede ser ofrecida simplemente por el Derecho o el Estado, sino sólo por un determinado Estado o por unos determinados Estados. Es decir, hasta el momento no se ha reconocido suficientemente que las fuentes del derecho, a pesar de su carácter como forma de derecho, son por sí mismas contenido jurídico y como tal objeto de la producción jurídica. Como se sabe, las Constituciones son aquellas “fuentes del derecho” que a través de la indicación del camino o caminos de producción jurídica hacen objeto de normación a las fuentes del derecho (de modo más preciso, y a la vista de la especial peculiaridad de la constitución como fuente del derecho, se debe hablar de las fuentes del derecho “sobrantes”). Pero con ello también se hace dependientes a las fuentes del derecho, así como totalidad del contenido jurídico restante, de la casualidad de una producción de derecho que está históricamente condicionada.

Siguiendo la línea marcada en las anteriores declaraciones, a continuación se deberían esbozar las formas jurídicas propias del Estado con instituciones parlamentarias. Estas formas jurídicas aparecen en un procedimiento legal el cual —en la mayor parte mediado a través de actos preparatorios que carecen de la cualidad jurídica— recurre en cada acto a diversas formas jurídicas aunque posean un contenido normativo idéntico en su esencia.

La Constitución como regla de producción del derecho típica puede indicar el comienzo pero en ningún caso el final del proceso normativo. Sus normas de competencia, privadas casi de contenido, se remiten más bien a un segundo estadio de procedimiento (por lo menos). El camino a este

segundo estadio está expresamente señalado en los preceptos constitucionales sobre el procedimiento legislativo. Sin embargo, ocurre de forma creciente que la legislación constitucional, con la materialización de las normas del derecho que le es propia, se anticipa al legislador “ordinario” en tareas de legislación. Tal y como se conoce este fenómeno es una consecuencia de la emancipación de la forma de la Constitución del contenido de la Constitución y del uso que se posibilita con ello de la forma de la Constitución para un contenido del derecho que aunque no pertenece a la Constitución en sentido material debe ser partícipe de las mismas garantías frente a la modificación que los principios del ordenamiento jurídico disfrutaban gracias a la forma constitucional. Ahora bien, esta invasión ocasional por parte del derecho constitucional de competencias del legislador ordinario no hace en medida alguna innecesario a éste.

Sin embargo, el derecho legislado, que en la jerarquía de las formas jurídicas del Estado constitucional habitualmente se encuentra directamente limitado y causado por el derecho constitucional, puede ser visto como el ideal y como la frontera imaginable del procedimiento legal. Ya no se agota —como posiblemente le sucede a la Constitución— en la delegación a otros órganos legislativos, sino que dispone por sí mismo normas jurídicas plenas de contenido, las cuales regulan el compartimiento humano, normalmente de forma general y excepcionalmente individual. La jerarquía de las normas jurídicas encontraría su cierre en la estructura escalonada de las leyes (teniendo en cuenta que una estructura escalonada bidimensional ya podría denominarse jerarquía), leyes que pueden contar con una obediencia sin excepciones. Esta condición sería cierta sólo en aquellos casos en que el contenido de la ley se adecuara completamente al hecho acontecido, de modo que el ser se aclararía como deber ser. Ante semejante adaptación al ser sería superfluo el deber ser. El deber ser no puede estar orientado de forma coherente al ser sino que el ser es el único que puede estar orientado al deber ser. Pero normas jurídicas que no se preocupan del hecho acontecido, a pesar de su labor de motivación del comportamiento humano, deben contar con la posibilidad de un fracaso, e incluso con la probabilidad de una infracción en un cierto número de aquellos casos que quieren determinar. Con ello es irrenunciable la necesidad de una continuación del proceso normativo más allá de la estructura escalonada de la ley dada. El derecho legislativo material, a través de las amenazas de coacción que le son propias, se refiere ya a semejante estadio ulterior del proceso normativo. La naturaleza coercitiva del ordenamiento jurídico establecida en el concepto de Derecho hace que la posibilidad y probabilidad de los actos coactivos sea más necesaria incluso que la forma jurídica de la ley, la cual

sólo es un posible estado, que depende de la causalidad histórico jurídica, del proceso normativo. Un estadio del proceso normativo marcado por la manifestación de voluntad condicionada sobre el uso de la coacción, debe ser tan necesariamente apreciado como el propio uso de la coacción. Los casos de la conocida coacción inmediata, es decir, a través de una coacción que aparentemente no está mediada por una amenaza de coacción, por ejemplo las medidas coercitivas adoptadas por la policía urbanística, antiincendios o de sanidad, las cuales han sido tomadas contra personas, o como se puede imaginar también contra cosas, son una excepción aparente de la regla de la coacción mediatizada a través de la norma, porque ellas, según su esencia, no son en absoluto sanciones impuestas como consecuencias de un ilícito sino que en el sistema del derecho simplemente son tipos jurídicamente delegados a cuya falta de uso es posible anotar a su vez consecuencias coactivas para los órganos autorizados y obligados para la adopción de estas medidas. Una vez que se ha incluido la forma de ley en la serie de formas jurídicas, entonces cualquier otra forma jurídica se habrá vuelto con ello superflua, con la excepción del acto de coacción. Desde luego, depende de la formulación del contenido de la ley si otras formas jurídicas son necesarias como requisito de un acto coactivo. Si la ley no impone un determinado comportamiento u omisión, entonces será inevitable otra mediatización del acto coactivo a través de una norma que amenaze una coacción. Se puede pensar en la proposición jurídica de indemnización que para supuestos especiales de ejecución forzosa obliga a la satisfacción de una indemnización adecuada; o en la proposición jurídica que en el caso de una expropiación obliga al expropiador a la satisfacción de una compensación adecuada. En estos casos se requiere, antes del uso de la coacción, una determinación obligatoria de la cuantía de la indemnización o de la compensación. En la mayoría de las ocasiones en verdad no será necesaria la mediatización del acto coactivo a través de un acto que concrete la norma legal y que amenace con coacción adicional, no obstante, será conveniente en mayor o menor medida. El grado de conveniencia de semejante mediatización viene determinado por la generalidad e indeterminación de la norma legal y por la necesidad manifestada con ello de que una autoridad fije si los requisitos para el acto coactivo concurren y en qué tiene que consistir al detalle ese acto. Este procedimiento de fijación se establece expresamente como medida de protección jurídica de los amenazados o afectados por el acto coactivo, porque les ofrece la oportunidad de influir procesalmente sobre la concretización de la norma y excluir la arbitrariedad del órgano que utiliza la coacción. De este modo la forma jurídica individual, como nivel intermedio entre la ley general y el acto ejecutivo

individual se convierte en la regla general del proceso normativo en el Estado moderno. La introducción del nivel legal en el proceso normativo que es propio de todo orden jurídico cultivado no ahorra la forma jurídica individual propia de una técnica jurídica primitiva en la que por de pronto no hay mediatización general (por ejemplo la resolución judicial tomada por el cacique a causa de la constitución de un linaje que le autoriza para juzgar y castigar), sino que sólo tiene la función de someter los actos individuales creadores de derecho tomados de culturas jurídicas primitivas a una norma general y de este modo alejarle de la esfera de la pura arbitrariedad. Las leyes procesales sacan conscientemente esta consecuencia regulando el proceso en el cual los actos individuales creadores de derecho, son producidos; además, los ordenamientos ejecutivos se vinculan a la reglamentación de las leyes procesales en sentido estricto de modo que éstas suelen hacer depender el procedimiento ejecutivo que acaba en el acto coactivo de una norma individual como es el título de ejecución.

Pero también el derecho material, que un arbitrario uso del lenguaje opone al derecho formal, introduce formas jurídicas individuales, de las que, bajo determinadas circunstancias, se hacen depender los actos jurídicos que pueden ser creados en el proceso. Los llamados negocios jurídicos, en concreto negocios de derecho privado, como todo el mundo sabe no se diferencian de los actos jurídicos públicos, como la sentencia o el acto administrativo, por su estructura lógica, sino solo a través de su técnica de producción, a la que especialmente también pertenece la diferencia en las personas legitimadas para ambos actos. Mediante los conocidos negocios de derecho privado se intercala así otro acto individual creador de derecho entre la ley general y el acto individual que mediatiza directamente el acto coactivo. Sin embargo, el negocio jurídico de derecho privado a diferencia de lo que sucede con los actos estatales, como son la sentencia y el acto administrativo, no es de modo alguno un nivel intermedio regular del proceso normativo, sino sólo un nivel intermedio condicionado por determinados actos estatales que están caracterizados por su contenido. Así, la sentencia en el juicio de inquilinato o la sentencia condenatoria al pago de una cantidad, esta última originada por los títulos jurídicos de compraventa o préstamo, presuponen, por definición, un acto individual de naturaleza privada, mientras que, por supuesto, las sentencias en juicio de responsabilidad o sobre la perturbación posesoria no son condicionadas de la misma forma.

Desde luego ha sido el derecho administrativo, que cuantitativamente predomina ya con diferencia sobre las actuaciones del derecho procesal, el que en buena parte ha dado espacio a la norma individual de derecho público. La técnica administrativa, en comparación con la tipificación de las

proposiciones jurídicas del derecho procesal (a saber, la sentencia y resolución), ha desarrollado un grupo de tipos de normas ricamente estructurado. En concreto me refiero a las órdenes, autorizaciones, concesiones, licencias, dispensas, contratos administrativos, etc., tipos en torno a los cuales gira una teoría del acto administrativo, mucho más casuística que la del derecho positivo. Mantener que la mediatización a través de semejantes normas individuales de la administración es esencial al concepto de Administración sería un malentendido incluso cuando se diga que sólo lo es para el sector denominado alta administración. Como depende de la voluntad de la producción jurídica determinar si los actos coactivos y actos que amenazan coacción son competencia del Poder Judicial o de la Administración, sería posible que ésta hubiera reservado en exclusiva al Poder Judicial especialmente los niveles intermedios de los actos individuales que amenazan coacción según la clase de sentencia y hubiera prescindido completamente de la introducción de actos administrativos análogos. Sin embargo, por motivos de oportunidad no se ha uniformado el proceso normativo administrativo de esa forma, sino que junto ciertos actos coactivos, que inmediatamente aparecen a causa de la autorización legal (detención y bajo determinadas circunstancias también la confiscación), se ha previsto un amplio sector de actos administrativos creadores de derecho al que ya me he referido someramente. En este ámbito se encuentra el núcleo de la Administración de un Estado moderno, la cual presidida por fines culturales se ha separado de los primitivos fines de seguridad y control. Los siguientes casos pertenecen a ese grupo: la licencia de construcción y uso para un edificio, que está destinada, cuando se erige y se utiliza una casa, a garantizar la seguridad y salud del habitante y, además, a la preservación de consideraciones estéticas; el permiso para la construcción de una planta industrial que ha sido otorgado con condiciones, las cuales deben asegurar los intereses de los trabajadores de la fábrica y de los vecinos; un licencia sobre derecho del agua, que debe garantizar el uso racional de la energía hidráulica; *die Bannlegung* de un bosque, con el cual se prescribe un determinado uso económico del bosque para la protección del lugar; la declaración de un paraje natural como parque natural, para asegurar el mantenimiento intacto de ese paraje; un decreto de la autoridad sanitaria, como el cierre de una escuela, para evitar la extensión de una enfermedad contagiosa. Cualquiera de estos ejemplos, tan numerosos como uno quiera, muestra en qué gran medida la legislación administrativa sirve para crear los fundamentos de las normas individuales de la alta administración en la forma de autorizaciones u obligaciones de los órganos administrativos, en las cuales ya se realiza la función social de ese sector de la actividad estatal.

En general, en la esfera del Poder Judicial ya la ley, a través de la fuerza motivadora de su amenaza coercitiva, es la que debe originar un determinado comportamiento social en los que no son órganos, mientras que los niveles intermedios, relativamente escasos, de la norma individual que aparece en forma de sentencia pueden representar el fundamento jurídico para el acto coactivo sólo en los casos de infracción de la ley. En cambio, en la práctica totalidad del ámbito de la administración orientada políticoeconómico y culturalmente, la carga principal recae sobre esta norma individual del acto administrativo dirigido verdaderamente por la ley.

Entre tanto, la serie de formas jurídicas anteriormente esbozada todavía experimenta, tradicionalmente, una expansión a través de varios tipos de actos estatales. Ahora bien éstos aún no son, a pesar de su frecuente aparición, miembros intermedios del proceso normativo que se presenten con tanta regularidad como los actos individuales según la clase de sentencia judicial o según de la decisión o disposición administrativa. Por un lado se inserta en el funcionamiento del procedimiento administrativo una norma singular o una pluralidad de normas generales. Así, el reglamento, bajo el cual se comprenden todos los actos que norman con carácter general y que provienen de los órganos administrativos, como se sabe, es un nivel intermedio, posible pero en ningún caso regular, entre la ley administrativa y el acto administrativo que regulan individualmente.

La función técnico-jurídica del reglamento es, como sabe, por un lado, posibilitar a la ley otorgada a largo plazo una formulación más general de la que sería practicable en el caso de individualización inmediata cuando domina el principio de la legalidad de los actos administrativos; por otro lado, en el caso de un uso tan amplio de la ley, permite concentrar en los altos órganos del proceso ejecutivo una parte del poder discrecional atribuido al aplicador del derecho y, al mismo tiempo, evitar, a través de la formulación general de la norma administrativa, la arbitrariedad en el establecimiento de actos de la administración que regulan de forma individual. El reglamento satisface estos fines en sus dos formas de aparición: el reglamento normativo y el reglamento de organización. Con la diferencia de que cuando se trata de un reglamento normativo el súbdito tiene derecho, perseguible por la vía procesal, a un comportamiento conforme a ese reglamento por parte del órgano. En cambio, en el reglamento de organización sólo cabe la imposición de aquella sanción de medios disciplinarios a disposición de la autoridad, sin que el interesado de la administración tenga influencia, ni derecho a un comportamiento del órgano conforme a lo establecido en ese reglamento. El proceso normativo del reglamento se estructura a menudo en varios actos de la misma clase, de modo que a causa del

reglamento que una autoridad da a otra autoridad, normalmente situada en un escalafón inferior, se origina un segundo reglamento que de nuevo será el motivo de otro nuevo reglamento promulgado por la autoridad que está sometida a la autoridad causante del segundo reglamento, y así sucesivamente. Semejante mediatización del proceso legal a través de la forma jurídica del reglamento y la expansión del proceso normativo de los órganos del reglamento a través de una mayoría de reglamentos interconectados es una simple cuestión de oportunidad de la técnica administrativa. Diversos motivos de política administrativa hablan a favor de no limitar de golpe y completamente las posibilidades de normación que están contenidas en la tensión entre la ley general y la norma individual de la administración a los actos de la decisión o el reglamento, sino que sería conveniente reservar parcialmente esta posibilidad de normación en la forma de reglamento a otros órganos e incluso distribuirla en una mayoría de órganos reglamentarios, los cuales respectivamente ejercen paso a paso su competencia creadora del derecho dentro del marco que ha dejado libre su antecesor.

Una forma jurídica próxima, a la vista del círculo de obligados, a la que es propia del reglamento de organización es la orden de servicio que, a diferencia del reglamento de organización que obliga a un grupo de personas no cerrado, va a obligar a personas determinadas individualmente y, en verdad, siempre a órganos. Una forma jurídica inicialmente formada en el Poder Judicial y posteriormente transferida a la Administración la encontramos finalmente en los actos estatales de la clase del *Exekutionsbewilligung* o de la autorización de ejecución y en la orden de ejecución de la pena. Estos actos estatales anteceden inmediatamente al acto coactivo y lo deben preparar como ultima ratio de la conducta estatal de dos formas: por un lado, en tanto que se trata de coacción ejecutiva, avisan a los obligados por última vez, por otro lado, generalmente sirven como señal que indica al órgano encargado de aplicar la coacción que el uso indemorable de la coacción está autorizado y mandado.

4. LA CUALIDAD DE PROPOSICIÓN JURÍDICA DE LOS ACTOS SUPRA E INFRALEGISLATIVOS

En nuestro esquemático esbozo de las formas jurídicas, cuyo carácter sintético y típico no puede ser ignorado, se encuentran reunidos actos de gran oposición lógica. Su característica común, la cual hace posible y necesario incluir a todas ellas en nuestra enumeración, no es su simple relevancia jurídica, sino su plena cualidad de proposición jurídica. En este juicio de los fenómenos jurídicos se hace indispensable el concepto de proposición

jurídica de HANS KELSEN, según el cual la proposición jurídica es un juicio hipotético sobre la voluntad del Estado de aplicar una sanción como consecuencia de un ilícito. En un concepto de proposición jurídica así concebido pueden ser subsumidos todos los actos presentados como especie del género proposición jurídica.

Desde luego, en la serie presentada de presuntas proposiciones jurídicas se creará encontrar sobre todo actos que verdaderamente son lo opuesto a una proposición jurídica. Especialmente problemática es la cualidad de proposición jurídica de aquellos actos que, como indubitados actos de aplicación del derecho, no pueden, según la concepción dominante, ser incluidos en el concepto de producción de derecho. Como se sabe, es mérito de BÜLLOW y BIERLING haber reconocido el carácter de producción de jurídica de los actos de ejecución individuales de la clase de la sentencia judicial, y con ello lógicamente haber reconocido, aunque no de forma expresa, ese carácter en los actos administrativos individuales. El carácter de producción jurídica de la legislación formal no es puesto en duda por esta creación jurídica, al igual que la cualidad de creación jurídica de la ley de bases no se ve afectada por su complemento a través de la ley de desarrollo. Si, por consiguiente, queda fuera de duda la posibilidad de que funciones ejecutivas creen derecho en los ámbitos del Poder Judicial y la Administración, entonces sólo queda cuestionarse en qué medida la producción de derecho ha invadido la esfera de la ejecución. Se demostrará que se ha establecido una sola barrera formal que no puede ser desbordada por la producción de derecho en el ámbito de la ejecución, de manera que la producción de derecho desde luego no podrá nunca introducirse al completo en la ejecución.

Otro obstáculo para el reconocimiento total, como proposiciones jurídicas, de los fenómenos del derecho señalados es (aparte del simple hecho de naturaleza ejecutiva que *per se* poseen, la cual justamente no representa ninguna contradicción que excluya su cualidad de producción de derecho) la falta de naturaleza general que parcialmente se adhiere a los actos enumerados. La identificación de la norma general con la norma por excelencia puede, en definitiva, valer como teoría dominante. El obstáculo señalado ciertamente no se elimina a través de la simple consideración de que también las proposiciones jurídicas generales (así denominadas de forma breve) en su clase son individuales, de modo que serían en esencia idénticas a las brevemente llamadas proposiciones jurídicas individuales. La diferencia lógica entre normas generales y normas individuales, por más que se quiera estirar el concepto de norma general en este sentido, existe y no se puede eliminar. Seguramente, las leyes, los reglamentos, así como las

proposiciones abstraídas de ellos son actos individuales en la forma leyes y reglamentos (circunstancia sobre la cual VOEGELIN llamó la atención) y si se quiere incluso serían normas individuales en el sentido de que cada una de ellas representa una única proposición jurídica. Ahora bien, si no se tiene en cuenta esta individualidad, entendida como indivisibilidad del acto, que es un hecho cierto por lo menos en lo que respecta a las proposiciones jurídicas singulares presentes en la estructura de una ley o un reglamento, su naturaleza que regula de modo general es, por tanto, indiscutible. Esta naturaleza general está constituida por el contenido esencial de dichas formas jurídicas. Tal circunstancia se deduce por otra parte de la aplicabilidad de semejantes normas a un círculo indeterminado de casos, que no se encuentra cerrado desde el principio. Por la expresión abreviada “normas generales” debemos entender según eso normas que regulan con carácter general, es decir que son aplicables y observables en una pluralidad indeterminada de casos. Una graduación de la generalidad de una norma resulta de la posibilidad de que la norma exija su cumplimiento bien a un círculo determinado o indeterminado de personas, bien a una mayoría de personas o a una persona singular o, además, pueda ser aplicada por una mayoría de órganos o por un órgano singular. Una norma muestra el máximo nivel de individualización cuando exige un simple acto de cumplimiento) y en consecuencia autoriza un único acto de aplicación. Sólo con ello se ha alcanzado la frontera de la norma totalmente individualizada. Más allá de esta frontera se encuentra, sin embargo, el ámbito de las normas relativamente generales y relativamente individuales. Absolutamente individual es únicamente la norma que puede ser cumplida y aplicada una sola vez. Por ejemplo tenemos la proposición del derecho de la construcción: “El propietario de la casa siempre debe tener su edificio en un estado impecable de construcción y salubridad, bajo medidas coercitivas especiales”, o la proposición del derecho de Bosques: “el propietario del bosque debe plantar su suelo forestal que haya sido recientemente talado con árboles, bajo sanción administrativa”. Estas proposiciones jurídicas tendrían la formulación más general imaginable, son tipos de normas generales, porque obligan a un círculo de personas anónimo, que únicamente están determinadas por la propiedad, y de igual modo están llamados a su aplicación una pluralidad de órganos, los cuales sólo están cualificados por el tipo de autoridad. En cambio la proposición jurídica: “le corresponde al Presidente de la Federación tras el ejercicio de su periodo de mandato una pensión honoraria de por vida” es comparativamente individual, si bien es cierto que este proposición jurídica puede ser cumplida por una mayoría indeterminada de órganos en un número indeterminado de ocasiones, también lo es que la persona titular del derecho está totalmente individualizada. Por otro lado, generalmente

relativa y, al mismo tiempo, individualmente relativa es, por ejemplo, la proposición jurídica que establece la declaración administrativa de un parque natural según las leyes de protección de la naturaleza de los estados federales austriacos. Esta proposición jurídica, según la perspectiva del bien protegido, está totalmente individualizada, pues a diferencia de los bienes jurídicos abstractos del derecho civil o penal (vida, honra, patrimonio de todo el mundo) protege un elemento concreto de la naturaleza, por ejemplo un determinado lago o una cascada, *die Dorflinde* o la yedra que crece en el muro del cementerio. En cambio, es general en lo que se refiere al círculo de los sujetos de derecho obligados a su cumplimiento o de los órganos estatales obligados a su aplicación, ya que obliga bajo pena a cada sujeto a evitar ataques contra ese elemento de la naturaleza y así mismo obliga a imponer una pena contra un círculo indeterminado de órganos. Una norma individual pura es por el contrario aquella proposición jurídica contenida, por ejemplo, en una ley formal: “al investigador X se le debe adjudicar a causa del magnífico resultado de su investigación una suma nacional por valor de 10000 libras” o la sentencia: “el comprador A tiene que pagar, bajo pena de ejecución forzosa, el importe de 10000 DM al vendedor B como precio de adquisición”. En los últimos dos ejemplos el deber jurídico permite un único cumplimiento por los obligados y, en caso de ausencia de cumplimiento, permite un solo uso de la coacción por el órgano correspondiente. La diferencia entre las brevemente llamadas normas generales e individuales puede ser comprendida de forma más adecuada como la oposición entre normas de contenido que regulan relativamente con carácter general y normas que regulan relativamente con carácter individual. Como se ha señalado, la forma jurídica no prejuzga, en muchos casos, la naturaleza individual o general del contenido. Sólo los fenómenos límite del proceso normativo son general o individualmente puros: la Constitución es necesariamente general, en la medida en que *in nuce* contiene los deberes de todos los sometidos al derecho, pero que deben ser primeramente indicados mediante un acto jurídico; el acto coactivo en cambio, deber ser necesariamente individual, porque el hecho de la coacción sólo puede aparecer en determinadas conductas que unos hombre adoptan contra otros. Todos los actos del proceso normativo que existen entre esos dos extremos pueden ser tanto generales, como individuales, como ambos al mismo tiempo. En definitiva, es sólo una cuestión de oportunidad si la ordenación del proceso normativo otorgue a los estadios singulares del proceso normativo un carácter general o individual y en qué medida aparecen dosificados en la proposición jurídica singular el carácter individual y general.

Aquí se muestra otra diferencia apenas apreciada entre ley jurídica y la ley natural: la ley natural, sustraída de la arbitrariedad humana, es nece-

sariamente general ya que en todos los casos infinitos en los que se cumplen sus condiciones deben también tener lugar sus consecuencias. La ley jurídica, en cambio, por su naturaleza, no es individual ni general, sino que simplemente tiene un carácter normativo, en la medida en que en los casos infinitos (pero igualmente en todos los casos finitos y en el caso singular) sobre los que ha depositado arbitrariamente su regulación debe tener determinadas consecuencias. El uso jurídico de “ley” quizá está orientado al concepto de ley de las ciencias de la naturaleza o más exacto erróneamente cuando equipara ley (en sentido material) con la norma general mientras que en los casos donde la forma de ley no abarca una norma general, sino individual sólo quiere admitir una “simple ley formal” que realmente a causa de la falta de contenido jurídico no sería ley alguna. Un concepto jurídico de ley adecuado a todas las posibilidades de contenido de la norma jurídica alcanza de modo idéntico tanto normas de generalidad infinita como de individualización total. Ahora bien, si se quiere emplear la expresión ley en la terminología jurídica, de la manera generalizada por LABAND, para referirse a proposiciones jurídicas creadas por un determinado procedimiento, a saber, el procedimiento legislativo, entonces se hace bien en calificar las proposiciones o las normas jurídicas, cualquiera que sea la forma jurídica, sólo como proposiciones jurídicas o normas jurídicas (en lugar de “leyes”) y a través de uso del lenguaje confrontarlas a los actos caracterizados por la forma de ley, en breve, confrontarlas a las leyes.

La posibilidad de variación del contenido, fundada en la esencia de la proposición jurídica como una norma de comportamiento discrecional, en especial la variación que consiste en si este contenido se organiza regulando de forma general o individual, no impide, por supuesto, que los preceptos sobre la producción jurídica atribuyan determinado grado de generalidad o singularidad a determinadas formas jurídicas, así que determinas vías de producción del derecho puedan producir sólo normas jurídicas de un determinado grado de generalidad o singularidad. Sería más que imaginable que la ordenación de la producción jurídica reservase el procedimiento legislativo (de modo parecido a como en la forma de sentencia sólo pueden aparecer proposiciones jurídicas que señalen de forma inequívoca la persona del obligado o del titular del derecho así que al menos en ese sentido estén totalmente individualizados) sólo para actos de generalidad universal, especialmente normas en las que no se circunscribe de modo inequívoco el círculo de obligados o titulares del derecho. Según entiendo hay un sano y correcto pensamiento de política jurídica en la crítica que HERMANN HELLER²

² Veröffentlichungen *der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, núm. 4, 1928, p. 113 y s.

realiza contra el uso de la forma de ley y todavía más en la crítica que CARL SCHMITT³ ha dirigido contra el uso de la forma constitucional para el contenido normativo individual; más aún: es una auténtica cuestión de interpretación establecer si la habilitación constitucional otorgada al “legislador, entendido como órganos nombrado para la producción de actos con forma de ley, se puede comprender como una habilitación para actos que normalizan con carácter general e individual, o si el establecimiento de normas generales no debe ser visto como sentido inmanente de la habilitación (cuya función es la mediatización del Poder Judicial y la Administración a través de estas normas que determinan materialmente ambos conjuntos de funciones). Y seguro que hay un abuso de la forma de ley ofrecida por la Constitución, cuando el legislador la utiliza para mantener monólogos jurídicamente irrelevantes con motivo de ocasiones solemnes. La “ley”, como ordenamiento constitucional de la competencia, sólo puede ser utilizada en cualquier caso como un medio técnico de la producción de derecho. Una exigencia político jurídica similar debe ser dirigida, si es posible con la mayor decisión, al legislador constitucional de modo que la falta de respeto ocasional de esta exigencia significará en la mayoría de la veces la confesión inconsciente de la existencia de un abuso político (legislación de excepción); sin embargo sólo con dificultad se puede obtener interpretativamente esta barrera de las habilitaciones constitucionales otorgadas a la legislación constitucional, sino que en tanto que la forma constitucional no se encuentra expresamente limitada al contenido constitucional, como de forma cotidiana hace la ley ordinaria, incluso la ley constitucional debe de *lege lata* reconocerse como una forma jurídica posible con un contenido que normaliza tanto general como individualmente. Ahora bien semejante consideración y concesión, en parte político jurídicas, en parte interpretativas, no pueden nunca permitir considerar que a determinadas formas jurídicas le estuviera *per se* conceptualmente prohibido un contenido normativo general o individual. La libertad de la ordenación de la producción jurídica para disponer a discreción sobre el contenido que regula con carácter general o individual es un elemento esencial al Derecho.

Incluso la calificación de un elemento, por ejemplo, de la serie enumerada de formas jurídicas, como norma jurídica requiere de justificación, o sea, de la introducción en esa serie de los reglamentos administrativos y las ordenes de servicio (*Dienstbefehle*). La teoría de las fuentes del derecho dominante, como es sabido, suele excluir por ello a estos actos del ámbito

³ *Verfassungslehre*, pp. 25 y ss, 1928.

jurídico (excepto por el motivo, anteriormente expuesto como erróneo, de su naturaleza parcialmente individual), porque, por así decirlo, serían internos a la Administración.

El concepto de proposición jurídica se limita tradicionalmente a actos de carácter general, cuyos destinatarios serían los “súbditos” en lugar de los órganos del Estado; se dice que las normas que estatuyen los deberes de estos órganos, son normas mas no jurídicas. En esta exclusión del ámbito de lo jurídico de las normas que simplemente obligan a los órganos se aprecia un estrechamiento conceptual que es arbitrario e incompatible con el concepto de proposición jurídica desarrollado por la teoría dominante. Si los obligados por una proposición jurídica son órganos estatales o “simples” súbditos es una cuestión condicionada al contenido del Derecho que no modifica en nada la esencia de la norma. ¿Por qué medio, sino a través de las normas jurídicas, deben ser constituidos los deberes jurídicos? Por tanto, de modo indiscutido, el contenido de las instrucciones y órdenes de servicio son deberes jurídicos.

Del mismo modo como no se podía criticar a la serie expuesta de formas jurídicas la falta parcial de la cualidad de norma jurídica, tampoco se le puede reprochar con razón que no llegue a agotar el ámbito de las acciones jurídicamente relevantes (NAWIASKY). La crítica a la teoría tradicional de las formas jurídicas, sobre la que la nueva teoría se apoya, no reprocha que aquella antigua no haga coincidir el ámbito de las fuentes del derecho con el de los actos jurídicamente relevantes, sino que su sistema de fuentes del derecho desatiende actos con una clara naturaleza de proposición jurídica. La corcondancia de las proposiciones jurídicas con las acciones jurídicamente relevantes, que la crítica espera extrañamente sólo de la nueva teoría de las fuentes jurídicas pero no de la antigua, como si la nueva teoría se hubiera impuesto como labor la producción de semejante coincidencia, es bajo toda circunstancia una exigencia irrealizable. Acciones jurídicamente relevantes, las cuales a pesar de esta relevancia no son *per se* proposiciones jurídicas, aparecen irremediamente vinculadas a la existencia un ordenamiento del deber ser que quiere tener un efecto motivador sobre el ser y especialmente sobre la conducta humana. Tiene que haber puntos donde el deber ser de una proposición jurídica no genere de nuevo otro deber ser jurídico formado de otra manera, porque satisface su objetivo inmanente, es decir, motivar un determinado comportamiento humano y, con ello, hace innecesario la transformación de una forma jurídica en otra forma jurídica. La exigencia jurídica expresada en una proposición jurídica, ya sea realizada en la práctica en la forma de cumplimiento del derecho por el súbdito del derecho, ya sea en la forma de aplicación del derecho por el

órgano estatal, es jurídicamente relevante, pero sólo eventualmente será una nueva forma jurídica, y ello incluso aunque contenga una nueva exigencia ideal, que por otro parte pueda ser realizada de una u otra manera. Una teoría de las fuentes del derecho ampliada de este modo debe renunciar, entonces, a incluir los actos de ejecución típicos como la pena y otros actos coactivos dentro de las normas jurídicas, porque estos simplemente realizan exigencias jurídicas que no contienen. Dentro del perímetro descrito, delimitado por la exclusión de actos de ejecución jurídicamente relevantes pero que *per se* no establecen derecho, le corresponde, sin embargo, a todas las formas restantes de manifestación del derecho el carácter de proposición jurídica. Cuando bajo la influencia de la nueva teoría de las fuentes del derecho se le otorga a una parte de los actos de ejecución la cualidad de relevancia jurídica pero no la plena cualidad de proposición jurídica⁴, entonces esta deferencia no se corresponde con la auténtica naturaleza de las llamadas normas jurídicamente relevantes. ¿Qué otra cosa podrían ser las normas jurídicamente relevantes, que así mismo son objeto de la ciencia jurídica, que normas jurídicas? De hecho la normatividad y la relevancia jurídica son las características constitutivas del concepto de norma jurídica o de proposición jurídica. Quien, además, ha reconocido actos de ejecución jurídica como normas, a las cuales tiene que atribuir relevancia jurídica –siendo de hecho la relevancia jurídica un requisito para que la ciencia jurídica o el científico, en suma, pueda declarar algo sobre esas normas– no puede, entonces, sustraerse de la siguiente consecuencia: reconocer estas normas como normas jurídicas. Esta consecuencia, no obstante, sólo se evita de forma aparente a través de la expresión “normas de relevancia jurídica”.

Una diferencia esencial entre las normas jurídicas y las normas de relevancia jurídica se quiere hallar en que sólo las normas jurídicas muestran un carácter coactivo, mientras que en los actos de aplicación del derecho no se puede descubrir en ninguna parte un momento de coacción. Del mismo modo tampoco existiría igualdad de clase entre la Constitución y la ley ordinaria porque sólo ésta (y en cambio no aquella) muestra un carácter coactivo. En realidad el momento de coacción no representa ningún criterio de diferenciación entre los actos de producción de derecho y los actos de aplicación del derecho (en tanto que estos no consisten en sí en coacción), o dicho de otro modo, entre las auténticas normas jurídica y las normas que

⁴ WENZEL, *Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, núm. 4, 1928, pp. 136 y ss; NAWIASKY, *Zeitschr. f. öffentl. Recht*, vol. 6, 1927, pp. 488 y ss.

presuntamente son simplemente jurídicamente relevantes. La aceptación de la falta de carácter jurídico de actos de aplicación del derecho de la clase de actos jurisdiccionales o administrativos porque esos actos carecen de un momento de coacción sólo se explica por la interpretación errónea de los actos de la producción del derecho como actos coactivos. A la norma jurídica sólo le puede ser imputada el momento de coacción como algo propio o esencial en el sentido de que expresa una amenaza de coacción (la voluntad del estado de aplicar la coacción), pero no que *per se* sea o use la fuerza (coacción). Así por ejemplo, una proposición jurídica con rango de ley que exige que una fábrica deba darse de alta ante la autoridad de industria, de modo que en caso contrario la autoridad tendrá que suspenderla; o la proposición jurídica con rango de ley que establece que el propietario de un bosque talado tenga que repoblar el suelo del bosque con *Waldbäumen*, pues en caso contrario será obligado a ello por la autoridad a través de una sanción, obligan a realizar un determinado comportamiento humano bajo la amenaza del uso de una medida coactiva ya sea en la forma de pena o ejecución forzosa. Ahora bien, tanto el así llamado reglamento normativo como el reglamento de organización exigen de los sujetos, que en el primer caso tienen el carácter de simples súbditos y en el segundo de órganos estatales, un determinado comportamiento bajo la amenaza de pena o de ejecución forzosa para el caso de contravención. Por consiguiente el reglamento contiene, y no en menor medida que la ley formal, auténticas normas jurídicas. Debe admitirse que el reglamento ejecutivo no siempre expresa una amenaza de fuerza distinta a la amenaza abstracta que contiene la ley en que se fundamenta, sino que a menudo toma literalmente la sanción expresada en esa ley o se remite a ella de forma expresa o tácita. Ejemplo de ello serían las instrucciones de servicio que deben completarse mediante las sanciones, en la forma de sanciones disciplinarias, previstas en los reglamentos de servicio, sólo a través de lo cual resultan proposiciones jurídicas similares a aquellas proposiciones jurídicas con forma de ley. Totalmente inequívoco es, finalmente, la amenaza de coacción presente en los actos individuales de la autoridad estatal. Ello se observa por ejemplo en la condena que prescribe el pago dentro de un determinado plazo bajo amenaza de ejecución especial o en la sentencia penal que establece, dentro del marco de punición determinado por ley, una determinada cuantía de la pena. Estas amenazas de coacción propias de los actos de aplicación del derecho claramente no son idénticas a la amenaza de coacción de las leyes en que se basan dichos actos, sino que son una concretización de la amenaza de coacción expresada de forma más o menos abstracta en la ley, del mismo modo a cómo las reglas de comportamiento contenidas en los mismos actos de aplicación del derecho son concretizaciones de las reglas de

comportamiento recogidas de manera general por la ley. En contraposición a la tesis que plantea que el momento de coacción se volatiliza en cierto modo en el curso de la aplicación del derecho, se mantiene que se puede observar empíricamente una acuñación cada vez más clara de la amenaza de coacción en el curso de la aplicación del derecho, hasta que finalmente el acto coactivo sucede a la última forma de la norma jurídica –la última amenaza de coacción establecida en servicio de una determinada exigencia social– por falta de eficacia. El proceso de aplicación del derecho en sus diferentes etapas no significa, por tanto, un alejamiento de la coacción característica del derecho sino que al contrario implica una aproximación paulatina a él. La apariencia de una separación del momento de coacción en el curso de la aplicación del derecho es generado por el erróneo traslado dogmático del asiento del momento de coacción a la procedimiento normativo. En verdad el procedimiento normativo sólo tiene que ver con el momento de coacción propio del derecho en que suele sancionar sus normas mediante determinados mecanismos de coacción como son las diferentes clases de pena y de medidas ejecución forzosa. Como la amenaza de coacción se manifiesta de forma especialmente clara precisamente en el ámbito de la procedimiento normativo a través de la codificación de especiales leyes penales y de ejecución se omiten fácilmente las concretizaciones de esta amenaza de coacción en el curso de la aplicación de la ley y del todavía más general formulario en blanco de una amenaza de coacción, que ya aparece en la constitución como regla sobre la producción de la procedimiento normativo, expresamente en las determinaciones de competencia que confieren a concretos órganos la competencia para la procedimiento normativo y ejecución en cuestiones penales y ejecutivas. Y, sin embargo, ya se anuncia inequívocamente en la Constitución, con su determinación de competencias sobre la esencia del Derecho penal y de ejecución, el momento de coacción esencial al Derecho, aunque con un grado mucho más general y más apartado que el de la procedimiento normativo. Del mismo modo, el momento de coacción se expresa en las sentencias judiciales y en los actos administrativos a menudo incluso *expressis verbis*, y ciertamente en todo caso de forma más inmediata, y por así decirlo, más cercana a la realidad que en la procedimiento normativo, porque su amenaza de coacción, para poder conducir a la coacción, debe ser mediatizada a través de la amenaza de coacción del acto jurisdiccional y administrativo. Queda claro que normas sancionadas a través de la coacción, o de modo más correcto, a través de la amenaza de coacción, no sólo se pueden encontrar en el ámbito del derecho legislado y del derecho consuetudinario pensado de forma coordinada al derecho legislado; como la amenaza de coacción que es apoyada por la existencia real del mecanismos de coacción es esencial

para el derecho tienen el carácter de proposición jurídica una cantidad de manifestaciones de voluntad estatal que supera el derecho legislado y consuetudinario. A su vez, no se discute que el contenido de la Constitución en gran parte no está sancionado por amenazas de coacción sino que muchas de sus exigencias, si acaso, sólo son aseguradas mediante la nulidad o la anulabilidad de los actos que no se corresponden con ella; así la falta de respeto de las formas de la procedimiento normativo hace parcialmente responsables a los órganos que actúan contra la Constitución, mientras que suelen ser irresponsables los órganos que participaron de forma prominente en la procedimiento normativo y, en el mejor de los casos, la nulidad o la anulabilidad será la consecuencia de su conducta antijurídica. Este fenómeno, sin embargo, como es sabido, no es ninguna peculiaridad del derecho constitucional, sino que se encuentra también en considerable proporción en el derecho legislado y reglamentario. Particularmente es una característica del derecho procesal sancionar los deberes de los órganos sólo con las consecuencias de la anulabilidad y, en casos extremos, de la nulidad del acto, cuando se trata de un caso de una contravención, pero no se sanciona con la amenaza de pena y ejecución. El derecho constitucional es en lo esencial un reglamento de procedimiento y competencias para otros órganos estatales. Por consiguiente, quien saca del ordenamiento jurídico al derecho constitucional formal a causa de una falta aparente de carácter coactivo de modo consecuente debería mantener de igual manera esta afirmación para todo el derecho que aparece en forma de ley o reglamentos.