

# **DISCUSIONES**

AÑO II - Nº 2

## **Inconstitucionalidad y Derogación**



# PRESENTACIÓN

Con cierta frecuencia se afirma que los problemas filosóficos carecen de solución; que no hay progreso en filosofía. Estas afirmaciones se basan normalmente en la decepción que produce constatar que los mismos temas reaparecen una y otra vez en la agenda de discusión. Sin embargo, aún cuando fuese verdad que los problemas filosóficos no pueden ser resueltos de manera definitiva, es indudable que el *modo* en que los problemas son formulados es un aspecto importante de los cambios en las discusiones filosóficas. Esto significa que el debate en filosofía tiene un valor especial ya que es precisamente este intercambio racional de argumentos lo que clarifica los problemas y otorga vitalidad a sus nuevas formulaciones. El reconocimiento de la relevancia del debate filosófico y la necesidad de contribuir al mismo son las razones que nos impulsan a presentar *DISCUSIONES* como una revista dedicada al análisis de problemas de teoría del derecho, ética, filosofía política y social.

Esta revista no pretende ser el órgano de difusión de ninguna escuela filosófica en particular y, por consiguiente, espera beneficiarse del debate entre diversas corrientes de pensamiento. *DISCUSIONES* intenta ofrecer un marco de intercambio que permita la crítica y la defensa de las ideas presentadas. Cada número de la revista será dedicado a la discusión de un trabajo central, seguido por una serie de estudios críticos y una réplica por parte de los autores del trabajo principal.

El objetivo de *DISCUSIONES* es integrar ámbitos de debate, conectar grupos de investigación de distintos lugares del mundo, y ofrecer un espacio institucional para tareas comunes. Por esta razón, se intentará que cada volumen sea coordinado por un *editor invitado*, que se encargará de seleccionar el tema a debatir, y los autores de los diferentes trabajos. Cada volumen incluirá una presentación de la discusión a cargo del editor del número en cuestión. En este sentido, invitamos calurosamente a proponer temas de debate o a asumir las tareas de editor. La evaluación de las propuestas de debate, así como también de la calidad de los trabajos centrales de cada discusión, estará a cargo de la dirección de la revista y del Consejo Asesor.u4ejm

# INTRODUCCIÓN

Daniel Mendonca

1. La primera fórmula adoptada con éxito en la historia del constitucionalismo para controlar la compatibilidad de las normas legales respecto de las constitucionales consistió en encomendar tal tarea al conjunto del aparato judicial ordinario. Se trata de una fórmula introducida en Estados Unidos a la que es frecuente denominar “sistema americano”. La tradición constitucional europea, sin embargo, no era compatible, en general, con un control sobre las leyes por parte del aparato judicial. Por ello, la introducción en Europa del control de constitucionalidad de las leyes se ha llevado a cabo mediante la creación de un órgano especializado, separado e independiente, tanto del poder legislativo como del ejecutivo y del judicial. Este sistema alternativo es comúnmente denominado “sistema austríaco”<sup>1</sup>.

El sistema americano de *judicial review of legislation* es un sistema difuso, declarativo y concreto: difuso porque sobre la base de él cualquier juez está legitimado para ejercitar el control de constitucionalidad de las leyes que debe aplicar; declarativo porque el juez que inaplica la ley inconstitucional no la anula, sino que se limita a no tenerla en cuenta, dando fe de la incompatibilidad existente entre la ley y la Constitución; concreto porque el pronunciamiento de la inconstitucionalidad de la ley no representa el resultado de una ponderación abstracta y general de su alcance, sino que devuelta, *incidenter tantum* y con efectos únicamente *inter partes*, con referencia a la aplicación que la ley debe tener en el juicio, en el curso del cual la decisión se devuelve.

El sistema austríaco de *Verfassungsgerichtsbarkeit* se presenta, en cambio, contrariamente, como un sistema concentrado, constitutivo y abstracto: concentrado porque la competencia para decidir las cuestiones de constitucionalidad de las leyes se sustrae a los jueces ordinarios para ser reservada al *Verfassungsgerichtshof*; constitutivo porque la posible sentencia de admisión del recurso tiene como efecto específico el cese de la eficacia de la ley *ex nunc* y *erga omnes*, resolviéndose así en una actividad de “legislación negativa”, de acuerdo con la famosa fórmula kelseniana; abstracto porque las cuestiones de

constitucionalidad de las leyes son examinadas sobre la base de los recursos de sujetos específicamente legitimados para proponerlas y constituyen el objeto principal de dichos recursos, mientras son totalmente hipotéticos y eventuales sus reflejos sobre las aplicaciones concretas que la ley haya de recibir.

Un sistema mixto de control, por cierto, ha sido adoptado en países como Italia y Alemania. Este sistema recibe el carácter concreto y difuso del sistema americano y lo combina con la eficacia constitutiva de las decisiones de estimación con la concentración en un Tribunal Constitucional del cometido de decidir sobre cuestiones de constitucionalidad, y tal combinación se realiza mediante el expediente de la suspensión del juicio en curso ante el juez ordinario -juez *a quo*- y de la remisión de la cuestión de constitucionalidad al Tribunal Constitucional. De esta forma, las sentencias del Tribunal producen sus efectos, tanto en el juicio en el que surge la cuestión como en los otros juicios pendientes, según formas semejantes a las de las sentencias de los juicios americanos, como *erga omnes*, según formas semejantes a las del sistema austríaco.

2. Con base en los dos sistemas considerados, cabe distinguir dos tipos de sentencias en materia de control constitucional, a saber, sentencias declarativas y sentencias constitutivas<sup>2</sup>.

1) *Sentencias declarativas*. En su versión más pura, los efectos del fallo se limitan al caso concreto. Pueden existir múltiples fallos, provenientes de diferentes tribunales, no coincidentes en torno de la constitucionalidad de una norma, y con criterios y fundamentos diversos. Radicada la cuestión en el máximo tribunal, lo resuelto por él se limita a la causa concreta. Cualquier tribunal puede cambiar de criterio, incluso el supremo. Además, la norma reputada inconstitucional sigue vigente, salvo que se alegue nuevamente su inconstitucionalidad, supuesto en que se reabre el debate, causa por causa. Si el máximo tribunal reputa inconstitucional una ley en infinidad de causas, ese pronunciamiento no se aplica al caso de una nueva ley, igual a la precedente. También en ese caso se habrá de reabrir el debate, caso por caso. Por último, si se declara inconstitucional a una ley, eso no implica la declaración de inconstitucionalidad de otra ley análoga o similar.

2) *Sentencias constitutivas*. En su versión más nítida, las sentencias constitutivas procuran respuestas unificadas en materia constitucional mediante un tribunal especializado que monopoliza el control de constitucionalidad. Los fallos tienen efecto *erga omnes* e importan la anulación de la norma legal cuando es declarada inconstitucional por una sentencia estimatoria. Tales fallos obligan también a los demás tribunales y a la administración pública. En su variable más

dura, declarada inconstitucional una norma, el debate queda cerrado a su respecto y no se vuelve a replantear, dentro o fuera del tribunal constitucional.

3. Los ensayos que recoge el presente volumen giran, precisamente, en torno a la operación de declaración de inconstitucionalidad y a sus relaciones con la operación de derogación de normas. Sobre la base de una evaluación inicial propuesta por RODRÍGUEZ-ORUNESU-SUCAR respecto de ambas operaciones, la discusión es ampliada y matizada mediante contribuciones de SCHMILL, GUASTINI, EZQUIAGA y PEROT. Más allá de las coincidencias y discrepancias puntuales, por cierto, todos los trabajos comparten el objetivo común de proveer una reconstrucción conceptual que resulte teóricamente adecuada a las intuiciones de los operadores jurídicos y fecunda en su práctica cotidiana.

La importancia del tema en cuestión puede medirse, desde luego, por la amplitud y riqueza del debate suscitado. Los ensayos tratan temas como el de la ontología de las normas jurídicas, su validez y aplicabilidad, el alcance de la tesis kelseniana de la cláusula alternativa tácita, el carácter constitutivo de los fallos judiciales y, por supuesto, el vínculo entre la declaración de inconstitucionalidad y la derogación de normas.

Es posible que el análisis propuesto requiera todavía mayor atención respecto de la expresión “norma inconstitucional”, pues ella resulta especialmente multívoca, en el sentido de que alude a situaciones muy diversas. Esa diversidad procede en lo sustancial, de los distintos modos como una norma puede hallarse en conflicto con la Constitución, esto es, con los diferentes factores que pueden viciar el carácter constitucional de la norma en cuestión. Los juristas emplean, indistintamente, para aludir a esta situación, expresiones variadas: “incompatibilidad”, “inadecuación”, “disconformidad”, “contradicción”, “oposición”, “colisión” y “conflicto” son algunos de ellos. En todos los casos, se pretende descalificar a cierta norma legal por afectar, de algún modo, a otra norma, de rango constitucional<sup>3</sup>. Creo que este tema debería ser objeto de reflexión futura.

Asimismo, pienso que debería ser objeto de nuevo análisis la operación misma de control constitucional, pues de acuerdo con una versión extendida, cuando se impugna una ley ante los tribunales por no ser conforme con el mandato constitucional, el juzgador sólo tiene que realizar una tarea: colocar el artículo invocado de la Constitución al lado del artículo de la ley impugnada y decidir si éste último cuadra con el primero. Esta es, obviamente, una sobresimplificación ingenua del mecanismo de control de constitucionalidad de las leyes. En el mejor de los casos, quizás ese control pueda darse de la forma propuesta cuando se

consideran mandatos muy específicos claramente inconstitucionales. Lo cierto es que el mecanismo sugerido resulta irreal y simplista para la gran mayoría de los casos sometidos a control, dado que muy rara vez la inconstitucionalidad de una ley aparece superficial. Al esquema anterior bien puede oponerse otro distinto, menos ingenuo, en virtud del cual el mecanismo en cuestión involucra normas como objeto y parámetro de control: el control de constitucionalidad se realiza, no comparando los artículos o textos legales con los constitucionales, sino las normas que expresan tales artículos, de acuerdo con determinada interpretación<sup>4</sup>. Tal ponderación consiste en determinar si las normas legales son, con relación a las normas constitucionales, *secundum constitutionem* o *contra constitutionem*. Esta observación permite afirmar que todo control de constitucionalidad exige, necesariamente, la interpretación de los textos legales y constitucionales involucrados.

En cualquier caso, el control constitucional constituye un asunto de enorme importancia jurídica y política. Espero que este libro, al analizar algunos de los problemas que suscita, contribuya a un mejor entendimiento de su modo de funcionar y su potencial para dar forma a sistemas más rigurosos de producción legislativa y revisión jurisdiccional.

## Notas

1 LOEWENSTEIN, K. *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1970, 308-21.

2 SAGÜÉS, N. *La interpretación judicial de la Constitución*, Depalma, Buenos Aires, 1998, 219-20.

3 En otra ocasión sugerí distinguir cinco circunstancias muy diversas en las que cabe emitir un juicio de descalificación de ese tipo con base en alguna clase de incompatibilidad respecto de la Constitución: incompatibilidad lógica o contradicción, incompatibilidad axiológica o colisión, incompatibilidad pragmática o violación, incompatibilidad fáctica o inadecuación e incompatibilidad formal o infracción. Ver MENDONCA, D. *Cómo hacer cosas con la Constitución*, Litocolor, Asunción, 1999, 74-80.

4 SAGÜÉS, N. *Recurso extraordinario*, Astrea, Buenos Aires, 1989, 136; EZQUIAGA, F. *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999, 41-120 y 236-257.

# INCONSTITUCIONALIDAD Y DEROGACIÓN\*

Claudina Orunesu\*\*

Jorge L. RODRÍGUEZ\*\*

Germán Sucar\*\*

## RESUMEN

La teoría general del derecho debe asumir el desafío de proveer una reconstrucción conceptual de las instituciones jurídicas que resulte suficientemente explicativa de las más corrientes intuiciones de los operadores del derecho y, a la vez, adecuada para que pueda resultarles de utilidad en su práctica cotidiana. En este trabajo se emprenderá el intento de satisfacer esa doble exigencia en el análisis de la inconstitucionalidad de las normas jurídicas y sus relaciones con la operación de derogación. A tal fin, se explorará el tradicional problema de la existencia de las normas inconstitucionales con el propósito de disolverlo, mostrando la dependencia que media entre el modo en que las normas pueden existir y el concepto de "norma" que se asuma (CARACCIOLO 1997). Se analizarán centralmente dos nociones de norma: la que las identifica con formulaciones normativas no interpretadas y la que las identifica con formulaciones normativas interpretadas. La segunda permitirá advertir cómo puede conciliarse la concepción sistemática del derecho con su dinámica. Aprovechando la distinción entre sistema y orden jurídico (ALCHOURRÓN-BULYGIN 1976), se examinarán dos modelos de reconstrucción del resultado que producen los actos de promulgación y derogación de normas, según se interprete que el criterio jerárquico de *lex superior* opera preservando o restableciendo la consistencia: el modelo del *orden jurídico depurado* y el modelo del *orden jurídico no depurado*. Sobre tales bases, se intentará demostrar la independencia conceptual entre la inconstitucionalidad de una norma y su derogación. A continuación se evaluarán los diferentes sistemas de control de constitucionalidad, así como la posibilidad en cualquiera de ellos de dar sentido tanto a la derogación de una norma declarada inconstitucional como a la declaración de inconstitucionalidad de una norma derogada. El análisis se cerrará con el estudio crítico de un fallo reciente de los tribunales argentinos.

## I. INTRODUCCIÓN

Para la teoría del derecho siempre ha representado un problema el *status* de las normas inconstitucionales. Sintéticamente podría exponerse la cuestión del siguiente modo: sólo se asignan efectos jurídicos a las normas que satisfacen ciertas condiciones. Así, una norma formulada por un profesor de derecho en una clase como ejemplo no tiene que ser tomada en cuenta por los jueces para la resolución de los casos que se les someten a juzgamiento. La satisfacción de las condiciones requeridas permite calificar a una norma jurídica como “válida”. Ahora bien, las normas inconstitucionales son inválidas, esto es, no satisfacen todas las condiciones que permiten predicar “validez” a su respecto. Ello por cuanto la constitución, como norma de la máxima jerarquía dentro del orden jurídico, fija los requisitos que deben reunir las normas de rango inferior para ser admitidas como parte del derecho. Esta idea fue presentada por JOHN MARSHALL en su famoso voto en el caso “*Marbury vs. Madison*” con las siguientes palabras:

“Es una afirmación demasiado fundamental como para ser controvertida el que o bien la constitución controla cualquier acto legislativo contrario a ella, o bien la legislatura puede modificarla a través de actos ordinarios. Entre estas dos alternativas no existe punto intermedio. La constitución es o bien una norma superior y dominante, inmodificable a través de medios comunes, o bien se encuentra en el mismo nivel con los actos legislativos corrientes y, como ellos, puede ser alterada cuando la legislatura así lo desea... Si un acto de la legislatura, contrario a la constitución, se encuentra viciado, ¿puede no obstante su invalidez tener fuerza obligatoria en los tribunales y obligar a los jueces a otorgarle efectos? O, en otras palabras, pese a no ser derecho, ¿instituye una regla tan operativa como si fuese derecho? Esto sería tanto como destruir en los hechos lo que ha sido establecido por la teoría, y parecería a primera vista un absurdo demasiado grosero como para que se insista en él.”<sup>1</sup>

No obstante lo dicho, las normas inconstitucionales muchas veces producen efectos jurídicos, al menos en tanto su inconstitucionalidad no haya sido declarada por un órgano del Estado. ¿Cómo es posible entonces explicar que una norma inválida produzca efectos jurídicos?

Encontrar una respuesta satisfactoria para este interrogante no constituye un mero ejercicio de sofisticada teoría general, ya que en la discusión dogmática y en la práctica constitucional, la inexistencia de una reconstrucción teórica adecuada uniformemente aceptada ocasiona considerables dificultades. Es importante destacar que el punto en cuestión ha sido presentado ordinariamente como un problema ontológico, esto es, concierne al sentido en el que cabe

decir que una norma inconstitucional “existe”, lo cual probablemente no ha hecho más que complicar el debate.<sup>2</sup>

## II. El problema de la “existencia” de las normas inconstitucionales

### II.1. Kelsen y la cláusula alternativa tácita

Puede resultar esclarecedor comenzar con un análisis del tratamiento ofrecido a este problema por parte de uno de los filósofos del derecho más profundos y relevantes del siglo veinte: HANS KELSEN.

KELSEN identifica la validez de una norma con su existencia. Conceptualmente, “norma” es definida por el autor de la *Teoría Pura del Derecho* como el sentido objetivo de un acto de voluntad prescriptivo, donde el “sentido objetivo” resulta ser aquél que corresponde asignarle en virtud de lo establecido por otra norma. Así, una prescripción emitida por quien no tiene competencia para hacerlo no puede ser calificada como “norma”.

Específicamente respecto de las normas jurídicas, KELSEN sostiene que el derecho regula su propia creación, ya que en su seno existen normas que establecen las condiciones para la producción válida de otras normas. Una norma jurídica es válida si ha sido dictada por el órgano, siguiendo el procedimiento y con el contenido que establecen otras normas jurídicas, que se consideran por ello jerárquicamente superiores a aquella. Por consiguiente, siempre que medie un conflicto entre dos normas jurídicas de diferente jerarquía, ese conflicto debe resolverse dando preferencia a la norma superior, puesto que si las condiciones de validez de la norma inferior son fijadas por la superior, una norma inferior que se encuentra en conflicto con ella no es válida, esto es, sencillamente no existe. Claro ejemplo de este tipo de normas jurídicas lo constituirían las denominadas “normas inconstitucionales”. Así, KELSEN sostiene que

“La afirmación de que una ley válida es “inconstitucional” constituye una *contradictio in adjecto*. Puesto que una ley sólo puede ser válida fundándose en la constitución. Si hay alguna razón para suponer que es válida, el fundamento de su validez se encuentra en la constitución. De una ley inválida no podría sostenerse que es inconstitucional, puesto que ley inválida no es ley alguna, siendo jurídicamente inexistente, sin que sobre ella sea posible formular ningún enunciado jurídico” (KELSEN 1960:277).

Sería una contradicción porque desde la perspectiva kelseniana, la calificación de “ley” -o, más en general, de “norma”- se reserva para el sentido

que cabe acordarle a un acto de prescripción siempre que haya sido dictado por alguien autorizado a hacerlo en virtud de otras normas, mientras que la calificación de “inconstitucional” se utilizaría, justamente, cuando dicha autorización no existe.

Pero KELSEN paralelamente reconoce la posibilidad de que una norma inconstitucional produzca efectos jurídicos en tanto no medie una declaración de inconstitucionalidad por parte de un órgano del Estado. Claro que esta idea no resulta fácilmente conciliable con las consecuencias que se derivan de la identificación entre “validez” y “existencia” respecto de este punto, esto es, que las normas inconstitucionales no existen en ningún sentido significativo. Para intentar salvar esta dificultad, KELSEN se ve forzado a idear una alambicada respuesta *ad hoc*: su teoría de la cláusula alternativa tácita.

De acuerdo con esta idea, toda norma de competencia que atribuye potestad a una autoridad para promulgar nuevas normas con ciertos contenidos incluye una cláusula alternativa tácita que autoriza al órgano en cuestión a promulgar normas con cualquier contenido. En otras palabras, aunque las normas constitucionales fijen, por ejemplo, restricciones en cuanto al contenido que pueden tener las normas inferiores, debería interpretarse que disposiciones semejantes van acompañadas de una tácita autorización al legislador o al juez para apartarse de lo expresamente dispuesto en ellas. Con esta interpretación, el legislador estaría autorizado a promulgar normas que respeten las restricciones impuestas por la constitución *o normas con cualquier contenido*, y el juez estaría autorizado a dictar sentencias ajustándose a lo prescripto por las normas generales del sistema *o sentencias con cualquier contenido*.

No se reproducirán aquí todas las objeciones que se han dirigido contra esta doctrina. Bastará con mostrar sólo dos de sus consecuencias, que resultan fatales para la teoría del derecho de KELSEN:

a) Con respecto a la creación de normas, la teoría de la cláusula alternativa tácita deja en letra muerta la idea kelseniana de la estructura jerárquica del orden jurídico (*Stufenbau*) puesto que si existe una autorización tácita para promulgar normas aunque ellas sean incompatibles con otras supuestamente superiores en jerarquía, la idea misma de superioridad jerárquica pierde sentido.

b) Con respecto a la aplicación de normas, la teoría de la cláusula alternativa tácita priva a todas las normas generales de su normatividad: cualquiera sea el curso de acción que elija el juez respecto de un caso individual, siempre se conformará con la norma general que debe aplicar, de modo que no sería posible infringir las normas generales. Ello significaría, además, que los jueces

poseen discrecionalidad absoluta para crear cualquier norma individual ya que las normas generales en nada determinarían los actos de aplicación. Esto resulta incompatible con el propósito de KELSEN de encontrar un justo medio entre el formalismo y el decisionismo (cf. BULYGIN 1995).

Como lo expresa RUIZ MANERO correctamente, toda la teoría kelseniana de la interpretación, creación y aplicación de las normas jurídicas colapsa si se acepta la doctrina de la cláusula alternativa tácita (cf. RUIZ MANERO 1990).

## II.2. Sobre la existencia de las normas jurídicas

Según BULYGIN, dos fueron las fuentes que llevaron a KELSEN a su doctrina de la cláusula alternativa tácita. En primer lugar, la ambigüedad con la que KELSEN utiliza el término “validez de una norma” y el sentido en que puede decirse que una norma “existe”. En segundo lugar, la idea kelseniana de que las decisiones judiciales tienen carácter constitutivo. Respecto de lo primero, BULYGIN ha advertido en diversos trabajos la importancia de distinguir diferentes conceptos de existencia de una norma (cf. BULYGIN 1982, 1990, 1995 y 1999).

a) Existencia fáctica: un primer sentido en el que podría decirse que una norma “existe” es para aludir al hecho de que un cierto grupo social la acepta como pauta de conducta y de crítica a quienes se apartan de ella. Muchas veces se dice que una norma está “en vigor” o “vigente” en un grupo social para hacer referencia a este concepto de existencia. En la *Teoría Pura del Derecho* se reserva para él la expresión “eficacia”. KELSEN califica como “eficaz” a una norma cuando tiene un mínimo de acatamiento o, en caso de que no sea obedecida, cuando las autoridades aplican sanciones a los transgresores. La misma idea aparece en la obra de ROSS bajo la expresión “norma vigente”: una norma es vigente cuando la predicción de que será usada por los jueces en la justificación de sus decisiones es verdadera. También puede rastreársela en la teoría de HART, si se interpreta como tal su concepto de *aceptación* de una norma como pauta de comportamiento de un grupo social. Cuando se predica esta propiedad de una norma se afirma que existe una cierta relación entre ella y la conducta de un grupo social, razón por la cual la existencia fáctica de una norma no podría derivarse de otra norma. Se trataría, en consecuencia, de una noción *descriptiva* de ciertos hechos. Además, sería *relativa*, tanto respecto del grupo social de referencia, como respecto de un cierto tiempo.

b) Existencia como pertenencia: se dice que una norma existe en este sentido cuando ella pertenece o es miembro de un cierto sistema normativo. KELSEN parece aludir a esta idea cuando concibe a la validez como la “existencia específica” de una norma. Los juristas utilizan diferentes criterios para identificar

cuándo una norma pertenece a un cierto sistema jurídico. Por ejemplo, el que establece que es parte del sistema porque ha sido promulgada y no derogada por una autoridad que cuenta con competencia para hacerlo (criterio genético o de *pedigree*), o porque es una consecuencia lógica de otras normas que pertenecen al sistema (criterio de deducibilidad). Pero esos serían distintos criterios de una única noción de existencia de las normas: en cualquiera de esos casos, decir que una norma “existe” aludiría al hecho de que ella integra un cierto conjunto. Por ello, esta noción de existencia sería *descriptiva* (de la relación de pertenencia a un cierto conjunto normativo) y *relativa* (pues obviamente una norma puede pertenecer a un conjunto y no pertenecer a otro).

c) Existencia como fuerza obligatoria: una norma tiene fuerza obligatoria cuando otra norma impone el deber de obedecerla. Siguiendo a BULYGIN, este concepto de existencia como obligatoriedad debería ser cuidadosamente deslindado del de existencia fáctica. Decir que una norma existe en sentido fáctico sería *describir* el hecho de que cierto grupo social la emplea como pauta para regir sus acciones. En cambio, decir que una norma existe en el sentido aquí considerado sería *prescribir* el deber de obedecerla. Manifestar que en Sudáfrica, vigente el *apartheid*, se aceptaban de hecho normas que imponían un trato diferencial entre las personas en función de su raza no implica formular ningún juicio acerca de su obligatoriedad. Podría afirmarse, sin contradicción, la existencia de una norma semejante en sentido fáctico y, a la vez, predicar que su cumplimiento no es obligatorio. Cuando alguien dice que una norma existe en este sentido tampoco se limitaría a describir que cierta norma impone el deber de cumplir otra, sino que estaría prescribiendo él mismo el deber de obedecerla. Por ello, este concepto sería *prescriptivo* y no descriptivo. Además, sería *absoluto* porque no aludiría a una relación sino a un atributo.

d) Existencia formal: otro sentido que explora BULYGIN en el que cabría decir que una norma existe es el que denomina “existencia formal”. En su criterio, una norma existe formalmente si ha sido formulada por alguien o si es una consecuencia lógica de una norma formulada por alguien, sin adentrarse a considerar si esa persona es una autoridad competente o no. Este sería a su juicio el concepto más elemental de existencia por su mayor abstracción respecto de los restantes. No sería, en cambio, más abarcativo, ya que ciertas normas podrían no existir en este sentido pero sí en alguno de los otros. Las normas consuetudinarias, por ejemplo, no existen en sentido formal porque no han sido formuladas por nadie, ni son consecuencia lógica de otras normas formuladas. Pero podría afirmarse que existen, ya sea porque pertenecen al sistema, porque poseen fuerza obligatoria, o porque tienen existencia fáctica.

e) Existencia como aplicabilidad: también en ocasiones se dice que una norma existe en el sentido de que los jueces tiene el deber *jurídico* (no moral

como en c) de aplicarla. Así, una norma  $N_1$  sería aplicable cuando existe otra norma  $N_2$  perteneciente al sistema jurídico  $S_j$  que impone a ciertos órganos la obligación de aplicar  $N_1$  respecto de ciertos casos. Como puede apreciarse, este sentido sería, al igual que los sentidos a, b y d, descriptivo y relativo.

Es importante aclarar que el conjunto de las normas aplicables, esto es, el conjunto de las normas que los órganos de aplicación deben tomar en cuenta para justificar sus decisiones, no es extensionalmente equivalente al conjunto de las normas pertenecientes al sistema jurídico. En efecto, puede ocurrir que exista la obligación, impuesta por normas del sistema, de aplicar otras normas que no pertenecen a él.

Por la importancia que esta última cuestión posee para el objeto central de este trabajo, merece un análisis algo más detallado. Constituye una intuición común el pensar que la aplicabilidad de una norma depende de su pertenencia a un sistema jurídico, es decir, que la pertenencia a un sistema jurídico es una condición necesaria para la aplicabilidad de una norma (cf. SCHAUER 1991:119). Sin embargo, a menudo los jueces tienen que decidir controversias utilizando normas que ya no son parte de sus sistemas jurídicos, por ejemplo, en casos de ultra-actividad de normas penales más benignas. Estas normas han sido derogadas pero retienen su aplicabilidad para ciertas situaciones. Por esta razón, STEPHEN MUNZER distingue entre el período *durante el cual* una norma es válida y el período *para el cual* ella es válida (cf. MUNZER 1977). El período durante el cual una norma es válida es el tiempo en el que la norma pertenece al orden jurídico y, para ello, debe satisfacer los criterios de validez que éste fija. El período para el cual la norma es válida:

“...es el intervalo en el cual ella gobierna el status jurídico de los actos a los que se aplica. Para ser válida durante un período, una norma debe satisfacer los criterios de validez en algún momento. No se sigue, sin embargo, que su período de existencia deba ser el mismo que el período para el cual la norma es válida” (MUNZER 1977).

Como puede apreciarse, MUNZER todavía concede un papel importante a la pertenencia al sistema jurídico cuando afirma que una norma no puede ser *válida para* un cierto período sin haber sido previamente *válida en* un cierto momento en el sistema jurídico.

Sin embargo, algunas veces, por ejemplo en casos de derecho internacional privado, los jueces invocan para justificar sus decisiones normas que nunca han

pertenecido a sus sistemas jurídicos. Y, en tanto que sus decisiones basadas en esas normas de derecho extranjero están jurídicamente justificadas, se sigue que estas normas son aplicables pese a no pertenecer al sistema. Por esta razón, los sistemas jurídicos son caracterizados como *sistemas normativos abiertos*, ya que ellos a veces confieren aplicabilidad a disposiciones que no forman parte del sistema. De este modo, debería rechazarse que la pertenencia al sistema sea una condición necesaria de la aplicabilidad de una norma. Éste parece ser el camino escogido por RAZ, cuando señala que la pertenencia a un sistema jurídico no puede agotar la noción de validez ya que algunas normas jurídicamente válidas no satisfarían tal condición (cf. RAZ 1979:149).

La moraleja de la propuesta de RAZ es asociar la pertenencia a un sistema jurídico con la aplicabilidad de las normas, en el sentido que toda norma que pertenece al sistema es aplicable y no puede ser ignorada por los órganos de decisión. De esta manera, la pertenencia al sistema jurídico sería una condición suficiente para la aplicabilidad de una norma.<sup>3</sup>

Discriminados estos sentidos de existencia, se puede analizar bajo una nueva luz el problema que supone la idea kelseniana de la cláusula alternativa tácita. Como se dijo, KELSEN emplea un único término (“validez”) para aludir tanto a la pertenencia como a la fuerza obligatoria. Es más, parece presuponer que todas y sólo las normas que tienen “existencia específica” dentro de un sistema jurídico poseen fuerza obligatoria, por lo que pertenencia y fuerza obligatoria resultarían dos categorías al menos coextensivas. Ahora bien, las normas inconstitucionales poseerían fuerza obligatoria en tanto no hayan sido declaradas tales por un órgano del Estado. Pero debido a la coextensionalidad entre pertenencia y fuerza obligatoria, ello implicaría que deben pertenecer al sistema. Es por esta razón que KELSEN se ve forzado a decir que el legislador está (al menos tácitamente) autorizado para dictar normas inconstitucionales.

A partir de la discriminación entre los distintos sentidos de existencia que se han examinado aquí someramente, BULYGIN sostiene que las normas inconstitucionales no existen en el sentido de pertenecer al sistema jurídico, pero sí pueden existir en cualquiera de los restantes sentidos, esto es, pueden poseer existencia formal, fáctica, fuerza obligatoria y aplicabilidad. No habría entonces contradicción alguna en decir que las normas inconstitucionales existen y, a la vez, que no existen, si “existencia” significara algo distinto en cada caso. Su análisis constituiría un ejemplo de que a veces una ampliación de la ontología permite simplificar la teoría.

### II.3. Sobre el carácter constitutivo de la declaración de inconstitucionalidad

La segunda razón que habría conducido a KELSEN a su doctrina de la cláusula alternativa tácita es que las decisiones judiciales no serían meramente declarativas sino que poseerían carácter constitutivo, tanto de hechos como de normas. Esta afirmación debe ser analizada con algún detalle desde que no es claro lo que significa decir que una decisión judicial es constitutiva o declarativa. La idea de KELSEN parece ser la siguiente: los jueces no se limitan a derivar mecánicamente las consecuencias que se siguen de las normas generales del sistema frente a los casos que deben resolver, sino que toman decisiones que son constitutivas de los derechos y obligaciones de las partes. Y ello sería así incluso en los casos en los que el contenido de la decisión adoptada por el juez se encuentre en conflicto con lo que se sigue de las normas generales del sistema. En esos casos, quien interpreta que la decisión del juez es ilegal, posee normalmente recursos para intentar corregir el error. Sin embargo, no todas las opiniones respecto de la ilegalidad de una sentencia o la inconstitucionalidad de una ley tienen el mismo peso: en los sistemas jurídicos existen normas que califican las opiniones de ciertos órganos al respecto, en el sentido que les acuerdan competencia para resolver las disputas en torno a la ilegalidad o inconstitucionalidad de otras normas. Supóngase que ese órgano integra el poder judicial, como ocurre en Argentina. Si la decisión de un juez es reputada ilegal por una persona, ella debe recurrir a otro órgano del poder judicial para que resuelva sobre la cuestión. Ahora bien, supóngase que se agota la vía recursiva, llegándose al órgano judicial de mayor jerarquía a plantear la cuestión (en Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación), y dicho órgano se pronuncia considerando ajustada a derecho la decisión del juez inferior. No existiendo ningún otro órgano ante quien plantear reclamo alguno, la decisión se vuelve irrevocable. En consecuencia, el problema de la inconstitucionalidad de una ley o la ilegalidad de una sentencia no podría ser analizado sin tomar en cuenta cuál es el órgano competente para resolver esas cuestiones de conformidad con las normas del sistema jurídico de que se trate, y si en la opinión de tal órgano la norma es válida, entonces ella produciría plenos efectos jurídicos.

Este punto de vista de KELSEN, evidentemente incompatible con sus manifestaciones en torno a la estructura jerárquica de los sistemas jurídicos, no es sino el producto de una confusión entre el carácter definitivo de ciertas decisiones y su infalibilidad, dos cuestiones que fueron cuidadosamente distinguidas por HART. Una decisión puede ser definitiva, en el sentido que no puede ser cuestionada ante ningún otro órgano y, no obstante, ser equivocada. Los órganos de mayor jerarquía dentro del poder judicial, al resolver las disputas

en torno a la inconstitucionalidad de las leyes o la ilegalidad de las sentencias dictadas por otros jueces, pueden tomar decisiones a cuyo respecto no quepa recurso alguno. Pero el carácter definitivo de tales decisiones no les acuerda corrección. Si una norma ha sido dictada en violación de la constitución, eso no cambia por el hecho de que la Corte Suprema rechace un pedido de declaración de inconstitucionalidad. Las pautas de corrección de una decisión judicial son independientes del carácter final o definitivo que pueda tener esa decisión (cf. BULYGIN 1995).<sup>4</sup>

Estamos básicamente de acuerdo con las dos líneas de crítica marcadas por Eugenio BULYGIN. No obstante, pensamos que un desarrollo más profundo de ambas ideas puede enriquecer considerablemente la discusión y, en particular, ofrecer una reconstrucción satisfactoria de las relaciones entre inconstitucionalidad y derogación. Nos ocuparemos en los dos puntos siguientes de la cuestión de la existencia de las normas inconstitucionales para luego centrar la atención en los mecanismos de control de constitucionalidad y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad. Finalmente, comentaremos brevemente un fallo reciente de un tribunal argentino que interpretó que no es posible declarar inconstitucional una norma derogada.

### **III. Ambigüedad de las expresiones “norma jurídica” y “sistema jurídico”**

#### **III.1. Conceptos de “norma” y ontología de las normas**

En el punto anterior se ha analizado el modo en que BULYGIN propone distinguir diferentes sentidos de “existencia” de las normas a fin de señalar que puede predicarse existencia de las normas inconstitucionales en algunos de ellos y no en otros. Si bien consideramos bien orientada esa sugerencia, no debe pasar inadvertido que ella presupone una cierta noción de “norma”: aquella según la cual las normas son entendidas como formulaciones lingüísticas con una interpretación determinada. En otras palabras, de conformidad con esta idea sólo puede hablarse de “norma” una vez que se ha identificado o atribuido una cierta interpretación a un texto legal. Sin embargo, tanto en el uso jurídico como en las discusiones filosóficas, la expresión en cuestión resulta ambigua, algo que el propio BULYGIN acepta (cf., por ejemplo, ALCHOURRÓN-BULYGIN 1981). Podrían distinguirse en tal sentido al menos cuatro diferentes concepciones de las normas:

a) Concepción sintáctica: se identifica a las normas con enunciados de determinadas características, es decir, ciertas entidades lingüísticas en las que se emplean expresiones tales como “obligatorio”, “prohibido”, “permitido”, etc. VON WRIGHT reserva la expresión “formulaciones normativas” para aludir a tales

entidades (cf. VON WRIGHT 1963:109).

b) Concepción semántica: las normas son entendidas como el significado de cierto tipo de enunciados (las formulaciones normativas), por lo que se trataría de entidades semejantes a las proposiciones. Los enunciados a través de los cuales se formulan las normas serían meras expresiones lingüísticas; las normas serían los significados atribuidos a tales enunciados prescriptivos, así como las proposiciones son los significados de los enunciados descriptivos.

c) Concepción mixta sintáctico-semántica: desde este punto de vista las normas son concebidas como entidades lingüísticas bajo una cierta interpretación. Podría decirse que no se califica aquí como “norma” ni a una simple formulación lingüística ni tampoco a su significado, sino a la correlación de este último a la primera. No obstante, esta forma de expresarse podría llevar a creer que el significado es una entidad independiente de la formulación, presupuesto éste que no es necesario asumir, razón por la cual resulta preferible decir que para esta concepción las normas son formulaciones normativas significativas (cf. MORESO-NAVARRO 1993:30-31).

d) Concepción pragmática: según ella las normas son el resultado del uso prescriptivo del lenguaje. Una misma proposición -se sostiene- podría servir para afirmar, ordenar, interrogar, conjeturar, etc., y, consiguientemente, cada uno de tales actos originaría un resultado distinto: una afirmación, una norma, una pregunta, una conjetura, etc. Desde esta perspectiva, en consecuencia, no sería ni en el nivel sintáctico, ni en el nivel semántico en el que podría distinguirse entre las normas y otro tipo de entidades, sino sólo en el nivel pragmático, esto es, al detenerse a considerar el uso que se hace del lenguaje.

No es nuestra intención profundizar el estudio de estas distintas concepciones, sino destacar que, como bien lo ha puesto de manifiesto CARACCILO, los sentidos en los que puede decirse que una norma “existe” se encuentran condicionados por la noción de norma de la que se parta.

“Las respuestas a los interrogantes existenciales relativos a una norma o a una particular subclase de normas dependen, como es obvio, de una elucidación conceptual previa acerca de la referencia del término “norma”. La elección de un concepto *determina* una cierta ontología, e.i. el tipo de entidades que son las normas y, por consiguiente, sus condiciones de existencia... Pero inversamente, la elección de una cierta ontología, no determina *per se* una única noción posible... el discurso usual adjudica simultáneamente a las normas condiciones de existencia que corresponden a concepciones ontológicas incompatibles” (CARACCILO 1997).

Esto permite concluir que la propuesta de BULYGIN al diferenciar distintos sentidos de “existencia” de las normas debe ser corregida:

“Las entidades posibles sólo pueden existir de dos maneras recíprocamente excluyentes: o bien los miembros de una clase de entidades existen empíricamente, o bien existen de un modo ideal o abstracto... E. BULYGIN menciona cuatro nociones de existencia que se utilizan en relación a las normas. En rigor, como no hay cuatro nociones de “existencia”, lo que se puede discutir, de hecho, son diversos conceptos de lo que hay que entender por “norma”, cada uno de los cuales determina el modo en que existen las normas, si se admite que realmente existen” (CARACCILO 1997).

De manera que las cuatro nociones que BULYGIN distingue, esto es, pertenencia, eficacia, fuerza obligatoria y “existencia formal” (a las que nosotros sumamos la aplicabilidad, siguiendo otros trabajos del autor), deberían ser más bien interpretadas como propiedades o relaciones que pueden predicarse de las normas y no como sentidos de “existencia”. Sólo habría, siguiendo a CARACCILO, dos formas en que las normas podrían existir: empíricamente o abstractamente, y ello dependería de cómo se las conciba.

El punto tiene importantes derivaciones respecto del problema que aquí se analiza, ya que el sentido en que puede decirse que una norma inconstitucional “existe” varía fundamentalmente según qué concepción de las normas se adopte. A fin de no introducir complicaciones innecesarias, y dado que en el uso corriente de los juristas la voz “norma” se emplea a veces para aludir a un texto o entidad lingüística y otras a su interpretación, sólo consideraremos dos alternativas: la existencia de las normas inconstitucionales entendidas como formulaciones no interpretadas y la existencia de las normas inconstitucionales entendidas como formulaciones interpretadas.

### **III.2. Inconstitucionalidad de las normas como formulaciones no interpretadas**

Uno de los sentidos en que se emplea la expresión “validez” es para hacer referencia a la creación regular de una norma. La validez en este sentido depende de la conformidad con normas de jerarquía superior, y no debe ser identificada con la pertenencia de una norma al sistema. Ello así por cuanto no todas las normas de un sistema jurídico pueden pertenecer a él en virtud de la legalidad del acto de su creación.<sup>5</sup> En efecto, el criterio de legalidad presupone la pertenencia de otras normas al sistema, de modo que la pertenencia de al menos una norma de éste no podrá justificarse en virtud de la legalidad de su creación. Tales normas suelen ser calificadas como soberanas, no derivadas o independientes.

La validez así entendida, esto es, como regularidad de la creación normativa -que es el sentido con el que emplearemos de aquí en más esta expresión salvo aclaración en contrario-, puede predicarse tanto del acto de promulgación como de la norma promulgada, sea que se califique así a la formulación lingüística dada a conocer por la autoridad normativa o al significado que a ella le atribuye un intérprete (cf. GUASTINI 1992). Como ya se dijo, las exigencias impuestas por normas jerárquicamente superiores pueden referirse tanto al órgano competente para la promulgación de la norma, al procedimiento a seguir para ello, como al contenido de la norma en cuestión. Es corriente hablar, en los primeros dos casos, de “validez formal” y en el último de “validez material”. Tal como lo señala GUASTINI, la validez formal es una calificación que concierne primariamente a los actos de creación normativa, mientras que la validez material se predica básicamente de formulaciones normativas interpretadas (cf. GUASTINI 1992).

La inconstitucionalidad sería entonces una especie del género “invalidez”: se hablaría de inconstitucionalidad cuando la invalidez resultase del incumplimiento de los requisitos impuestos por normas contenidas en la constitución (las normas de la máxima jerarquía) para la creación de otras normas.

Veamos primero en qué sentido puede decirse que una norma inconstitucional existe, si por ella se entiende una formulación normativa no interpretada que ha sido creada irregularmente por falta de satisfacción de los requisitos impuestos para ello por normas contenidas en la constitución.

El calificativo de “inconstitucional” asignado a una norma así concebida sólo podría aludir a un vicio formal relativo al acto de su promulgación por parte de un órgano incompetente o por un procedimiento impropio (inconstitucionalidad formal). Dado que se entiende aquí por “norma” a un simple texto normativo sin adentrarse a considerar su significado, y dado que no hay relaciones lógicas entre entidades semejantes, la evaluación de la compatibilidad lógica de dicho texto con las interpretaciones que se atribuyan a los textos constitucionales sólo podría cumplirse en una etapa posterior, de modo que no cabría predicar de tales entidades ni validez ni invalidez desde el punto de vista material. Con todo, de manera secundaria o derivada (y un tanto impropia) podría hablarse de la inconstitucionalidad material de una norma así entendida como forma abreviada de aludir a una formulación normativa promulgada válidamente desde el punto de vista formal, cuya interpretación resultara inconciliable con la que cabe asignar a las formulaciones constitucionales. No obstante, esto resultaría todavía problemático puesto que, debido a la ambigüedad del lenguaje en el

que las normas se formulan, una misma formulación normativa puede ser susceptible de más de una interpretación. Así, podría ocurrir que algunas de las interpretaciones posibles del texto considerado fuesen compatibles con la constitución y otras no. Sólo en el caso límite en el que toda interpretación posible de la formulación bajo análisis fuese inconsistente con lo preceptuado por la constitución, podría reputársela (con las salvedades indicadas *supra*) materialmente inconstitucional.

En concordancia con lo expuesto, GUSTINI señala que:

“...usualmente el Tribunal Constitucional Italiano declara inválida aquella formulación legal que no resulta susceptible de ninguna interpretación consistente con la constitución, de tal manera que todas las normas expresadas por esa formulación resultan inconsistentes con normas de mayor jerarquía. A veces, sin embargo, una y la misma formulación legal es susceptible de varias interpretaciones: puede expresar tanto normas consistentes con la constitución como normas inconsistentes con ella. En tales casos el Tribunal usualmente se resiste a declarar inválida a la formulación (y en consecuencia al texto) como tal... En consecuencia, la formulación preserva su validez... No obstante, no puede ser interpretada de modo que genere una inconsistencia con la constitución” (GUSTINI 1992).

En principio, tratándose de entidades lingüísticas, las normas inconstitucionales así entendidas poseen existencia empírica en la medida en que hayan sido formuladas. Podría predicarse de ellas pertenencia a un cierto conjunto de formulaciones, pero no parece que pueda interpretarse a un conjunto semejante como equivalente a lo que los juristas llaman “sistema jurídico” u “orden jurídico”, dado que de éstos últimos se excluye a las normas inválidas. No parece que pueda predicarse, en cambio, eficacia, fuerza obligatoria, o aplicabilidad de meros textos, a menos que se lo haga como una forma indirecta de aludir a la interpretación que corresponda asignarles. Claro que en este último caso se repetirían las dificultades que acabamos de analizar con respecto a la inconstitucionalidad material producto de su posible ambigüedad.

La existencia empírica que correspondería a las normas entendidas como formulaciones no interpretadas podría considerarse una virtud de esta concepción. Ello debido a la dificultad que ofrecen otras (como veremos a continuación) para vincular la existencia de las normas con el acaecimiento de ciertos hechos (actos de promulgación y derogación). Sin embargo, esta virtud sólo se conserva al precio de apartarse demasiado de los usos lingüísticos ordinarios. En efecto, tal existencia empírica sólo puede predicarse de formulaciones lingüísticas-caso, esto es, entidades concretas, localizadas en el espacio y en el tiempo, fenómenos

físicos (como los sonidos de un lenguaje hablado) u objetos físicos (como las marcas en un papel del lenguaje escrito) y no, en cambio, de formulaciones lingüísticas-tipo, esto es, formas lingüísticas abstractas, arquetipos o modelos ideales de los cuales distintas formulaciones-caso pueden ser ejemplos (cf. ORAYEN 1989:19 y ss.).

Así, cada ejemplar de una edición del Código Civil Argentino contendría un conjunto de formulaciones-caso, que serían instancias de un mismo conjunto de formulaciones-tipo: la forma lingüística abstracta “Código Civil Argentino”.

En verdad, sólo existen empíricamente las formulaciones lingüísticas concretas, ya sea gráficas o sonoras, pero en el uso corriente de los juristas, cuando se utiliza la expresión “norma” para aludir a textos, no se hace referencia a las formulaciones-caso sino a las formulaciones-tipo. De lo contrario, debería admitirse, por ejemplo, que existen tantos artículos primero del Código Civil Argentino como emisiones gráficas o sonoras del mismo se hagan, lo cual no parece ser aquello a lo que se refieren los juristas con la expresión “artículo primero del Código Civil Argentino”, ni siquiera cuando pretenden aludir a su texto y no a su significado.

Pero lo peor del caso es que por este camino tampoco puede ofrecerse una reconstrucción satisfactoria de la vinculación entre la existencia de las normas y los actos de creación normativa. Piénsese en el Congreso votando un proyecto de ley: cada legislador tiene frente a sí una formulación-caso diferente al votar por su aprobación o rechazo. ¿Cuál sería la formulación-caso que se convierte en ley si la mayoría brinda su aprobación?

### **III.3. Las normas como formulaciones interpretadas. Estática y dinámica jurídica**

En el punto anterior se dijo que la inconstitucionalidad de una norma entendida como formulación no interpretada concierne en sentido propio a un vicio formal en su promulgación (inconstitucionalidad formal). Análogamente, si se concibe a las normas como formulaciones interpretadas, su inconstitucionalidad sólo puede en sentido propio aludir a la incompatibilidad entre ellas y las disposiciones contenidas en la constitución (inconstitucionalidad material).

Es que las formulaciones interpretadas son entidades abstractas y, por consiguiente, poseen una existencia atemporal: no tiene sentido decir que comienzan o dejan de existir. Y ello con independencia de que se asuma una

concepción puramente semántica de las normas, interpretándoselas como significados de las formulaciones normativas, o una concepción mixta sintáctico-semántica, es decir, que se califique como “norma” a una formulación normativa significativa. La razón a que esto obedece es que, en esta última hipótesis, aunque pueda hablarse tanto de formulaciones-caso significativas (cuya existencia es empírica) como de formulaciones-tipo significativas (cuya existencia es abstracta), en virtud de lo consignado en el último párrafo del punto anterior, no parece que el calificativo de “normas jurídicas” pueda asignarse sino a estas últimas.

Tendría sentido, pues, predicar inconstitucionalidad de una norma entendida como formulación interpretada en razón de su incompatibilidad lógica con normas constitucionales. En cambio, la inconstitucionalidad formal remite a un vicio en el acto de promulgación, sea porque éste fue cumplido por un órgano incompetente, sea porque el procedimiento seguido no fue el adecuado, y no se advierte a primera vista cómo podrían tales circunstancias repercutir sobre una entidad abstracta y atemporal. Esta cuestión se vincula con un problema más general, cual es la dificultad de coordinar esta noción de norma con la idea de que las normas jurídicas poseen una existencia temporal, esto es, con la dinámica del derecho.

Antes de abordar el tratamiento de esa dificultad vale la pena destacar que la concepción de las normas como formulaciones interpretadas posee una considerable ventaja sobre la que hemos analizado previamente cuando se analiza al derecho desde el punto de vista estático: permite captar la intuición de que el derecho no sólo está conformado por las normas expresamente promulgadas por el legislador, sino también por todas aquellas que sean consecuencias lógicas de esas normas. Esa intuición se halla implícita en nuestras prácticas jurídicas cotidianas: si una norma de la constitución exige mayoría simple de votos para la válida aprobación de un cierto tipo de ley, y una ley semejante es votada por los dos tercios del cuerpo legislativo en cuestión, cualquier jurista admitiría que esa ley es válida. Pero eso presupone la aceptación de que la constitución no se limita a las normas expresamente promulgadas sino que comprende todas sus consecuencias lógicas.

Desde este punto de vista, un sistema jurídico estaría compuesto por un conjunto de normas expresamente promulgadas y un conjunto de normas que, si bien no han sido expresamente promulgadas, son admitidas en el sistema jurídico por derivarse lógicamente de las primeras. Parece evidente que las condiciones de pertenencia al sistema de estos dos conjuntos de normas son diferentes: las normas promulgadas se consideran parte de él si el acto de su

promulgación se encuentra autorizado por normas del sistema (criterio de legalidad); las normas no promulgadas pertenecen al sistema si son consecuencias lógicas de las normas que integran el sistema (criterio de deducibilidad). Siendo ello así, aún cuando en algún sentido al menos derivado pudiera predicarse “validez formal” de las normas expresamente promulgadas, parece claro que esa calificación no puede aplicarse a las normas no promulgadas, ya que con la expresión “validez formal” se hace referencia a la regularidad del acto de promulgación, la cual obviamente no puede tener incidencia alguna respecto de la pertenencia al sistema de una norma que no ha sido promulgada. En consecuencia, las normas no promulgadas no son ni válidas ni inválidas desde el punto de vista formal. GUASTINI sostiene, en contra de lo que se acaba de señalar, que las normas no formuladas son “formalmente inválidas” justamente por las mismas razones, lo cual lo lleva a la siguiente conclusión:

“...en caso de conflicto entre ambos, el criterio material prevalece sobre el formal. La validez material es “más fuerte” que la validez formal. En consecuencia, si una norma es válida tanto en sentido formal como en sentido material, no hay problemas. Sin embargo, a) una norma formulada, aunque sea formalmente válida, es no obstante reputada inválida si resulta inconsistente con normas de jerarquía superior; b) una norma no formulada, aunque sea formalmente inválida, es no obstante considerada válida siempre que pueda ser convincentemente derivada a partir de alguna norma formulada (formalmente válida)” (GUASTINI 1992).<sup>6</sup>

No compartimos esta idea al menos por dos razones. En primer lugar, porque si, como se ha intentado justificar aquí, y esto es algo que GUASTINI parece compartir, validez formal y validez material se predicen al menos en sentido originario de entidades diferentes (la primera, de formulaciones no interpretadas; la segunda, de formulaciones interpretadas), entonces no tiene sentido decir que una de ellas prevalece sobre la otra.

En segundo lugar, porque como también admite GUASTINI, las condiciones de validez de normas promulgadas y de normas no promulgadas son distintas. En palabras de BULYGIN, que ya se han citado, la legalidad de la creación y la deducibilidad son dos criterios diferentes de pertenencia de normas a un sistema. De manera que no se exige la satisfacción conjunta de ambos respecto de toda norma: puede considerarse miembro de un sistema jurídico a una norma porque satisface el criterio de legalidad y no el de deducibilidad y a otra porque satisface el criterio de deducibilidad y no el de legalidad. Pero entonces no puede calificarse como inválida a una norma no promulgada porque no satisface una condición de validez que es propia de las normas promulgadas.

Por otra parte, GUASTINI afirma que si una norma promulgada es formalmente válida pero materialmente inválida, se la reputa inválida. No agrega a ello, como cabría esperar, que si una norma promulgada es materialmente válida pero formalmente inválida, también se la reputa inválida. De esto y lo consignado respecto de las normas no promulgadas no se sigue que la validez material sea, en algún sentido, más fuerte que la formal. Lo que se seguiría, en todo caso, es que habría en los sistemas jurídicos normas (las expresamente promulgadas) para cuya validez se requeriría de la satisfacción conjunta de condiciones formales y materiales, y otras (las no promulgadas expresamente) para cuya validez sólo se requeriría la satisfacción de condiciones materiales. Aún así, no hacemos nuestra esta conclusión porque la primera de estas dos afirmaciones exige un análisis más exhaustivo.

Se advirtió oportunamente que la noción de sistema jurídico que se viene empleando hasta aquí se reservaba para un análisis del derecho desde un punto de vista estático. En este sentido, el derecho puede ser concebido básicamente como un conjunto de normas. Ahora bien, es usual considerar asimismo que el derecho conserva su unidad en el tiempo, aunque su contenido varíe por la promulgación de nuevas normas o la derogación o reforma de las existentes. Como bien lo han destacado ALCHOURRÓN y BULYGIN, cuando se contempla al derecho desde una perspectiva dinámica, no puede interpretárselo como un conjunto de normas, ya que la identidad de un conjunto depende de la identidad de los elementos que lo componen. Por consiguiente, si con la expresión “sistema jurídico” se alude a un conjunto de normas que comprende todas sus consecuencias lógicas, habrá un nuevo sistema jurídico toda vez que se admita una variación en su contenido (cf. ALCHOURRÓN-BULYGIN 1976).

Debido a esa limitación, se requiere de una reconstrucción más compleja a fin de dar cuenta de la dinámica del derecho, esto es, de esa unidad que permanece constante pese a los cambios ocasionados con cada acto de promulgación, reforma o derogación. ALCHOURRÓN y BULYGIN propusieron denominar, con una terminología que se ha impuesto desde entonces, “orden jurídico” a la secuencia de distintos sistemas (estáticos) que se sucederían en el tiempo como consecuencia de los actos de producción normativa. Con cada acto válido de promulgación de una norma, y con cada acto válido de reforma o derogación, se generaría un nuevo conjunto (“sistema jurídico”) en una secuencia única que constituiría el orden jurídico, cuya identidad dependería de la regularidad de los cambios.

La distinción entre sistema jurídico y orden jurídico permite conciliar la

concepción de las normas como formulaciones interpretadas con la existencia temporal del derecho. Aunque las normas sean concebidas como entidades abstractas y, por ello, atemporales, la reconstrucción de ALCHOURRÓN y BULYGIN permitiría asociar conjuntos distintos de tales entidades al acaecimiento de ciertos hechos (actos válidos de promulgación o derogación). La ocurrencia de esos hechos sería utilizable como criterio empírico para delimitar un conjunto de entidades no empíricas. Que el contenido del derecho cambia con la ocurrencia de ciertos hechos significaría que a cada uno de esos hechos se asocian conjuntos distintos de normas, lo cual no implica que las normas que conforman esos conjuntos posean existencia temporalmente acotada, sino que con cada acto válido de promulgación o derogación varía la referencia del término “derecho”. El orden jurídico sería, pues, la secuencia de conjuntos de normas que resultan delimitados por actos de promulgación y derogación autorizados por normas que integran algún conjunto anterior de la secuencia (cf. CARACCILO 1997).

Con la reconstrucción ofrecida sobre la base de la distinción entre sistema y orden jurídico, la concepción de las normas como formulaciones interpretadas parece teóricamente más rica que la explorada en primer término puesto que permite dar cuenta tanto del carácter sistemático del derecho, es decir, de que el derecho está conformado por todas las consecuencias lógicas de las normas promulgadas, como de su carácter dinámico. Antes de profundizar el análisis de la inconstitucionalidad de las normas así interpretadas es necesario detenerse a evaluar más a fondo este último aspecto del derecho.

De todos modos, puede concluirse con lo visto hasta aquí que, ya sea que se conciba a las normas como formulaciones interpretadas o no interpretadas, la existencia de una norma no depende de su constitucionalidad (formal o material). Esta última característica puede sí determinar que se la considere o no parte del derecho y puede repercutir sobre los efectos que se le reconozcan, pero esas son cuestiones diferentes.

#### **IV. Dinámica del derecho**

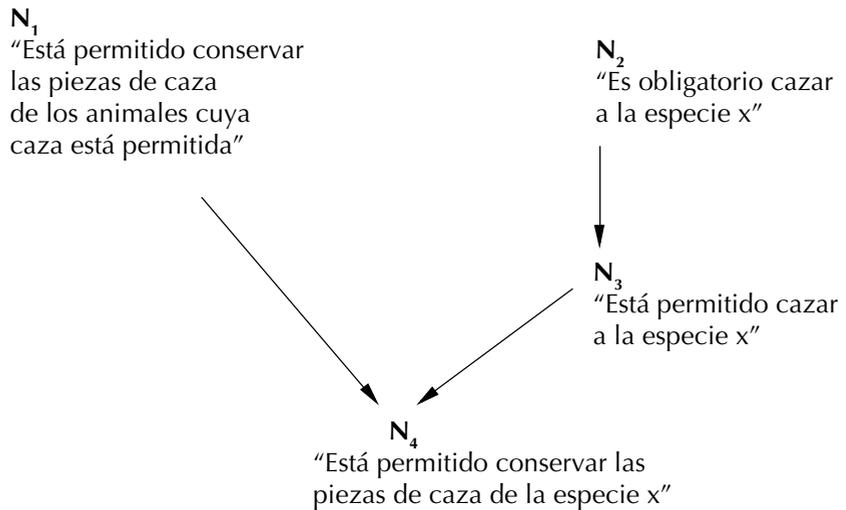
##### **IV.1. Efectos de la promulgación de normas**

Tal como fuera demostrado por ALCHOURRÓN y BULYGIN (a quienes seguiremos en el desarrollo de este punto), la distinción introducida entre las nociones de sistema y orden jurídico permite analizar de manera rigurosa cuáles son las consecuencias de los actos de promulgación y derogación de normas jurídicas (cf. ALCHOURRÓN-BULYGIN 1976; ALCHOURRÓN-BULYGIN 1981 y ALCHOURRÓN 1982).<sup>7</sup>

Como se dijo, cuando se promulga una norma, si ese acto es cumplido por una autoridad competente y por el procedimiento debido de acuerdo con lo que disponen otras normas del sistema, se produce el reemplazo de ese sistema por uno nuevo en la secuencia que conforma un mismo orden jurídico.

A primera vista se diría que el nuevo sistema quedará conformado por la totalidad de las normas del sistema anterior más la nueva norma promulgada. Sin embargo, la operación de promulgación no es tan simple, pues el nuevo conjunto es normalmente mucho más amplio. Supóngase que se denomina  $\alpha$  a un conjunto de normas explícitamente formuladas por el legislador en un cierto tiempo  $t$ . Un sistema jurídico está formado por un conjunto de normas explícitamente formuladas y la totalidad de las consecuencias lógicas que se siguen de ellas, de modo que en el tiempo  $t$  el sistema jurídico estará integrado por  $\alpha$  más todas las normas que sean consecuencias lógicas de  $\alpha$ . Ahora supóngase que el legislador promulga en un tiempo  $t_{+1}$ , posterior a  $t$ , la norma  $\mathbf{N}$ . Ese acto, si constituye un acto válido de promulgación, producirá el reemplazo del sistema vigente en el tiempo  $t$  por un nuevo sistema jurídico. Pero el nuevo sistema no estará conformado exclusivamente por  $\alpha$ , las consecuencias lógicas que se segúan de  $\alpha$  y la nueva norma  $\mathbf{N}$ : el nuevo sistema estará compuesto por  $\alpha$  más todas sus consecuencias lógicas,  $\mathbf{N}$  más todas sus consecuencias lógicas y todas aquellas consecuencias que se sigan de la unión de  $\alpha$  con  $\mathbf{N}$ , y que no sean derivables ni sólo de  $\alpha$  ni sólo de  $\mathbf{N}$ . En otras palabras, el conjunto de las consecuencias de  $(\alpha+\mathbf{N})$  habitualmente resulta más amplio que la suma de las consecuencias de  $\alpha$  más las consecuencias de  $\mathbf{N}$ .

Para apreciarlo mejor, considérese el siguiente ejemplo: en un sistema jurídico se permite conservar las piezas de caza de aquellos animales cuya caza está permitida ( $\mathbf{N}_1$ ), y la autoridad normativa decide declarar plaga nacional a cierta especie animal, lo que se interpreta que conlleva la obligación para toda persona de matar a los ejemplares de dicha especie ( $\mathbf{N}_2$ ). El nuevo sistema resultante de este acto de promulgación contendrá sin dudas la norma originaria ( $\mathbf{N}_1$ ) y todas aquellas normas que fueran consecuencia de ella, así como la nueva norma promulgada ( $\mathbf{N}_2$ ) y todas sus consecuencias, entre ellas, que está permitida la caza de la especie animal en cuestión ( $\mathbf{N}_3$ ), permisión que se sigue del deber impuesto por  $\mathbf{N}_2$ . Pero esa consecuencia, en conjunción con la norma originaria, permite a su vez derivar una consecuencia que no se sigue ni sólo del sistema anterior ni sólo de la nueva norma dictada: que está permitido conservar las piezas de caza de la especie declarada plaga nacional ( $\mathbf{N}_4$ ).



ALCHOURRÓN y BULYGIN sostienen que el resultado de la operación de promulgación de una norma resulta siempre identificable, una vez que se han identificado las normas explícitamente promulgadas así como el sistema anterior en la secuencia. Y como el resultado de toda promulgación sería siempre un único sistema nuevo, podría decirse que esta operación es *unívoca*.

Corresponde aclarar que una autoridad normativa puede promulgar válidamente una formulación normativa cuyo significado es equivalente al de una norma formulada preexistente o es derivable de las normas formuladas preexistentes. La consideración teórica de este supuesto varía según se asuma la concepción semántica o la concepción sintáctico-semántica de las normas. En el primer caso, el acto de promulgación no producirá un nuevo sistema en la secuencia, ya que las normas (los significados) en juego no habrán variado. En el segundo, dado que "norma" es según esta concepción una formulación significativa, dos formulaciones con el mismo significado son, no obstante, dos normas diferentes. Por ello, desde este punto de vista, el acto de promulgación en cuestión producirá un nuevo sistema en la secuencia que contendrá dos normas redundantes. En ambas hipótesis, luego de la promulgación, los mismos casos siguen siendo correlacionados con las mismas soluciones. De acuerdo con MORESO y NAVARRO, este tipo de promulgación será denominada "promulgación formal", por oposición al caso antes analizado que podría denominarse "promulgación material" (cf. MORESO-NAVARRO 1993).

## IV.2. Efectos de la derogación de normas

La derogación de una norma puede generar diversas situaciones. En primer lugar, en analogía con la situación comentada en el último párrafo del punto anterior, un acto de derogación puede tener por exclusiva finalidad la eliminación de una formulación normativa superflua, sin hacer variar las soluciones que el sistema ofrece. Desde el punto de vista de la concepción semántica, el acto en cuestión no producirá un nuevo sistema en la secuencia puesto que las normas (los significados) no resultan alteradas, mientras que, de conformidad con la concepción sintáctico-semántica, se generará un nuevo sistema en el que quedará suprimida la norma redundante, pero que resultará lógicamente equivalente al anterior. Pueden denominarse “derogaciones formales” a estos actos, por oposición a los restantes que se examinarán, a los que calificaremos como “derogaciones materiales” ya que producen variaciones en las soluciones normativas.

Supóngase ahora que en un sistema normativo como el del ejemplo antes presentado se quisiera derogar la norma  $N_2$ , esto es, aquella norma explícitamente promulgada por el legislador que obligaba a cazar ciertos animales. Parece claro a partir de lo dicho en torno a la promulgación que si el acto de derogación es válido, producirá el reemplazo del sistema originario por otro sistema en la secuencia, en el cual no se encontrará ni la norma explícitamente derogada, esto es,  $N_2$ , ni tampoco ninguna de sus consecuencias, tanto directas -esto es, aquellas que se seguían exclusivamente de  $N_2$ , como es el caso de  $N_3$ - como indirectas -esto es, aquellas que se seguían de  $N_2$  en conjunción con las restantes normas del sistema, como es el caso de  $N_4$ -.

De modo que, cuando se deroga una norma formulada, lo que resulta eliminado del sistema no es simplemente la norma expresamente derogada: resultarán también eliminadas todas las normas para cuya derivación resulte necesaria la norma que ha sido expresamente derogada. De manera que la derogación de una norma formulada se propaga hacia todas sus consecuencias. El resultado de esta especie de derogación, al igual que el de la promulgación y el de la derogación formal, es siempre unívoco, en el sentido que siempre será un único sistema identificable.

Supóngase que en lugar de la derogación anterior, el legislador desea derogar la norma  $N_3$ , esto es, aquella norma no promulgada en forma explícita sino derivada de otra que sí promulgó explícitamente, que permite cazar ciertos animales. En el caso analizado, la norma  $N_3$  se deriva exclusivamente de la

norma  $N_2$ . Siguiendo el mismo razonamiento que en el caso anterior, parece que en el nuevo sistema no podrá subsistir dicha norma ni tampoco ninguna de sus consecuencias -por ejemplo, la norma  $N_4$ -. Pero además, será menester eliminar también aquella norma de la que ella se deriva. De no ser así, la norma en cuestión seguirá derivándose en el sistema a partir de la que la implica. Por consiguiente, una primera conclusión que se impone es que la derogación de una norma derivada proyecta sus efectos tanto hacia las normas implicantes como hacia las normas implicadas.

Supóngase finalmente que el legislador deroga la norma  $N_4$ , esto es, aquella que establece que está permitido conservar las piezas de caza de la especie animal declarada plaga nacional. Aquí también se trata de la derogación de una norma derivada, pero dicha norma no se sigue sólo de  $N_1$  ni sólo de  $N_2$ , sino de la conjunción entre ambas. En el sistema que resulte de esta derogación no debería estar presente la norma expresamente derogada (en el caso,  $N_4$ ) ni sus consecuencias lógicas. No obstante, ello no es suficiente: si en el nuevo sistema subsistieran las normas  $N_1$  y  $N_2$ , seguiría derivándose de ellas  $N_4$ . Por consiguiente, algo más debe ser eliminado del nuevo sistema. Pero como la norma que aquí se quiere derogar es una consecuencia lógica, no de una, sino de dos o más normas formuladas, una de estas últimas deberá ser eliminada. Ahora bien, no hay ningún criterio lógico que indique cuál ha de desecharse. El resultado de esta operación será, por consiguiente, no un sistema, sino un conjunto de sistemas alternativos: puede lograrse la eliminación de  $N_4$ , sea eliminando  $N_2$  (y, en consecuencia, también  $N_3$ ) o bien eliminando  $N_1$ .

Siguiendo a ALCHOURRÓN y BULYGIN, se usará la expresión *indeterminación lógica* del sistema resultante de un acto de derogación para hacer referencia a aquella situación en la cual, en lugar de un sistema, aparecen varios sistemas alternativos como candidatos a suceder al original en la secuencia de sistemas del orden jurídico. Las indeterminaciones resultantes de una derogación de normas derivadas son muy frecuentes, sobre todo en aquellos casos en los que al promulgarse una nueva ley se establece como cláusula en ella que “*se derogan todas las disposiciones que se oponen a la presente*”. Tales cláusulas genéricas pueden provocar derogaciones de normas derivadas y así ocasionar indeterminaciones.

Frente a situaciones como la analizada, es necesario escoger entre alguno de los sistemas alternativos posibles. Para ello deben tomarse en cuenta ciertas condiciones racionales de adecuación para el proceso de derogación: 1) ninguna norma explícitamente derogada debe permanecer en el sistema resultante, y 2)

los cambios que se introduzcan en el nuevo sistema deben ser los mínimos que resulten necesarios para satisfacer la condición 1).

La segunda de estas condiciones introduce una doble exigencia de minimización de los cambios respecto del sistema anterior (o, si se prefiere, de maximización del resultado de la derogación): por una parte, debe eliminarse la menor cantidad de normas a fin de lograr la exclusión de aquellas que se quiere derogar (minimización cuantitativa); pero, además, debe preferirse la eliminación de las normas que se reputen menos importantes (minimización cualitativa). Por cierto que estos criterios de adecuación no resuelven todo problema posible. Así, en nuestro ejemplo, el criterio de minimización cuantitativa claramente permite excluir como posibilidad la eliminación tanto de  $N_1$  como de  $N_2$ , ya que para eliminar  $N_4$  alcanza con la eliminación de una de las dos normas formuladas. Pero eso todavía deja subsistentes dos alternativas, y toda vez que eso ocurra podría resultar que la utilización del criterio de minimización cuantitativa ofrezca una solución en conflicto con lo que resulte de la aplicación del criterio de minimización cualitativa.<sup>8</sup> De manera que a veces la elección entre las diversas alternativas en juego deberá llevarse a cabo tomando en cuenta otras pautas tales como cuál sea la solución que más se ajusta a las intenciones del legislador al derogar, la mayor justicia de una de esas alternativas u otras pautas valorativas semejantes.

### **IV.3. Inconstitucionalidad de formulaciones normativas interpretadas**

Con el análisis de los procesos de promulgación y derogación que antecede podemos ahora abocarnos a considerar la inconstitucionalidad de las normas como formulaciones interpretadas.

En primer lugar, como ya se ha señalado, sólo en un sentido impropio puede predicarse inconstitucionalidad de una norma entendida como texto interpretado si el vicio que la provoca es de carácter formal. Ello en razón de que las formulaciones interpretadas no dependen para su existencia de ningún acto de promulgación. De acuerdo con la reconstrucción ofrecida, tales actos, así como los de derogación, sólo habilitan a asociar conjuntos diferentes de formulaciones interpretadas como miembros de una secuencia en el tiempo que conforma el orden jurídico. Pero ello sólo es posible en la medida en que tales actos sean formalmente válidos, de modo que un vicio consistente en la promulgación por un órgano incompetente o por un procedimiento inadecuado no permitirá asociar un nuevo conjunto a la secuencia. Si con la expresión "norma inconstitucional" quiere aludirse a la interpretación de un texto normativo que

ha sido promulgado en virtud de un acto formalmente viciado, entonces las normas inconstitucionales así entendidas existen (abstracta y atemporalmente) pero no son parte del derecho. Estas normas pueden asimismo poseer fuerza obligatoria, ser aplicables o eficaces, pero no puede decirse que pertenezcan a ningún sistema del orden jurídico.

En cambio, no hay dificultad alguna en calificar como inconstitucional a una formulación normativa interpretada en razón de que ella resulta lógicamente incompatible con normas constitucionales. Al igual que en el caso anterior, la existencia de estas entidades es abstracta y atemporal, y pueden eventualmente poseer fuerza obligatoria, ser aplicables o eficaces. Pero la cuestión de su pertenencia o no a un sistema del orden jurídico es más compleja y depende de cómo se conciba a este último. Veamos porqué.

Frente a la existencia de una contradicción en un sistema jurídico, los legisladores y los jueces o intérpretes reaccionan de diferente modo. A fin de solucionar el problema, los legisladores pueden derogar una o las dos disposiciones en conflicto, modificar una de las normas a fin de introducir en ella una excepción en función de lo que la otra dispone, o bien dejar subsistente el conflicto para que sea el eventual intérprete o aplicador quien escoja una solución. Los jueces o intérpretes, frente al mismo problema, tienen en cierto sentido mayor libertad y en cierto sentido más limitaciones. Tienen mayor libertad por cuanto, si la interpretación que asignan en principio a un texto normativo resulta lógicamente incompatible con la atribuida a otro, disponen de un primer expediente para solucionar el problema que consiste en variar la interpretación de uno de ellos de tal modo que las normas resultantes no entren en conflicto. Pero si por esta vía no es posible salvar la dificultad porque los textos no dejan margen para encontrar una interpretación consistente de ambos, y dado que no se reconoce a jueces o intérpretes competencia para derogar normas, sus posibilidades resultan más acotadas que las del legislador. En tal situación no parece haber otra alternativa que optar por una de las dos normas en conflicto, dejando de lado a la otra. Para ello es menester hacer uso de algún criterio de preferencia entre normas. A veces el legislador establece criterios de preferencia a través de normas que fijan pautas generales de interpretación y aplicación. Otras veces esos criterios no pueden ser derivados del propio sistema jurídico, pero se consolidan en la práctica interpretativa. Entre esos criterios se cuentan aquel que privilegia la norma emanada del órgano de superior jerarquía *-lex superior-*, la promulgada con posterioridad en el tiempo respecto de otra emanada de un órgano de la misma jerarquía *-lex posterior-*, o la que posee menor grado de generalidad *-lex specialis-* (cf. ALCHOURRÓN-BULYGIN 1981).

Lamentablemente, y contra lo que suele creerse, el uso de estos tres criterios no permite solucionar todo posible conflicto normativo, y ello por dos razones: a) porque puede ocurrir que ninguno de ellos resulte aplicable respecto de cierto conflicto (si las dos normas han sido promulgadas por órganos de la misma jerarquía y no media entre ambas diferencia alguna en cuanto al tiempo de su promulgación ni a su generalidad); y b) porque puede ocurrir que respecto de cierto conflicto resulten aplicables más de uno de estos criterios y ellos ofrezcan preferencias incompatibles (si, por ejemplo, la contradicción se produce entre una norma anterior más específica y una posterior más general). Es por ello que a menudo los jueces y juristas se ven en la necesidad de recurrir a otro tipo de consideraciones a fin de privilegiar una de dos normas contradictorias (su mayor justicia, por ejemplo).

ALCHOURRÓN y BULYGIN sostienen que cuando se emplean estos criterios

“(...) los juristas tienden a decir que el conflicto no era más que aparente y que en realidad no había contradicción alguna. Esto puede ser verdad, siempre que se entienda por “sistema normativo” no un conjunto, sino un conjunto ordenado de contenidos normativos, de tal manera que las relaciones ordenadoras sean intrínsecas al concepto de sistema normativo. Esto muestra que los juristas usan - al menos en algunos contextos- la expresión “sistema normativo” en este sentido especial. Pero si por “sistema normativo” entendemos un conjunto ordenado de contenidos normativos, entonces toda modificación de las relaciones ordenadoras modifica automáticamente el sistema mismo. El hecho de que como resultado de una nueva ordenación el sistema suministre soluciones diferentes para los mismos casos muestra que se trata de otro sistema que no es idéntico al anterior, aun cuando contenga los mismos elementos” (ALCHOURRÓN-BULYGIN 1981).

De acuerdo con esto, los criterios de preferencia entre normas podrían entenderse como externos al sistema, brindando pautas de cómo aplicar sus normas, o internos al sistema y, por lo tanto, implícitos en la definición misma de “sistema jurídico”. Asumiendo esta última perspectiva, cabría todavía distinguir entre la versión estática y la versión dinámica de los sistemas jurídicos, habida cuenta de la ya comentada ambigüedad con la que se emplea esa expresión.

Así, desde un punto de vista estático, todos estos criterios de preferencia funcionan igual: frente a un conflicto normativo ellos permiten seleccionar una de las normas en juego. Pero desde un punto de vista dinámico pueden operar de dos maneras distintas: *ex ante*, preservando la consistencia e impidiendo que el acto de promulgación de una norma produzca un nuevo sistema en la secuencia si esa norma es lógicamente incompatible con alguna de las preexistentes; o *ex*

*post*, restableciendo la consistencia una vez que se ha admitido el ingreso de un sistema inconsistente en el orden jurídico. El criterio de *lex posterior* parece un claro ejemplo de esta segunda alternativa.

Siguiendo este enfoque, el criterio de *lex superior*, una de cuyas aplicaciones consiste en resguardar la supremacía material de la constitución, puede ser interpretado como operando *ex ante* o *ex post*, y cada una de esas interpretaciones da lugar a una diferente concepción del orden jurídico, a las que denominaremos respectivamente modelo del *orden jurídico depurado* y modelo del *orden jurídico no depurado*.

En la primera reconstrucción -el orden jurídico depurado- una de las condiciones de legalidad que debe satisfacer un acto de promulgación para permitir asociar un nuevo sistema al orden jurídico es que la norma o conjunto de normas promulgadas no resulten incompatibles con normas emanadas de un órgano jerárquicamente superior.<sup>9</sup> Se interpretaría así a esta condición como conceptualmente ligada a la noción de competencia, en el sentido que un órgano productor de normas actuaría fuera de su competencia si dictara una norma lógicamente incompatible con otra dictada por un órgano jerárquicamente superior, al menos en la medida de la incompatibilidad. El modelo de orden jurídico resultante es tal que en ninguno de los sistemas que lo conforman existirían inconsistencias entre normas emanadas de órganos de diferente jerarquía.

No parece plausible generalizar esta interpretación para todo posible conflicto entre normas, dado que ello significaría tanto como privar a cualquier órgano productor de derecho de la posibilidad de derogar las normas que él mismo dictó a través de la promulgación de otras nuevas incompatibles con las anteriores. Sí podría, en cambio, limitarse la interpretación ofrecida a cierto nivel jerárquico, preservándose por ejemplo la consistencia respecto de las normas constitucionales, pero sin que ello impida admitir conflictos entre normas emanadas de órganos de diferentes estratos dentro del conjunto de las normas infraconstitucionales.

En la reconstrucción alternativa -el orden jurídico no depurado-, todo acto de promulgación de una norma produce el ingreso de un nuevo sistema en la secuencia siempre que se satisfagan las condiciones formales relativas al órgano competente y al procedimiento debido. No se asume que un órgano productor de derecho carezca de competencia para promulgar normas incompatibles con otras promulgadas por órganos jerárquicamente superiores, de manera que si

esto ocurre, se integrará de todos modos un nuevo sistema en la secuencia, sólo que ese sistema resultará inconsistente por contener al menos dos normas en conflicto. Aquí el criterio de *lex superior* funcionaría *ex post*, operando para restablecer la consistencia una vez que el conflicto se ha producido.

En el modelo del orden jurídico depurado, las normas materialmente inconstitucionales, en la medida de su incompatibilidad lógica con normas constitucionales, no pertenecen a ningún sistema del orden, no serían “parte del derecho”, lo que como ya se dijo no obsta a que puedan producir ciertos efectos jurídicos (por poseer fuerza obligatoria, resultar aplicables o ser eficaces). En el modelo del orden jurídico no depurado, las normas materialmente inconstitucionales pasarían a formar parte del sistema que se integre al orden jurídico como resultado de su promulgación, serían en este sentido “parte del derecho” no obstante el vicio que poseen.

Es interesante destacar que el análisis de la dinámica del derecho varía según se asuma uno u otro modelo. En las páginas anteriores se desarrolló esquemáticamente, siguiendo a ALCHOURRÓN y BULYGIN, el resultado de los actos de promulgación y derogación de normas en el marco del modelo del orden jurídico no depurado. En el modelo del orden jurídico depurado, con el que parecen comprometidos entre otros KELSEN y GUASTINI, deben introducirse ciertas modificaciones. Veamos algunas a modo de ejemplo.

Se dijo, siguiendo el modelo del orden jurídico no depurado, que las operaciones de promulgación y derogación no eran simétricas, puesto que nada análogo a las indeterminaciones lógicas resultantes de la derogación de ciertas normas derivadas puede producirse como consecuencia de un acto de promulgación. En el modelo del orden jurídico depurado, en cambio, un acto de promulgación también puede producir indeterminaciones.

Como ya se expresó, no cabe predicar validez o invalidez formal de una norma no formulada, esto es, de una norma que integra un sistema jurídico sólo por derivarse lógicamente de otras normas que integran el sistema. Pero nada obsta a que ella resulte materialmente inválida por resultar lógicamente incompatible con normas jerárquicamente superiores. Podría pensarse que esto resulta conceptualmente imposible en el modelo del orden jurídico depurado, dado que como las normas expresamente promulgadas que se incorporan a un cierto sistema del orden no pueden ser materialmente inválidas -ya que el acto de su promulgación no produciría un nuevo sistema en la secuencia-, de ellas no podrían derivarse lógicamente normas incompatibles con las promulgadas

por órganos de jerarquía superior. Sin embargo, considérese el siguiente ejemplo. Supóngase un sistema jurídico cuya constitución prohíbe la responsabilidad objetiva en materia penal. En otras palabras, las normas penales de tal sistema no pueden atribuir sanciones a una persona sino en virtud de conductas que les sean personalmente imputables a título de dolo o culpa. Supóngase que se promulgan conjuntamente las dos normas siguientes:

$N_1$ : “Será sancionado con penas de multa y clausura el expendio o suministro de bebidas alcohólicas a menores de edad en un local comercial”.

$N_2$ : “Sólo será responsable por la infracción a la norma anterior la persona que efectivamente haya expendido o suministrado la bebida alcohólica a un menor de edad, sea éste el titular de la explotación comercial o un dependiente suyo”.

Ninguna de estas dos normas resulta violatoria de la prohibición de responsabilidad objetiva establecida por la norma constitucional, por lo que cabe pensar que el acto de su promulgación produce un nuevo sistema en la secuencia. Sin embargo, de la conjunción de ambas puede derivarse lógicamente la siguiente norma:

$N_3$ : “Si un empleado de un local comercial expende una bebida alcohólica a un menor de edad, se aplicará una sanción de multa y clausura”.

Esta norma sí resulta inconciliable con la prohibición constitucional de responsabilidad objetiva. Ello por cuanto la sanción de clausura afecta primordialmente al titular de la explotación comercial, no a su dependiente, en el caso responsable de la conducta tipificada por la norma  $N_1$ . Ahora bien,  $N_3$  no se deriva sólo de  $N_1$  ni sólo de  $N_2$ , sino de la conjunción de ambas, cada una de ellas perfectamente compatible con la exigencia constitucional. De manera que es posible que de dos (o más) normas formuladas acordes con la constitución se deriven lógicamente normas materialmente inconstitucionales.

Si una de las condiciones para la admisión de un nuevo sistema en la secuencia es que éste no contenga normas materialmente incompatibles con las promulgadas por órganos de jerarquía superior, entonces, en un supuesto como el del ejemplo, no podría admitirse que la norma  $N_3$  ingrese en un sistema del orden. Para evitar que esto ocurra, habría que considerar que una de las dos normas formuladas no ha ingresado al nuevo sistema (al menos sin alguna modificación), pero, ¿cuál de ellas? El acto de promulgación conjunta de  $N_1$  y  $N_2$

debería producir un nuevo sistema en la secuencia porque ninguna de las dos es lógicamente incompatible con las normas constitucionales, pero como no puede admitirse que ambas ingresen al nuevo sistema puesto que de su conjunción se deriva una norma materialmente inconstitucional, queda entonces indeterminado cuál es el nuevo sistema del orden jurídico. Como puede apreciarse, esta situación es perfectamente análoga a la que se daría como consecuencia de la derogación de una norma derivada que se sigue no de una sino de dos o más normas del sistema. De modo que en este modelo también pueden existir indeterminaciones resultantes de actos de promulgación “infelices”. Esto no se produce en la reconstrucción que ofrecen ALCHOURRÓN y BULYGIN simplemente porque ella se corresponde con lo que hemos denominado *modelo del orden jurídico no depurado*, en el cual la compatibilidad con normas jerárquicamente superiores no es una condición para la legalidad de los cambios.

Por otra parte, también varían los efectos de la derogación en el modelo del orden jurídico depurado. Considérese a modo de ejemplo un sistema jurídico cuya constitución prohíbe la expropiación sin justa compensación, en el cual se han dictado las dos normas siguientes:

$N_1$ : “Todos los edificios construidos en la manzana  $m$  de la ciudad  $C$  serán expropiados”.

$N_2$ : “Se otorgará a los propietarios de los inmuebles expropiados una suma de dinero equivalente al de su valor en el mercado al tiempo de la expropiación”.

Estas dos disposiciones, interpretadas conjuntamente, son consistentes con la norma constitucional. Supóngase que el legislador decide derogar la norma  $N_2$  y, sobre tales bases, el Estado expropia un inmueble sin otorgar justa compensación. Ante el reclamo de un particular, un juez debería optar por una de estas dos alternativas: o bien considerar con fundamento en la norma constitucional que, pese a la derogación de  $N_2$ , el Estado debe indemnizar, o bien reputar inconstitucional el acto de expropiación por transgredir el mandato constitucional. La primera hipótesis equivale a interpretar que el acto de derogación no ha producido en verdad un nuevo sistema en la secuencia, esto es, no ha logrado eliminar a  $N_2$ , porque una de las condiciones que debe satisfacer un acto de derogación en el modelo del orden jurídico depurado es que no produzca como resultado un sistema que contenga normas incompatibles con otras jerárquicamente superiores. La segunda hipótesis equivale a interpretar que, si bien el acto de derogación ha producido un nuevo sistema en la secuencia, la eliminación en él de  $N_2$  obliga a eliminar también a  $N_1$ , esto es, una norma

lógicamente independiente. Ambas interpretaciones parecen igualmente plausibles y ninguna tiene equivalente en el modelo del orden jurídico no depurado.

#### **IV.4. Inconstitucionalidad y derogación**

Para finalizar, queremos destacar que cualquiera sea el modelo que se escoja (el del orden jurídico depurado o el del orden jurídico no depurado), la calificación de una norma como inconstitucional posee autonomía conceptual respecto de la noción de derogación. Ello parece fuera de discusión en lo que respecta a la inconstitucionalidad formal, dado que se trata de un vicio que frustra la finalidad perseguida por un acto de promulgación, a través del cual se intenta incorporar una norma o conjunto de normas en un nuevo sistema del orden jurídico, mientras que la derogación es una operación destinada a producir un nuevo sistema en la secuencia que excluya normas existentes en uno anterior, finalidad que se alcanzará si la operación se halla exenta de vicios formales.

En cambio, podría pensarse que la inconstitucionalidad material es sustancialmente equivalente a la derogación. En tal sentido, se ha sostenido que establecer un orden jerárquico equivale a derogar, de manera que sobre tales bases podría argumentarse que la inconstitucionalidad material de una norma resulta de la existencia de un criterio de preferencia entre normas fundado en la jerarquía del órgano del cual emanan, y que ese criterio de preferencia equivale a la derogación de la norma inconstitucional. En este sentido, ALCHOURRÓN y BULYGIN afirman que:

“La impresión de que la eliminación de una o varias proposiciones mediante la derogación es de algún modo más fundamental y permanente que la imposición de un orden jerárquico sobre un sistema es una ilusión. Una modificación de las relaciones ordenadoras es tan fundamental como la eliminación de elementos; en realidad ambos procedimientos son sustancialmente equivalentes. Aquellos contenidos normativos que “son dejados de lado” al ser preferidos otros de mayor jerarquía son tan inaplicables (mientras no se modifique el orden jerárquico) como si estuvieran derogados. Y tampoco hay diferencias en lo referente a la pretendida permanencia de la derogación. Una derogación efectuada por el legislador puede tener muy poca duración. Por otro lado, un orden jerárquico impuesto por un juez puede tener larga vida, si otros jueces comparten su criterio. Por lo tanto, el problema de la duración temporal es irrelevante para la cuestión” (ALCHOURRÓN-BULYGIN 1981).

Consideramos que la asimilación que proponen en el texto citado

ALCHOURRÓN y BULYGIN entre derogación e imposición de una jerarquía vale, pero acotada a los fines del análisis que en su trabajo se efectúa, esto es, con relación al problema de si los jueces “crean derecho” o no. En tal sentido, puede aceptarse que la imposición de una jerarquía entre normas, a fin de eliminar una contradicción existente en el sistema jurídico de referencia, constituye una modificación del sistema tanto como si se derogara una de las dos disposiciones en juego. No obstante, los propios autores en nota reconocen que ambas operaciones no son totalmente equivalentes, sino sólo

“en el sentido de que a cada derogación corresponde una ordenación o un conjunto de ordenaciones, y a cada ordenación corresponde una derogación. Para una prueba detallada, véase ALCHOURRÓN-MAKINSON 1981. Pero no son totalmente idénticos: un orden parcial impuesto sobre un sistema confiere unicidad a las derogaciones mediante un proceso de jerarquización de los distintos remanentes, que de otro modo permanecerían indeterminados” (ALCHOURRÓN-BULYGIN 1981).

Aunque con vista a la finalidad perseguida por ALCHOURRÓN y BULYGIN - esto es, en cuanto a que ambas importan una modificación del sistema-, la diferencia entre la derogación y la imposición de una jerarquía no sería crucial, tampoco es correcto identificarlas. Sobre todo, resulta importante analizar los límites de la demostración efectuada por ALCHOURRÓN y MAKINSON en el trabajo citado, pues ella parece ofrecer un argumento formal contundente para poner en un pie de igualdad al resultado de la operación de derogación y a la imposición de una jerarquía entre normas. En realidad, la demostración de ALCHOURRÓN y MAKINSON no permite extraer exactamente esa consecuencia. Lo que se sigue de ella es que una jerarquía (de cierto tipo) impuesta sobre un sistema normativo equivale en sus alcances a la selección de un remanente de una derogación, esto es, a la operación que se efectúa para elegir uno de los diversos sistemas alternativos que pueden resultar de ciertas derogaciones, tal como este procedimiento fuera analizado en el punto anterior. En otras palabras, no es el resultado de una derogación lo que equivale en sus efectos a la imposición de una jerarquía, sino el conferir unicidad a una derogación en los casos en los que su resultado no es un sistema sino una pluralidad de sistemas.

Pero hay una razón más fundamental para descartar esa asimilación: la imposición de una jerarquía en un sistema jurídico tiene por finalidad la eliminación de inconsistencias. Aunque nada obsta a imponer un orden jerárquico en un sistema consistente, ello no variaría las consecuencias que de él se siguen (cf. ALCHOURRÓN-MAKINSON 1981). En cambio, la operación de derogación no se encuentra vinculada a la existencia de una contradicción normativa: si el acto

de derogación es válido, producirá un nuevo sistema en la secuencia tanto sea que se practique respecto de un sistema anterior inconsistente como consistente.

Esto se ve claramente en el caso específico de las normas materialmente inconstitucionales. Para calificar así a una norma se requiere que ella sea lógicamente incompatible con otra norma del sistema de jerarquía constitucional, lo que no es condición necesaria ni suficiente para la derogación de una norma. No es condición necesaria puesto que una norma puede derogarse aunque no sea incompatible con normas constitucionales ni con ninguna otra (aunque también puede ser derogada por esa razón). No es condición suficiente porque la derogación requiere de un acto de una autoridad normativa orientado a la eliminación de normas de un sistema. Lo que en todo caso podría intentarse es equiparar la inconstitucionalidad material con esa eliminación y no con el acto de derogación que la produce, aunque de conformidad con el análisis ofrecido, la inconstitucionalidad material de una norma no produce su eliminación del sistema sino que, o bien impide su ingreso, o bien ella ingresa al sistema provocando una inconsistencia con una norma a la que se reconoce jerarquía superior, por lo que podrá ser dejada de lado al momento de su aplicación. En otras palabras, o bien se interpreta a *lex superior* como un criterio de pertenencia de normas a un sistema, pero entonces opera *ex ante* bloqueando el ingreso de la norma materialmente inconstitucional; o bien se interpreta que funciona *ex post*, pero entonces se tratará de un criterio de aplicabilidad, no de pertenencia.

Por lo demás, tiene pleno sentido derogar una norma materialmente inconstitucional justamente debido a su inconstitucionalidad. Si se asume el modelo del orden jurídico no depurado, ello implicará la eliminación de una norma que previamente había ingresado a un sistema del orden jurídico. Si en cambio se asume el modelo del orden jurídico depurado, pese a que las normas materialmente inconstitucionales no ingresarían en ningún sistema del orden, todavía tendrían sentido su derogación si se admite que esta última operación puede tener por exclusiva finalidad la eliminación de una formulación normativa (derogación formal).

## **V. Efectos de la declaración de inconstitucionalidad**

### **V.1. Sistemas de control de constitucionalidad**

Entre la inconstitucionalidad de una norma y la declaración de su inconstitucionalidad hecha por un órgano del Estado media una relación semejante a la que existe entre la verdad de una proposición y la creencia en su

verdad. Se puede creer en la verdad de una proposición falsa y en la falsedad de una proposición verdadera. Análogamente, se puede declarar constitucional una norma inconstitucional así como declarar inconstitucional una norma perfectamente ajustada a la constitución.

Como se dijo al comienzo de este trabajo siguiendo a BULYGIN y contra KELSEN, el pronunciamiento de un órgano del Estado respecto de la inconstitucionalidad de una norma, aún cuando sea definitivo, en el sentido que no exista contra él recurso alguno para impugnarlo, no es por ello infalible: puede resultar equivocado (cf. MORESO 1993). Como todo mecanismo institucional, el sistema de control de constitucionalidad que se implemente en un Estado puede ser más o menos eficaz, pero no hay modo de garantizar que nunca falle.

Esta idea podría cuestionarse asumiendo un punto de vista cercano al realismo jurídico, es decir, sobre la base de asumir que “el derecho no es más que lo que los jueces dicen que es”. En nuestra intelección, la norma que en la República Argentina sanciona penalmente la tenencia de estupefacientes para consumo personal resulta inconstitucional por vulnerar el principio de reserva consagrado en el artículo 19 de nuestra constitución: *“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”*. No obstante ello, el criterio actual de la Corte Suprema de Justicia es que la represión penal de la tenencia de estupefacientes para consumo personal no viola la constitución. Desde nuestro punto de vista, la Corte se equivoca. Sin embargo, no nos comprometemos con una teoría de la interpretación que suponga que existen “significados verdaderos” de los textos legales. En tal sentido, compartimos las palabras de MORESO cuando sostiene que

“Obviamente hay muchos “hard cases” y la mayoría de los casos interesantes en derecho son casos en los cuales no hay acuerdo respecto de qué significado tienen las normas que se comparan. Si el significado depende, como creo, del uso de las expresiones en un determinado contexto entonces, seguramente, quedan muchos casos para la duda” (MORESO 1993).

Pero entonces podría objetarse que se diga que la Corte se equivoca. Lo que ocurriría es que ella asigna una interpretación distinta de la nuestra a las normas en juego. Con la diferencia de que, como es obvio, su opinión tiene mucho mayor peso.

Podríamos aceptar sin dificultad las dos afirmaciones anteriores. Lo que no admitiríamos es que se concluya a partir de premisas semejantes que los órganos jurisdiccionales nunca se equivocan. Los jueces no pueden resolver los casos que se les someten a juzgamiento de cualquier modo: deben justificar sus decisiones, y las premisas de esa justificación deben ser normas jurídicas válidas. Por cierto que la mayoría de las formulaciones normativas son ambiguas y admiten más de una interpretación. Pero no se sigue de ello que para toda formulación normativa y respecto de cualquier caso, cualquier interpretación resulte admisible. Las normas que conforman los diferentes sistemas del orden jurídico, para cuya identificación es necesario interpretar textos normativos, con todas las dificultades que ello puede a veces ofrecer, brindan no obstante el criterio de corrección de las decisiones respecto de la inconstitucionalidad de una norma, puesto que permiten discutir el acierto o error en la utilización de los mecanismos de control de constitucionalidad.

En el derecho comparado se registran sistemas muy diversos de control de constitucionalidad de las normas. Las diferencias más notorias se verifican en cuanto al momento en que se lleva a cabo el control, a los órganos que resultan competentes para hacerlo y a los efectos de sus pronunciamientos.

Desde el primer punto de vista, el control puede ser preventivo o reparador. Es preventivo cuando se lo ejercita antes de la promulgación de una norma, con la finalidad de evitar que se complete el acto de su promulgación. Es reparador, en cambio, cuando se lo ejercita luego de la promulgación de la norma para neutralizar los efectos de tal promulgación. Entre los sistemas del primer tipo se cuentan los implementados por la constitución francesa de 1958 y por la de Irán de 1979. Entre los del segundo tipo, el más extendido, se cuentan el argentino, el norteamericano, el alemán, el austríaco, etc. No faltan por cierto sistemas en los que se admiten ambas modalidades (cf. SAGÜES 1983:79).

En lo que respecta a quiénes resultan competentes para efectuar el control, ordinariamente -aunque también aquí se registran excepciones- se trata de órganos jurisdiccionales, pudiendo conferirse dicha potestad a un órgano jurisdiccional específico, al modo de los tribunales constitucionales alemán, español o francés (sistemas de control concentrado), o a cualquier órgano jurisdiccional, al estilo norteamericano o argentino (sistemas de control difuso).

Los efectos de los pronunciamientos sobre inconstitucionalidad permiten a su vez distinguir entre sistemas de control restringidos al caso concreto bajo examen y sistemas de control *erga omnes*. En el primer caso, al decidir un caso

particular, el órgano competente declara la inconstitucionalidad de una norma limitando sus efectos al caso considerado. En el segundo, la decisión tiene efectos generales y es común en el ámbito de la doctrina constitucional afirmar que ello importa la derogación de la norma violatoria de la constitución.<sup>10</sup> Por otra parte, según los efectos en el tiempo de la decisión del órgano de control, se pueden diferenciar sistemas con efectos retroactivos y no retroactivos. Estos últimos son los más corrientes y en ellos la norma inconstitucional produce efectos en tanto no sea declarada tal.

## **V.2. Declaración de inconstitucionalidad y derogación**

Veamos ahora cuáles son las consecuencias de la declaración de inconstitucionalidad en los diferentes sistemas resultantes de los criterios clasificatorios considerados.

Cuando el control se ejercita con carácter previo a la promulgación de la norma cuestionada, la declaración de inconstitucionalidad importa la prohibición para el órgano productor de normas de llevar a cabo el acto de promulgación. Ya hemos expresado que este mecanismo de control, así como cualquiera de los que se implementan con posterioridad a la promulgación, puede fallar. Si funciona adecuadamente y se decreta la inconstitucionalidad de una norma, la prohibición de promulgar podría no ser obedecida, en cuyo caso se plantearía un grave conflicto institucional. Pero desde el punto de vista conceptual, esta alternativa no supone dificultad alguna: el órgano que promulgó la norma declarada (correctamente) inconstitucional habrá: a) introducido una contradicción en el sistema siguiente en la secuencia, de conformidad con el modelo del orden jurídico no depurado; o b) actuado fuera de su competencia y, consecuentemente, no corresponderá interpretar que dicho acto ha producido un nuevo sistema en la secuencia, de conformidad con el modelo del orden jurídico depurado.

Si en cambio el mecanismo de control falla, dependiendo de que el pronunciamiento resulte favorable o contrario a la constitucionalidad de la norma bajo análisis, puede que por esta vía se habilite la promulgación de una norma inconstitucional o que se prohíba la promulgación de una norma ajustada a la constitución. En la primera hipótesis, si la norma finalmente se promulga, la situación resultante será equivalente a la señalada en el párrafo anterior. En la segunda, si la prohibición se incumple, más allá de la delicada cuestión institucional que ello suponga, se introducirá válidamente un nuevo sistema en la secuencia del orden jurídico.

Cuando el control funciona con carácter reparador, debe distinguirse según que los efectos de la declaración de inconstitucionalidad se limiten al caso concreto o se extiendan *erga omnes*. Pero como veremos, en cualquiera de los dos casos la declaración de inconstitucionalidad afecta primordialmente a la aplicabilidad de la norma, no a su pertenencia al sistema (cf. MORESO 1993).

Hemos visto que el efecto de la derogación de una norma consiste en la eliminación de la norma derogada (entre otras) del sistema siguiente en la secuencia que conforma el orden jurídico. Se trata, en consecuencia, de un acto que repercute básicamente sobre la pertenencia de una norma a un sistema del orden. También puede hacer variar el conjunto de las normas que un juez tiene el deber de aplicar respecto de un caso, ya que si se elimina una norma del sistema siguiente en la secuencia, ella resultará en principio inaplicable para casos que ocurran en el futuro, siempre y cuando no se la vuelva a promulgar. Pero una norma derogada, como ya se puntualizó, puede sin embargo resultar aplicable respecto de un cierto caso, por lo que no cabe interpretar que su repercusión respecto de la aplicabilidad sea un efecto necesario del acto de derogación. La aplicabilidad o no de una norma derogada depende de que otra norma así lo disponga, de modo que la conexión entre derogación e inaplicabilidad es contingente.

El efecto de la declaración de inconstitucionalidad es inverso. Si el órgano de control reconoce (acertadamente) la inconstitucionalidad de una norma, ello implica, según el análisis efectuado, que la norma nunca ingresó al sistema (modelo del orden jurídico depurado) o que ingresó pero es materialmente incompatible con la constitución (modelo del orden jurídico no depurado). En el primer caso, la eliminación de la norma no tendría sentido sino como mera derogación formal. En el segundo sí tendría sentido su eliminación, pero para ello podría requerirse de un acto posterior de derogación.

Si la declaración de inconstitucionalidad se da en el marco de un proceso judicial respecto de un caso individual y sus efectos se circunscriben al caso considerado, parece claro que tal declaración implica que la norma no ha de aplicarse a dicho caso, pero un pronunciamiento semejante no tiene influencia directa respecto de la pertenencia de la norma en cuestión al sistema, salvo que exista alguna otra norma que disponga, por ejemplo, que cuando se hubiesen dictado más de una sentencia declarativa de inconstitucionalidad, ello obliga a los órganos productores de normas generales a derogarla. En otras palabras, se considere o no que la norma ingresó al sistema, la declaración de inconstitucionalidad respecto de un caso individual no altera de modo directo su pertenencia o no pertenencia al sistema.<sup>11</sup>

Si en cambio la declaración posee efectos *erga omnes*, ella impone básicamente la obligación de no aplicarla respecto de otros órganos del Estado al menos para casos futuros, aunque también pueden asignarse efectos retroactivos a esa declaración. En estos casos la declaración de inconstitucionalidad puede tener incidencia respecto de la pertenencia de la norma al sistema, en el sentido que el pronunciamiento traiga aparejada como consecuencia la derogación de la norma inconstitucional. Ello depende, por cierto, de que se considere que la norma ha ingresado en algún momento al orden jurídico o que la eliminación afecta meramente a una formulación normativa. Pero lo importante es señalar que esa conexión entre declaración de inconstitucionalidad y derogación es contingente: depende de lo que disponga otra norma del sistema. Así, hay muy diversos sistemas implementados en la práctica. Por ejemplo, la constitución austríaca establece que *"...el fallo del Tribunal Constitucional por el cual se anule una ley como anticonstitucional, obliga al canciller federal o al gobernador regional competente a publicar sin demora la derogación..."*. En este sistema, salvo que se disponga lo contrario, la declaración de inconstitucionalidad produce que *"...vuelvan a entrar en vigor (...) las disposiciones legales que hubiesen sido derogadas por la ley que el tribunal haya declarado inconstitucional..."*, con lo que no sólo produce la eliminación de la norma cuestionada sino también la incorporación de las que hubiesen sido derogadas por ella. Igual derogación automática produce la declaración de inconstitucionalidad de acuerdo con lo prescripto por la constitución griega de 1975. En cambio, la constitución checoslovaca de 1968 establecía en su artículo 90 que *"...los órganos competentes estarán obligados, dentro de los seis meses contados desde el día de publicación del acuerdo del Tribunal Constitucional de la República Socialista Checoslovaca, a ajustar las disposiciones en cuestión a la Constitución de la República Socialista de Checoslovaquia... De no hacerse así, dichas disposiciones o la parte o precepto afectado perderán toda vigencia a los seis meses de la publicación del acuerdo"*. De modo que aquí, aunque la declaración de inconstitucionalidad tiene efectos generales, no produce automáticamente la derogación, sino el deber para los órganos competentes de derogarla. Sólo en caso de que no se cumpla con dicho imperativo en cierto tiempo, se considera eliminada la norma sin ese acto posterior de derogación, pero únicamente porque así lo establece otra norma del sistema.

La independencia conceptual entre la declaración de inconstitucionalidad y la operación de derogación se pone de manifiesto en el hecho de que pueda concebirse tanto un acto de derogación de una norma que ha sido declarada inconstitucional como la declaración de inconstitucionalidad de una norma derogada. Analicemos esto detenidamente.

Derogar una norma declarada inconstitucional parece no tener sentido en el marco de los sistemas de control preventivo, salvo para corregir el conflicto ocasionado en caso de que se hubiese incumplido con la prohibición de promulgar la norma inconstitucional. En cambio, en los sistemas de control reparador, derogar una norma declarada inconstitucional tiene perfecto sentido si la declaración posee efectos restringidos al caso considerado. Si produce efectos *erga omnes*, tampoco existe obstáculo alguno para que se proceda a la posterior derogación. Es más, como se vio, en algunos sistemas se consagra expresamente que la declaración conlleva la obligación accesoria de proceder a un acto posterior de derogación. En otros, en cambio, no se requiere de un acto expreso de derogación, pero siempre y cuando una norma del propio sistema disponga la derogación automática como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad. En ambos casos, decir que una norma declarada inconstitucional es derogada presupone aceptar: a) que ella ingresó a algún sistema anterior del orden jurídico, esto es, que se trata de una norma materialmente inconstitucional y se adopta el modelo del orden jurídico no depurado; o b) que aunque la norma no ingresó a ningún sistema del orden, la operación de derogación es de carácter formal, esto es, que está destinada a eliminar una formulación normativa.

Del mismo modo, resulta perfectamente concebible la declaración de inconstitucionalidad de una norma derogada. Ello se encuentra expresamente previsto en ciertos sistemas jurídicos, como es el caso de la Constitución de la ex-Yugoslavia de 1974, cuyo artículo 375 disponía que *“El Tribunal de Garantías Constitucionales de Yugoslavia podrá enjuiciar la constitucionalidad de las leyes y actos generales de los órganos de las comunidades sociopolíticas y la de los actos generales de autogestión cuya vigencia haya cesado, si no hubiere pasado más de un año desde la cesación de la vigencia hasta el inicio del procedimiento”*.

En el caso de los sistemas de control preventivo, esta situación se producirá toda vez que se pretenda promulgar nuevamente una norma previamente derogada cuya constitucionalidad se cuestiona. En los sistemas de control reparador, si el efecto de la declaración de inconstitucionalidad se circunscribe al caso bajo consideración, resulta admisible tal declaración respecto de una norma ya derogada puesto que ella puede no obstante resultar aplicable respecto del caso en cuestión. En cambio, si el efecto de la declaración se extiende *erga omnes*, deben distinguirse dos hipótesis. Puede ocurrir que aunque la declaración tenga efectos generales, el mecanismo de control sólo pueda ser activado en virtud de un reclamo concreto respecto de un caso individual, es decir, que se exija para su admisibilidad la existencia de una controversia entre partes, un

interés concreto y un eventual perjuicio que la aplicación de la norma pudiera ocasionar. Si se pretende aplicar al caso que motiva la acción una norma cuya constitucionalidad se cuestiona, pese a haber sido derogada, la declaración de inconstitucionalidad procedería al igual que en el caso anterior. Pero también hay supuestos en los que se habilita una acción “puramente declarativa” de inconstitucionalidad, sin que se requiera agravio concreto alguno para activar el mecanismo de control, y que produce una declaración en abstracto. No parece tener sentido una declaración de inconstitucionalidad de esta especie respecto de una norma que ya ha sido derogada. Pero no por resultar conceptualmente imposible: sólo por razones de economía procesal.

El hecho de que la declaración de inconstitucionalidad repercuta básicamente sobre la aplicabilidad y no sobre la pertenencia no varía ya sea que se trate de un sistema de control difuso o concentrado. Esta última diferencia lo que en todo caso produce son efectos distintos respecto de la aplicabilidad. En los sistemas de control difuso, todo juez tiene el deber de declarar la inconstitucionalidad de una norma, sea ella formal o material. De manera que en estos sistemas las normas inconstitucionales son inaplicables, en el sentido que los jueces tienen el deber de no aplicarlas. Ello puede estar consagrado explícitamente o no por una norma del sistema. Por ejemplo, en Argentina no hay ninguna norma constitucional que expresamente atribuya a los órganos del poder judicial el control de constitucionalidad, pero éste se sigue de la supremacía de la constitución y de las normas que fijan las funciones del poder judicial.

Respecto de los sistemas de control concentrado, BULYGIN sostiene que si el tribunal constitucional rechaza un planteo de inconstitucionalidad, ello implicaría para los órganos inferiores el deber de aplicarla, de modo que aunque la norma sería inconstitucional y, por ello, no pertenecería al sistema, ella resultaría aplicable (cf. BULYGIN 1982). En nuestro criterio, este análisis debería ser reformulado del siguiente modo: en los sistemas de control concentrado, los órganos jurisdiccionales inferiores no tienen competencia para declarar la inconstitucionalidad de las normas. Por consiguiente, si una norma es formalmente constitucional, ellos tienen el deber de aplicarla, salvo que el tribunal constitucional declare su inconstitucionalidad. La declaración de inconstitucionalidad por parte de este último implica la pérdida de aplicabilidad de normas que, de no mediar tal declaración, serían aplicables para los órganos jurisdiccionales inferiores.

### V.3. Un fallo reciente

En sentencia dictada el 4 de junio de 1999, el Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires analizó la cuestión de si los efectos de una norma ya derogada por la legislatura local, sobre cuya base el fisco pretendía el cobro retroactivo de la diferencia de avalúo de una tasa por servicios, pueden ser alcanzados por el control judicial de constitucionalidad y, en tal caso, si la acción declarativa de inconstitucionalidad prevista en el artículo 113 inciso 2 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires constituía la vía apta para articular planteos de esa naturaleza contra normas de carácter general ya eliminadas del sistema jurídico.<sup>12</sup> El Tribunal arribó en ambos supuestos a una respuesta negativa. Su resolución se basó principalmente en una cierta interpretación del citado artículo 113 y del rol y el carácter que el control de constitucionalidad puede tener según que sus efectos sean generales o restringidos al caso considerado.

El artículo 113 inciso 2 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires establece que:

“...es competencia del Tribunal Superior conocer: (...) 2. Originaria y exclusivamente en las acciones declarativas contra la validez de las leyes, decretos y cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad, contrarias a la Constitución Nacional o a esta Constitución. La declaración de inconstitucionalidad hace perder vigencia a la norma salvo que se trate de una ley y la Legislatura la ratifique dentro de los tres meses de la sentencia declarativa por mayoría de los dos tercios de los miembros presentes. La ratificación de la Legislatura no altera sus efectos en el caso concreto ni impide el posterior control difuso de constitucionalidad ejercido por todos los jueces y por el Tribunal Superior.”

Los argumentos de la mayoría del Tribunal, presentados sucintamente, fueron los siguientes:

a) La declaración de inconstitucionalidad prevista por el artículo 113 inciso 2 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tiene alcance derogatorio. La derogación y la declaración de inconstitucionalidad de una norma con alcances generales son plenamente identificables. Habida cuenta de ello, resultaría incongruente “hacer perder vigencia” (declarar inconstitucional) a una norma ya derogada. El análisis de la validez de la norma, que constituye el objeto de la declaración de inconstitucionalidad, presupone necesariamente su vigencia, es decir, su existencia actual dentro del orden jurídico sin que haya mediado un acto formal de derogación.

b) El control en la instancia del Tribunal Superior de Justicia mediante la acción declarativa de inconstitucionalidad con efectos *erga omnes* resulta improcedente en el caso por no compadecerse éste con la letra de artículo 113 inciso 2 según lo afirmado en a), y debe ser ejercido en todo caso por los mecanismos de control difuso que son los idóneos para cuestionar la constitucionalidad de normas derogadas pero aplicables a un caso concreto.

c) En apoyo de las ideas anteriores, se argumentó que la previsión de la intervención de la Legislatura para insistir con mayoría calificada en la validez de una norma declarada inconstitucional por parte del Tribunal Superior carecería de consistencia si se admitiera la posibilidad de dictar un pronunciamiento derogatorio sobreabundante por tratarse de una norma ya ausente del ordenamiento jurídico y, en particular, de una ley que ha sido objeto de concreta abrogación legislativa. Admitir el control abstracto de normas derogadas implicaría suprimir de hecho la necesaria intervención del Poder Legislativo, pues éste no podría ratificar la vigencia de una norma que ya derogó. El control concentrado de constitucionalidad con efecto *erga omnes* conllevaría como inevitable consecuencia que el Tribunal Superior ejerza las funciones de legislador negativo sin la posterior intervención de la Legislatura, intervención que el constituyente previó como requisito para resguardar el equilibrio de poderes. La acción declarativa de inconstitucionalidad resultaría por ello inadmisibles respecto del caso considerado pues no sería razonable tramitar un proceso cuando desde el principio se sabe que no podrá dictarse una sentencia que pueda ser remitida a la consideración de la Legislatura como lo exige la constitución.

De lo expresado hasta aquí debería resultar claro que no coincidimos ni con la conclusión ni con los fundamentos de la resolución del Tribunal Superior. En el caso particular que se analiza ello es así porque:

a) No puede sostenerse que no sea posible declarar inconstitucional una norma derogada porque en tal caso no podría cumplimentarse con el requisito de intervención de la Legislatura con posterioridad a la declaración de inconstitucionalidad, tal como lo sostiene la mayoría del Tribunal. Si declarar inconstitucional una norma equivale a derogarla, entonces ¿porqué habría de exigir el artículo comentado una mayoría especial para volver a promulgarla? Una norma derogada puede ser vuelta a promulgar, y para ello no se requiere de ninguna mayoría especial. Una norma declarada inconstitucional, en cambio, sólo puede ser ratificada por la Legislatura con mayoría agravada. Ergo: declarar inconstitucional una norma, incluso cuando dicha declaración tiene efectos *erga omnes*, no puede asimilarse en sus efectos a la derogación.

b) El propio artículo claramente indica que la decisión del Tribunal Superior tiene efectos respecto del caso considerado, por lo que no puede asimilarse la

acción allí prevista a una acción “puramente declarativa” de inconstitucionalidad, que conlleva un pronunciamiento en abstracto. Si el Tribunal declara inconstitucional una norma y la Legislatura ratifica su constitucionalidad, esta última circunstancia no obsta a los efectos de la decisión del Tribunal sobre el caso que ha juzgado. De modo que la declaración de inconstitucionalidad puede ser reclamada en caso de un agravio concreto, más allá de que esto no constituiría un requisito para la admisibilidad de la acción. En consecuencia, no puede decirse que los efectos de la declaración consistan exclusivamente en eliminar la norma para lo futuro.

c) De conformidad con el sistema de control difuso que rige en términos generales en Argentina, todos los jueces tienen el deber de abstenerse de aplicar una norma respecto del caso concreto considerado si ella es reputada inconstitucional. De modo que entonces el Tribunal Superior no podía alegar su incompetencia para entender en la cuestión porque la acción declarativa de inconstitucionalidad prevista en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no resultaba admisible, dado que igualmente tendría que haberse adentrado a considerar si era o no inconstitucional respecto del caso considerado. Todos los jueces tienen la obligación de mantener la supremacía de la constitución por mandato que ella misma impone. Ninguna norma inferior, por lo tanto, puede eliminar o atenuar esta obligación. Los jueces tienen en principio la obligación de aplicar las leyes dictadas por las autoridades competentes al efecto, pero tienen antes el deber de no aplicar aquellas que contradicen la constitución.

De todos modos, el problema más grave en la decisión de la mayoría es su argumento central: que por razones conceptuales no es posible declarar inconstitucional con alcances generales a una norma derogada. En el punto anterior de este trabajo se ha tratado de mostrar que hay buenas razones para no identificar estas dos instituciones jurídicas ni en cuanto a sus alcances ni a sus efectos.

## Notas

\* Esta investigación ha sido realizada con el apoyo de la Fundación Antorchas.

\*\* Universidad Nacional de Mar del Plata.

\*\*\* Universidad de Buenos Aires.

<sup>1</sup> *"It is a proposition too plain to be contested, that the constitution controls any legislative act repugnant to it; or, that the legislature may alter the constitution by an ordinary act. Between these two alternatives there is no middle ground. The constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is one level with ordinary legislative acts, and like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it. ... If an act of the legislature, repugnant to the constitution, is void, does it, notwithstanding its invalidity, bind the courts, and oblige them to give it effect? Or, in other words, though it be not law, does it institute a rule as operative as if it was law? This would be to overthrow in fact what was established in theory; and would seem, at first view, an absurdity too gross to be insisted on."* "Marbury vs. Madison" (5 U.S. 137 (1803)). La traducción castellana es nuestra.

<sup>2</sup> La inconstitucionalidad no se predica sólo de normas: también un acto puede ser calificado como inconstitucional. En el marco de este trabajo sólo nos ocuparemos de la inconstitucionalidad de las normas.

<sup>3</sup> Esto también podría ser controvertido. Aunque normalmente una norma perteneciente a un sistema jurídico no puede ser ignorada por los órganos de aplicación, en ciertas circunstancias los jueces no pueden justificar sus decisiones en cualquiera de tales normas, como en el caso en que una norma se encuentra en *vacatio legis* (cf. NAVARRO *et al.* 2000).

<sup>4</sup> La doctrina kelseniana de la cláusula alternativa tácita no ha pasado desapercibida para los constitucionalistas, quienes han formulado propuestas que pueden considerarse variaciones de esa idea. Por citar un ejemplo, BIDART CAMPOS la analiza bajo el nombre de "norma de habilitación". De acuerdo con esta idea, cuando se emite una norma o acto violatorio de la constitución, y esa violación no puede subsanarse, sea por inexistencia de una vía para atacarla o porque la impugnación no tiene éxito, podría decirse que la propia constitución tiene prevista y "habilitada" una alternativa: a) la adecuación a ella de normas y actos inferiores, o b) la convalidación de normas y actos opuestos a ella cuando su impugnación es imposible. El autor citado argumenta contra esta interpretación por entender que ella supone un condicionamiento inaceptable para la doctrina de la supremacía constitucional: la constitución tendría supremacía sobre otras normas o actos a condición de que su violación pudiera remediarse mediante un control eficaz, de lo contrario la violación quedaría convalidada. Sin embargo, el rechazo de BIDART CAMPOS no es categórico, sino que manifiesta aceptar parcialmente este planteo a través de la siguiente versión retocada: "...solamente en forma provisoria se convalida la violación a la constitución cuando: a) la violación no puede controlarse, o; b) el intento de control no tiene éxito; y, además, cuando: c) la violación se ejemplariza, y d) el contenido de la norma o del acto violatorios es intrínsecamente justo; pero, e) la convalidación es provisoria, porque siempre queda pendiente y subsistente la posibilidad de que el control eficaz de constitucionalidad funcione en el futuro..." (BIDART CAMPOS 1985:85). Las consideraciones formuladas *supra* sobre la concepción kelseniana nos parecen suficientes como para descalificar igualmente cualquier forma "retocada" de la cláusula alternativa tácita, pues el problema persiste en la medida en que no se advierte la ambigüedad en la noción de "validez" que subyace a esta idea. Por consiguiente, señalar el carácter provisorio de la "convalidación", así como que la violación a la constitución "se ejemplarice" y que sea "intrínsecamente justa" como requisitos para considerar válidos al acto o norma inconstitucionales, parecen cuestiones totalmente irrelevantes a los fines considerados.

<sup>5</sup> No se analizará aquí el problema que se suscita cuando se deroga una norma superior de la que depende la validez de otra norma inferior ni tampoco la posibilidad de la inconstitucionalidad

sobreviniente de las normas. Sobre estos temas puede consultarse CARACCIOLLO 1988.

<sup>6</sup> “...in case of conflict between them, the material criterion prevails over the formal one. Material validity is “stronger” than formal validity. As a consequence, if a certain rule is both formally and materially valid, fine. However: a) an expressed rule, being formally valid, is deemed to be nevertheless invalid if inconsistent with higher rules; b) an unexpressed rule, being formally invalid, is held to be nevertheless valid provided that it can be persuasively drawn from some (formally valid) expressed rules”. La traducción castellana es nuestra.

<sup>7</sup> Sólo nos ocuparemos de las operaciones de promulgación y derogación, no así de las de reforma dado que estas últimas pueden ser reconstruidas como la derogación de una norma y la posterior promulgación de una nueva norma, modificada respecto de la que se derogó.

<sup>8</sup> En el caso de nuestro ejemplo podría pensarse que el criterio de minimización cuantitativa privilegia la preservación  $N_2$ , pero eso es erróneo puesto que a los fines de la aplicación de tal criterio deben tomarse en cuenta sólo las normas formuladas. La razón es que cualquier conjunto de normas formuladas tiene igual número de consecuencias lógicas: infinitas.

<sup>9</sup> Esta es la idea que subyace en la propuesta de ALCHOURRÓN y BULYGIN de considerar que una norma puede derogar por anticipado a otra norma, y en la sugerencia de interpretar así a los derechos y garantías constitucionales (cf. ALCHOURRÓN-BULYGIN 1981).

<sup>10</sup> Tampoco faltan aquí alternativas intermedias. Una de ellas fue el sistema consagrado en el marco de la Constitución de la República de España de 1931, que disponía que “...las sentencias que declaren que una ley no fue votada o promulgada en la forma prescrita por la Constitución o por el Estatuto Regional respectivo, producirán la total anulación de aquella, pero no afectarán a las situaciones jurídicas creadas durante su vigencia. Las que resuelvan sobre inconstitucionalidad material, únicamente producirán efectos en el caso concreto del recurso o consulta” (citado por SAGÜÉS 1983:100).

<sup>11</sup> Esto parece ser lo que ha querido puntualizar la Corte Suprema de Argentina al sostener que, en un sistema de control cuyo alcance se limita al caso considerado como el que rige en nuestro país, “...el efecto preciso en el juicio donde se declara la inconstitucionalidad de una norma, consiste en que el juez debe resolver la causa como si la norma no existiera” (“Gregolinsky y Cía.”, Fallos 202:184).

<sup>12</sup> Expediente número 32/99 SAO, “Ortiz Basualdo, Susana Mercedes y otra c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” y autos acumulados.

## Referencias

### **Alchourrón 1982**

Carlos E. Alchourrón, "Normative order and Derogation", en A. Martino (ed.), *Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems*, North Holland-Amsterdam-New York-Oxford, North Holland Publishing Company, 1982:51-60.

### **Alchourrón-Bulygin 1976**

Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, "Sobre el concepto de orden jurídico", en *Crítica*, volumen VIII, número 23, 1976.

### **Alchourrón-Bulygin 1981**

Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, "La concepción expresiva de las normas", título original: "The Expressive Conception of Norms", en R. Hilpinen (ed.), *New Essays in Deontic Logic*, Reidel, Dordrecht-Boston-London, 1981:95-124, traducido por los autores.

### **Alchourrón-Makinson 1981**

Carlos E. Alchourrón y David Makinson, "Hierarchies of Regulations and their Logic", en R. Hilpinen (ed.), *New Essays in Deontic Logic*, Reidel, Dordrecht-Boston-London, 1981:125-148.

### **Bidart Campos 1985**

Germán Bidart Campos, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1985.

### **Bulygin 1982**

Eugenio Bulygin, "Tiempo y validez", título original: "Time and Validity", en A.A. Martino (ed.) *Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems*, North Holland, Amsterdam-New York-Oxford, North Holland Publishing Company, 1982:65-82, traducido por el autor.

### **Bulygin 1990**

Eugenio Bulygin, "An Antinomy in Kelsen's Theory of Law", en *Ratio Juris* 3, 1990:29-45.

### **Bulygin 1995**

Eugenio Bulygin, "Cognition and Interpretation of Law", en L. Gianformaggio y S. Paulson (eds.), *Cognition and Interpretation of Law*, Torino, Giappichelli, 1995:11-35.

### **Bulygin 1999**

Eugenio Bulygin, "Existence of Norms", en G. Meggle (ed.), *Actions, Norms and Values. Discussions with Georg Henrik von Wright*, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1999:237-244.

### **Caracciolo 1988**

Ricardo Caracciolo, *El Sistema Jurídico. Problemas actuales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

### **Caracciolo 1997**

Ricardo Caracciolo, "Existencia de normas", en *Isonomía*, número 7, 1997:159-178.

### **Guastini 1992**

Ricardo Guastini, "Rules, Validity and Statutory Construction", en *Italian Studies in Law: A Review of Legal Problems* 11, Italian Association of Compared Law, 1992:229-247.

**Guastini 1995**

Ricardo Guastini, "Grounds for Inconstitutionality - The Italian Case", en *Cardozo Law Review*, Volume 17, Number 2, 1995:253-267.

**Hansson-Makinson 1997**

Sven O. Hansson y David Makinson, "Applying Norms with Restrain", en M. Dalla Chiara et al. (eds.), *Logic and Scientific Methods*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1997:313-332.

**Kelsen 1960**

Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, segunda edición, título original: *Reine Rechtslehre*, Wien, 1960, traducción al castellano de R. Vernengo, México, UNAM, 1979.

**Moreso 1993**

José Juan Moreso, "Sobre normas inconstitucionales", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 38, 1993:81-115.

**Moreso 1998**

José Juan Moreso, *Indeterminación normativa e interpretación constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1998.

**Moreso-Navarro 1993**

José Juan Moreso y Pablo E. Navarro, *Orden jurídico y sistema jurídico. Una investigación sobre la identidad y la dinámica de los sistemas jurídicos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

**Munzer 1977**

Stephen Munzer, "Retroactive law", en *The Journal of Legal Studies*, VI, 1977:373-397.

**Navarro-Orunesu-Rodríguez-Súcar 2000**

Pablo E. Navarro, Claudina Orunesu, Jorge L. Rodríguez y Germán Súcar, "La aplicabilidad de las normas jurídicas", en *Análisis e Diritto*, 2000:133-152.

**Nino 1995**

Carlos S. Nino, "Marshall's "Logic" and Kelsen's "Problem"", en L. Gianformaggio y S. Paulson (eds.), *Cognition and Interpretation of Law*, Torino, Giappichelli, 1995:219-230.

**Orayen 1989**

Raúl Orayen, *Lógica, significado y ontología*, México, UNAM, 1989.

**Raz 1979**

Joseph Raz, "Legal Validity", en *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1979:146-159.

**Ruiz Manero 1990**

Juan Ruiz Manero, *Jurisdicción y Normas. Dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

**Sagüés 1983**

Néstor P. Sagüés, *Derecho Procesal Constitucional - Recurso extraordinario*, Buenos Aires, Astrea, 1983.

**Schauer 1991**

Frederick Schauer, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford, Oxford University Press, 1991.

**Von Wright 1963**

Georg Henrik von Wright, *Norma y Acción. Una investigación lógica*, Madrid, Tecnos, 1970, título original: *Norm and Action. A Logical Inquiry*, London, Routledge & Kegan Paul, 1963, traducido por P. García Ferrero.

# CINCO OBSERVACIONES SOBRE VALIDEZ Y DEROGACIÓN

Riccardo Guastini  
Universidad de Génova

## I. Sobre validez y aplicabilidad

Claudina ORUNESU, Jorge RODRÍGUEZ y Germán SUCAR (de ahora en adelante OR&S) se preguntan cómo es posible explicar el hecho de que una norma invalida produzca efectos jurídicos, esto es -si comprendo bien- que sea aplicable. Éste me parece un falso problema.

Los efectos jurídicos (o sea, las condiciones de aplicabilidad) de las normas están determinados en los diversos sistemas jurídicos por (otras) normas positivas. Es perfectamente posible que un ordenamiento atribuya efectos jurídicos (incluso) a las normas inválidas, así como es posible que un ordenamiento atribuya efectos jurídicos sólo a las normas válidas. *Auctoritas facit legem*: el legislador (en sentido material) puede hacer lo que quiere.

El fenómeno de las normas inválidas que resultan no obstante aplicables no tiene, por consiguiente, nada de misterioso... a menos que se asuma (tácitamente) un concepto de validez tal que las normas inválidas deban, por definición, ser inaplicables, carentes de efectos jurídicos; a menos, en suma, que se identifique validez y aplicabilidad, o que se asuma que la validez sea condición necesaria y suficiente de la aplicabilidad.

En el uso prevaleciente entre los juristas, “validez” significa ausencia de vicios. Y no veo la razón para alejarse de este uso. La identificación de la validez y la aplicabilidad resulta altamente desafortunada justamente porque la ausencia de vicios no es condición necesaria ni suficiente de la aplicabilidad. No es necesaria desde el momento que, en muchos ordenamientos, incluso las normas viciadas son aplicables (sin considerar el hecho de que entre las normas aplicables se cuentan incluso las normas “supremas”, que no son válidas ni inválidas). No es suficiente desde el momento que una norma no viciada puede todavía ser inaplicable por diversas razones: por ejemplo, en virtud de meta-normas que regulan los efectos jurídicos temporales de otras normas.

## II. Sobre validez y pertenencia

OR&S parecen compartir la idea -por lo demás, muy difundida- de que la validez de una norma es condición necesaria y suficiente de su pertenencia a un sistema jurídico. Esto es tanto como decir que la validez coincide con la pertenencia. El sistema incluye todas y sólo las normas válidas.

Esta identificación, obviamente, no es un enunciado empírico: es el resultado de una estipulación. Como tal, no puede decirse que sea ni verdadera ni falsa. Pero, ¿cuál es la utilidad heurística de esta estipulación?

Como hemos visto, a veces incluso las normas inválidas están provistas de efectos jurídicos (en tanto su invalidez no sea reconocida por el órgano competente). Parece natural concluir que incluso las normas inválidas poseen una cierta relación con el sistema jurídico, un cierto *status* dentro de éste. ¿Qué *status*, qué relación, exactamente?

La respuesta más intuitiva es la siguiente: incluso las normas inválidas pertenecen al sistema. Por consiguiente, no es la validez sino algo menos que ella (*grosso modo*, la efectiva promulgación por parte de un órgano *prima facie* competente) lo que constituye condición suficiente de la pertenencia.

Naturalmente, esta no es una conclusión obligatoria. Es sólo una estipulación distinta.

## III. Sobre dos modelos de orden jurídico

Una de las ideas más originales del ensayo de OR&S es la distinción entre dos modelos teóricos del orden jurídico: el orden “depurado” de las normas inválidas, y el orden “no depurado” de las normas inválidas.

En el primer modelo, el principio jerárquico de solución de las contradicciones funciona *ex ante* como criterio de selección de las normas que pueden ingresar en el orden y, de tal manera, impide el ingreso de las normas inválidas. En el segundo modelo, el mismo principio funciona *ex post* como criterio de expulsión de las normas inválidas que, a pesar de su invalidez, han no obstante ingresado al orden.

(Incidentalmente, y en contra de lo que OR&S parecen pensar, la identificación de validez y pertenencia supone la adopción del modelo del orden

depurado, mientras que la distinción entre validez y pertenencia supone la adopción del modelo opuesto.)

De acuerdo con OR&S, cada uno de los dos modelos se corresponde con una diversa interpretación del principio "*lex superior*": como criterio de ingreso o como criterio de expulsión de las normas.

A mí me parece que los dos modelos dependen, no de dos diversas interpretaciones del principio jerárquico, sino de dos diversos modos de organizar el control jurisdiccional de constitucionalidad y de legalidad de las normas. En casi todos los ordenamientos contemporáneos el control de constitucionalidad de las leyes y el control de legalidad de los reglamentos (como así también, podría agregarse, el control de legalidad de las sentencias y de los actos administrativos) se cumplen a posteriori. Y esto quiere decir, justamente, que las normas (y decisiones individuales) inválidas pueden ingresar en el orden y están destinadas a permanecer en él en tanto no sean anuladas.

La mayor parte de los ordenamientos jurídicos contemporáneos se corresponde en consecuencia con el modelo del orden no depurado. Y quien prefiriese describirlos a la luz del modelo del orden jurídico depurado ofrecería una representación engañosa.

El modelo del orden depurado sólo podría ser útil para describir ordenamientos en los cuales todos los controles de constitucionalidad y legalidad se ejercitasen a priori (y, en verdad, sobre todas las normas).

#### **IV. Sobre validez y derogación**

OR&S consideran -si no interpreto mal- que la derogación tiene el efecto de expulsar del sistema a la norma derogada. Por otra parte, como hemos visto, en su concepción la validez coincide con la pertenencia. Se sigue que la expulsión, al provocar la no pertenencia, produce asimismo la invalidez de la norma de que se trate. En consecuencia, "derogar" significa para OR&S (como para KELSEN y otros) revocar la validez de una norma. Tampoco esta estipulación resulta convincente.

Equiparar la derogación a una revocación de la validez tiene el desagradable efecto de volverla indistinguible de una declaración de inconstitucionalidad. No obstante, entre ambas cosas existen al menos tres diferencias relevantes:

(a) la derogación es un acto legislativo, fruto de una decisión política; la declaración de inconstitucionalidad es un acto jurisdiccional, fruto de una “afirmación” del derecho;

(b) la declaración de inconstitucionalidad supone la invalidez de la norma en cuestión y se funda en ella; la derogación puede operar indiferentemente sobre normas válidas y sobre normas inválidas;

(c) la derogación constituye una aplicación del principio “*lex posterior*”; la declaración de inconstitucionalidad constituye aplicación del principio “*lex superior*”.

Por “validez” -insisto- conviene entender ausencia de vicios. Si se acepta esta estipulación, se debe concluir que la validez no puede ser ni conferida ni revocada: o se la posee o no se la posee. (En verdad, la validez material puede perderse: es el caso de la invalidez considerada “sobreviniente” o “sucesiva”, que se verifica, por ejemplo, cuando entra en vigor una nueva constitución. Pero “perdida” es algo distinto de “revocada”).

## **V. Sobre la derogación de normas implícitas**

OR&S -siguiendo las huellas de conocidos trabajos de Carlos ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN- consideran como posible el fenómeno de la derogación de normas implícitas, y sostienen que tal fenómeno provoca efectos de indeterminación del sistema jurídico.

Conviene antes que nada precisar que la derogación de una norma implícita sólo puede ser una derogación tácita. La derogación expresa (“Se deroga el artículo x de la ley y”) tiene por objeto formulaciones normativas, o enunciados normativos si así se prefiere. Pero las normas implícitas son, por definición, carentes de formulación. En consecuencia, no son susceptibles de derogación expresa: sólo pueden ser derogadas tácitamente.

La derogación tácita consiste en la promulgación, no de una norma expresamente derogatoria, sino más bien de una norma que contradice otra anterior y que, por esa razón, la deroga.

Ahora bien, la tesis de que la derogación tácita de una norma implícita deja indeterminado el sistema jurídico no es convincente.

El razonamiento jurídico no está regido sólo por la lógica, sino también por el propio derecho, en el sentido de que es posible que el derecho excluya la

admisibilidad de ciertas inferencias que sin embargo serían lógicamente válidas. (Remárcase incidentalmente que puede incluso ocurrir que el derecho considere admisibles inferencias lógicamente inválidas. ¿No es ese tal vez el caso de las inferencias por analogía, en aquellos sistemas jurídicos y en aquellos sectores del derecho en los cuales la analogía se encuentra expresamente consentida?)

De modo que, si de la norma expresa N1 en combinación con la norma expresa N2 se sigue lógicamente la norma implícita N3, pero N3 contradice la norma expresa N4, posterior a N1 y a N2, entonces N3 -mal que le pese a la lógica- no constituye una inferencia jurídicamente admisible. Hasta el momento de la promulgación de N4, el sistema jurídico incluía las normas N1, N2 y N3. A partir de la promulgación de N4, el sistema incluye ahora las normas N1, N2 y N4.

Del mismo modo, si la conjunción de las normas N1 y N2 implica lógicamente la norma N3, pero N3 es incompatible con una norma N0 jerárquicamente superior a N1 y N2, entonces la inferencia de N3 no es jurídicamente admisible.

Si todo esto es correcto, se debe concluir que un sistema jurídico no es un conjunto de normas expresas comprensivo de todas las consecuencias lógicas de tales normas. Un sistema jurídico incluye, junto a las normas expresas, sólo las consecuencias lógicas de aquellas que no estén "prohibidas" por alguna norma expresa (y quizás, debería agregarse, también aquellas consecuencias no lógicas que no obstante se encuentren consentidas por una norma expresa).

# **SOBRE “INCONSTITUCIONALIDAD Y DEROGACIÓN”**

Fco. Javier Ezquiaga Ganuzas  
Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea

## **I. Introducción**

De las numerosas e interesantes cuestiones abordadas por ORUNESU, RODRÍGUEZ y SUCAR, en su trabajo, voy a ocuparme de lo que considero que es el mensaje nuclear del mismo: la inconstitucionalidad y la derogación son cosas diferentes. Debo manifestar, ya desde el inicio, mi coincidencia básica con tal afirmación, aunque con estas páginas espero aportar algunas consideraciones complementarias a las efectuadas por los autores y exteriorizar alguna pequeña discrepancia.

Voy a dividir mi exposición en tres apartados. En el primero de ellos, analizaré los diferentes objetos sobre los que puede versar una declaración de inconstitucionalidad (por utilizar la misma terminología de los autores, formulaciones normativas no interpretadas y formulaciones normativas interpretadas) y sus causas (inconstitucionalidad formal e inconstitucionalidad material). En el segundo apartado, siguiendo un esquema paralelo, abordaré la derogación de formulaciones normativas no interpretadas y la derogación de formulaciones normativas interpretadas. Por último, compararé inconstitucionalidad y derogación para aclarar los diferentes efectos de una y otra.

## **II. Inconstitucionalidad**

Considero que la inconstitucionalidad no es más que un tipo específico de invalidez que toma como parámetro a las normas constitucionales. A partir de esta afirmación me parece especialmente relevante distinguir entre el objeto de la inconstitucionalidad (formulaciones normativas no interpretadas y formulaciones normativas interpretadas), de un lado, y las causas de la inconstitucionalidad (formal o material), de otro. Utilizaré como guía de mi exposición esta última distinción.

De forma paralela a la habitual distinción entre invalidez formal e invalidez material, creo que es adecuado hablar de una inconstitucional formal y otra inconstitucionalidad material en función de cuáles sean las normas constitucionales vulneradas. En el caso de la inconstitucionalidad formal, se trataría de las (meta)normas sobre la producción jurídica (NPJ), es decir, aquéllas que establecen los diferentes requisitos para la producción de nuevas normas, mientras que la inconstitucionalidad material haría referencia a la incompatibilidad de las normas producidas con cualquier norma perteneciente a la Constitución.

## **II.1. La inconstitucionalidad formal**

Las dos causas de inconstitucionalidad formal habitualmente tenidas en cuenta son la vulneración de las NPJ que otorgan competencias normativas o de las NPJ que establecen el procedimiento legislativo que las autoridades normativas deben respetar. Se olvida, sin embargo, que junto a ellas pueden resultar igualmente vulneradas NPJ relativas a la materia objeto de regulación.

### ***II.1.1. La inconstitucionalidad formal por vulneración de las NPJ que otorgan competencias normativas.***

Esta primera causa de inconstitucionalidad formal puede producirse bien por carecer el autor del documento normativo de cualquier tipo de competencia normativa, bien porque ninguna NPJ concede a una autoridad normativa competencia para redactar el tipo de documento normativo de que se trate o, dicho de otro modo, porque carece de competencia para utilizar la categoría normativa empleada para producir ese documento normativo. El primer caso sería, por ejemplo, el de un empleado del Diario Oficial que inserta por su cuenta una ley por él redactada; el segundo, el de una ley enviada al Diario Oficial por el Presidente del Gobierno tras su aprobación como proyecto por el Consejo de Ministros.

Cuando se produce este vicio de competencia formal resulta afectado el documento normativo como tal, que tendrá una mera existencia material, sin que ningún operador jurídico, y menos que ninguno un juez, considere que a partir del mismo pueden obtenerse normas jurídicas válidas.

Sin embargo, no toda inconstitucionalidad formal por incompetencia del órgano legislativo es tan clara. Hay muchas ocasiones en las que se discute si una determinada autoridad normativa posee o no la competencia para regular

una determinada materia por medio de una concreta categoría normativa. A efectos, por tanto, de determinar las consecuencias que se derivan del incumplimiento de las NPJ que otorgan competencias normativas, es importante distinguir entre la mera existencia material de un documento en apariencia normativo, que no va a tener jamás ningún tipo de efecto jurídico, y un documento proveniente de una autoridad normativa incompetente, el cual puede ser capaz de producir normas jurídicas hasta que sea declarada su inconstitucionalidad por el órgano de control de la constitucionalidad.

De cualquier modo, esta causa de inconstitucionalidad afecta al documento normativo como tal, es decir, en su integridad e independientemente de su contenido.

### ***II.1.2. La inconstitucionalidad formal por vulneración de las NPJ que establecen los procedimientos legislativos.***

La actividad legislativa requiere, de un lado, que el órgano haya recibido de las NPJ la competencia de producir nuevas normas, es decir, debe tratarse de una autoridad normativa, pero, de otro, que sea respetado el procedimiento legislativo señalado también por las NPJ.

En principio, cuando es detectada una vulneración del procedimiento, de nuevo es todo el documento en su conjunto el que se vería afectado, el cual no sería idóneo para expresar normas jurídicas válidas. Sin embargo, es una cuestión discutida, básicamente en relación con las leyes, cuál es la consecuencia del incumplimiento de las normas procedimentales. El problema surge debido a que la mayor parte del procedimiento legislativo se encuentra recogido en los reglamentos parlamentarios, con lo que, además de complicarse la apreciación de esta causa de invalidez formal, se discute la capacidad de los órganos de control de la constitucionalidad para declarar la inconstitucionalidad de una ley por vulneración del reglamento parlamentario, al significar el enjuiciamiento de los *interna corporis acta*.

### ***II.1.3. La inconstitucionalidad formal por vulneración de las NPJ relativas a la materia objeto de regulación.***

En tercer lugar, la inconstitucionalidad puede tener su causa en la vulneración de las NPJ relativas a la materia objeto de regulación, en cuanto delimitan las materias de cada tipo de categoría normativa, el contenido normativo que debe darse a la regulación de esa materia y el ámbito territorial, personal y temporal en el que cada categoría normativa puede desplegar sus efectos

normativos. La inconstitucionalidad por esta causa consistiría en que un documento normativo regula materias para las que no está autorizado o en no respetar los límites territoriales, personales y temporales establecidos por las NPJ. En el primer caso el problema surgiría por *lo que se regula* y en el segundo por *el ámbito de lo que se regula*.

A pesar de que esta causa de inconstitucionalidad tiene que ver con la materia regulada, creo que no es dable de encuadrar en la inconstitucionalidad material, ya que, si bien apreciarla exige entrar en la materia objeto de regulación y, en consecuencia, otorgar a la formulación normativa un significado para saber de qué habla, la inconstitucionalidad por esta causa sería independiente de la existencia de incompatibilidad entre la norma y la Constitución, lo que la aleja de la inconstitucionalidad material. Sería, sin embargo, admisible a mi juicio, considerar este tipo de vulneración de la Constitución como una subespecie de la inconstitucionalidad por infracción de las NPJ que otorgan competencias normativas, en la medida que éstas no se limitan a otorgar a un órgano la competencia de producir normas jurídicas, sino que en esta autorización van implícitos una serie de límites que deben ser respetados por la autoridad normativa en el ejercicio de su competencia. Unos son relativos, como hemos visto, al procedimiento normativo, pero otros a las materias que pueden ser objeto de regulación por ese órgano legislativo. Ello demostraría, en mi opinión, que la separación entre inconstitucionalidad (e invalidez en general) formal y material no es tan tajante, ya que para establecer la primera parece inevitable asignar algún significado (puede que sólo provisional) a la formulación normativa. En definitiva creo que en muchas ocasiones, la inconstitucionalidad tanto formal como material, debe predicarse de formulaciones normativas interpretadas.

En las dos situaciones la identificación de la inconstitucionalidad por vulneración de este tipo de NPJ relativas a la materia objeto de regulación implica la interpretación de disposiciones constitucionales y legales. La interpretación de la Constitución es necesaria para determinar los límites materiales, territoriales, personales y temporales que afectan al tipo de documento normativo de que se trate, o para establecer el contenido (las normas) de las disposiciones constitucionales relevantes para el caso. La interpretación del documento normativo en cuestión, por ejemplo una ley, es necesaria para determinar la materia o materias objeto de regulación y para establecer su ámbito territorial, personal y temporal.

En relación con *las materias* de las que puede ocuparse un documento normativo y *el modo* del que puede ocuparse de ellas, cada tipo de categoría

normativa debe respetar cuatro límites: materiales, territoriales, personales y temporales.

Cuando se considere que ha sido vulnerada la atribución material que corresponde a una determinada categoría normativa, lo que se verá afectado por la declaración de inconstitucionalidad serán las disposiciones del documento normativo que regulen materias no autorizadas, independientemente del contenido de la regulación. Puede suceder, por supuesto, que, o bien el documento regule una sola materia para la que no tiene competencia, o bien que sea incompetente para regular todas las materias a las que se refiere. En estos casos la declaración de inconstitucionalidad afectaría al documento en su conjunto puesto que todas sus disposiciones estarían viciadas por incompetencia material.

Esta conclusión es aplicable, igualmente, a aquellas situaciones en las que la Constitución establece una reserva material en favor de una concreta categoría normativa. Es, por ejemplo, lo que hace el art. 70.1 de la Constitución española (en adelante, CE) en relación con la ley electoral, en cuanto a la regulación de las causas de inelegibilidad e incompatibilidad de Diputados y Senadores. Si cualquier otro documento normativo incorpora esa materia, será declarado inconstitucional.

Por último, cabe pensar igualmente en la posibilidad de que una disposición sea ambigua y dependa de la interpretación considerar que vulnera el ámbito material propio de una categoría normativa o no. En este caso la declaración de inconstitucionalidad podría afectar únicamente a la formulación normativa interpretada: precisamente a aquel sentido de la disposición que implica el exceso<sup>1</sup>.

Cualquier tipo de categoría normativa, salvo la Constitución, tiene establecidos límites en relación con la materia que puede regular, pero además, algunas de ellas tienen delimitada su competencia material desde un punto de vista territorial, personal o temporal.

Con carácter general, si un documento normativo vulnera los límites establecidos por las NPJ, será inconstitucional todo él, independientemente de su contenido, es decir, del significado que se otorgue a sus formulaciones normativas. Tampoco en este caso, por tanto, se requiere para que se produzca la vulneración una antinomia, lo que prueba que estamos ante un supuesto de inconstitucionalidad formal. Así, por ejemplo, un acuerdo del Pleno del Tribunal

Constitucional que introdujera un nuevo requisito para el recurso de amparo, sería inconstitucional y una ley de presupuestos que los fijara para un quinquenio, lo sería igualmente. Sin embargo, esta afirmación general debe ser matizada en algunos casos.

Por ejemplo, en relación con el ámbito territorial. En un Estado descentralizado territorialmente como el que diseña la Constitución española de 1978, es importante determinar la territorialidad de las competencias normativas del Estado y de las Comunidades Autónomas. Naturalmente, el ámbito territorial en el que despliega su capacidad normativa cada órgano legislativo no puede ser considerado como un elemento determinante para la identificación de cada categoría normativa, sino como su consecuencia. Una ley autonómica no lo es por desplegar sus efectos normativos únicamente en el territorio de la Comunidad Autónoma, sino que posee esa limitación territorial por ser una ley autonómica. Aunque la consecuencia habitual de la extralimitación territorial es el general de la inconstitucionalidad del documento, hay ocasiones en las que los efectos son más limitados. Por ejemplo, cuando el Estado vulnera competencias de una Comunidad Autónoma, si el documento normativo estatal incompetente para esa Comunidad es competente en otras partes del Estado, no se declarará su inconstitucionalidad, sino su inaplicabilidad en la Comunidad Autónoma que tiene asumida esa competencia.

## **II.2. La inconstitucionalidad material.**

Vistas en el punto anterior las causas de inconstitucionalidad formal, relativas en buena medida a las formulaciones normativas no interpretadas (si bien con algunos matices ya expuestos), procede analizar ahora los supuestos de inconstitucionalidad material, referidos en todo caso a formulaciones normativas interpretadas o a sus consecuencias lógicas, ya que precisan de una incompatibilidad con la Constitución.

Esa es la razón por la que apreciar la inconstitucionalidad material (de modo similar a lo que enseguida veremos que sucede con la derogación tácita) es más complicado muchas veces: porque interviene la interpretación. De tal modo que la inconstitucionalidad por esta causa dependerá del significado que le sea atribuido tanto a la formulación normativa sometida al control de constitucionalidad, como a las propias formulaciones constitucionales con las que aquélla es comparada.

De los diferentes problemas relativos a la inconstitucionalidad material

me parece especialmente interesante el de las sentencias interpretativas, ya que pone de manifiesto la dependencia que de los significados asignados a las formulaciones normativas tiene la declaración de inconstitucionalidad.

En palabras del Tribunal Constitucional español, sentencias interpretativas son “aquellas que rechazan una demanda de inconstitucionalidad o, lo que es lo mismo, declaran la constitucionalidad de un precepto impugnado en la medida en que se interprete en el sentido que el Tribunal Constitucional considera como adecuado a la Constitución, o no se interprete en el sentido (o sentidos) que considera inadecuados”<sup>2</sup>.

Sin embargo, la práctica de los órganos de control de constitucionalidad demuestra que también caben sentencias interpretativas en sentencias estimatorias, es decir que declaran la inconstitucionalidad del precepto impugnado. Realmente es lo mismo declarar conforme con la Constitución una formulación normativa siempre que se entienda de cierto modo (o siempre que no se entienda de cierto modo), que declarar inconstitucional una formulación siempre que no se entienda de cierto modo (o siempre que se entienda de cierto modo).

Este carácter intercambiable de los pronunciamientos interpretativos lleva a prescindir, en el caso de las sentencias interpretativas, del sentido del juicio de constitucionalidad (estimatorio o desestimatorio). Y tiene su lógica. La estimación o desestimación de un recurso de inconstitucionalidad en el que se invoca un vicio formal lleva aparejada la inconstitucionalidad o la conformidad con la Constitución de *formulaciones normativas no interpretadas*. Sin embargo, cuando se trata de sentencias interpretativas el objeto de la declaración de constitucionalidad son las *formulaciones normativas interpretadas*. En el caso de estas últimas, por tanto, parece más adecuado hablar de “declaraciones de inconstitucionalidad” de significados o de “declaraciones de conformidad con la Constitución” de significados, puesto que, por un lado, ambos tipos de pronunciamientos no anulan la formulación normativa y, por otro, ambos pueden encontrarse tanto en sentencias (aparentemente) estimatorias como desestimatorias. En definitiva, figure la declaración de inconstitucionalidad o de conformidad con la Constitución en una sentencia que estima el recurso o que lo rechaza, el efecto en todos los casos es que la formulación normativa es declarada conforme con la Constitución y no anulada.

Para entender mejor el carácter intercambiable de las sentencias interpretativas y poner un poco de orden en su variedad, puede ser útil realizar

la siguiente clasificación<sup>3</sup>:

- A) Sentencias que *estiman* el recurso:
  - 1. declarando *un* significado inconstitucional
  - 2. declarando *el* significado constitucional
- B) Sentencias que *desestiman* el recurso:
  - 3. declarando *un* significado inconstitucional
  - 4. declarando *el* significado constitucional

*1. Sentencias que estiman el recurso declarando un significado inconstitucional.*

En este primer tipo, la formulación normativa es inconstitucional siempre que sea entendida de un determinado modo. Este tipo de decisiones establecen la inconstitucionalidad de uno de los significados que pueden obtenerse de la formulación normativa. Esta será inconstitucional siempre que sea interpretada en el sentido señalado por el Tribunal. Con este tipo de sentencias no se condiciona la interpretación futura de la formulación normativa, es decir, los significados que se le puedan asignar, más que en relación con el sentido declarado inconstitucional.

*2. Sentencias que estiman el recurso declarando el significado constitucional.*

En este segundo caso, la formulación normativa es inconstitucional a no ser que se entienda de un determinado modo. Este tipo de decisiones establece la inconstitucionalidad de todos los significados que pueden deducirse de la formulación normativa, excepto uno. La formulación sólo puede ser considerada conforme con la Constitución expresando un concreto significado.

*3. Sentencias que desestiman el recurso declarando un significado inconstitucional.*

En este tercer supuesto, la formulación es conforme con la Constitución siempre que no sea entendida de un determinado modo. Como se ve, este tipo de decisión interpretativa es absolutamente idéntico al de las sentencias estimativas que declaran un significado inconstitucional, por lo que ambos son intercambiables. Es exactamente lo mismo declarar que “la formulación normativa FN es inconstitucional si es interpretada en el sentido S” que decir “la formulación normativa FN es conforme con la Constitución si no es interpretada en el sentido S”. El efecto de ambas declaraciones es el mismo: la conformidad con la Constitución de la formulación normativa y la inconstitucionalidad del significado indicado.

*4. Sentencias que desestiman el recurso declarando el significado constitucional.*

En este último caso, la formulación normativa es conforme con la

Constitución siempre que sea entendida de un determinado modo. A su vez, este tipo de pronunciamientos también son completamente intercambiables con las sentencias que estiman el recurso declarando el significado constitucional. En ambos casos, para conservar la conformidad con la Constitución de la formulación normativa impugnada se declaran inconstitucionales todos los significados que de ella puedan deducirse, excepto uno.

### **III. Derogación.**

La voluntad de una autoridad normativa de expulsar del sistema jurídico una norma, puede exteriorizarse de dos modos: mencionando expresamente la formulación normativa afectada, para conseguir así que en lo sucesivo las normas por ella formulada no vuelvan a ser utilizadas para calificar jurídicamente comportamientos futuros, o bien indicando genéricamente que no podrán volver a ser utilizadas aquellas normas que sean incompatibles con otras normas nuevas. Se habla por ello de dos tipos de derogación: la derogación expresa y la derogación tácita.

La derogación expresa tiene por objeto formulaciones normativas no interpretadas y no plantea especiales problemas ya que las menciona, de tal modo que implica la prohibición de utilizarla en el futuro. A pesar de que frecuentemente las autoridades normativas utilizan la derogación expresa para sustituir unas normas por otras, nada impediría que el efecto deseado fuera la simple expulsión del sistema jurídico de una norma, sin que sea sustituida por otra. Piénsese, por ejemplo, en la eliminación de una prohibición.

La derogación tácita, por el contrario, no menciona concretamente formulación normativa alguna, sino que tiene por objeto normas (naturalmente de igual o inferior rango jerárquico) incompatibles con otras normas que habitualmente figuran en el mismo documento normativo que la disposición derogatoria tácita. Ello implica que el objeto de ésta sean formulaciones normativas interpretadas y que sea apreciada una incompatibilidad, elementos que otorgan a este tipo de derogación una especial complejidad.

La apreciación de la existencia de una incompatibilidad normativa en los procesos de aplicación del Derecho no es una operación mecánica. El motivo reside en que las antinomias se producen, como se acaba de indicar, entre formulaciones normativas interpretadas. Como es sabido, en ocasiones la atribución de significado a una formulación normativa no plantea dudas y la norma jurídica (es decir, el significado) sugerida por la simple lectura de la

formulación es satisfactoria para la ocasión y aplicada. Pero en otras ocasiones, ese significado literal o *prima facie* provoca dudas en el intérprete que le llevan a someter la formulación a una interpretación de otro tipo aplicándose entonces una norma que puede ser diferente a la sugerida por la simple lectura del texto legislativo. Lo que ahora nos interesa es que una de las posibles fuentes de duda para el intérprete es que el significado sugerido por la mera lectura de la formulación (es decir, la norma que *prima facie* expresa) sea incompatible con otra norma del mismo sistema jurídico, es decir que provoque una antinomia.

Esta circunstancia, unida a las inevitables valoraciones implícitas en todo proceso interpretativo, provoca que el juez posea un margen bastante amplio para apreciar la existencia de una antinomia. En función de las circunstancias, puede por medio de la interpretación *evitar una antinomia* surgida al atribuir a dos formulaciones normativas sus significados *prima facie* y puede, también por medio de la interpretación, *provocar una antinomia* que no se daría entendiendo dos formulaciones con su significado literal. En el primer caso las dos normas seguirían siendo válidas y, por tanto, parte del nuevo sistema jurídico resultante del acto derogatorio, mientras que en el segundo una de ellas sería expulsada del sistema o, al menos, inaplicada al supuesto conflictivo. En definitiva, puede afirmarse que la antinomia aparece o no en función de las normas jurídicas que sean atribuidas a dos formulaciones, es decir, en función del significado que se les atribuya. Veámoslo con un ejemplo.

El art. 4.2 de la Constitución española establece:

“Los Estatutos podrán reconocer banderas y enseñas propias de las Comunidades Autónomas. Estas se utilizarán junto a la bandera de España en sus edificios públicos y en sus actos oficiales”.

De las distintas disposiciones que pueden identificarse en este artículo vamos a seleccionar una:

D<sub>1</sub>: “Las banderas propias de las Comunidades Autónomas se utilizarán junto a la bandera de España en sus edificios públicos”.

El significado de esta formulación es dudoso ya que puede ser entendida de diversos modos, es decir se le pueden atribuir diferentes normas jurídicas. Por ejemplo, estas dos:

N<sub>1</sub>: “En los edificios públicos de las Comunidades Autónomas deberán

ondear permanentemente y juntas sus banderas propias y la bandera de España”.

$N_2$ : “Cuando las Comunidades Autónomas decidan utilizar sus banderas propias en sus edificios públicos, deberán utilizar junto a ellas la bandera de España”.

Imaginemos ahora una disposición dictada por el Gobierno Vasco que dijera lo siguiente:

$D_2$ : “En los edificios públicos de la Comunidad Autónoma del País Vasco la bandera vasca ondeará junto a la bandera de España los días que el Consejo de Gobierno determine”.

También ésta es una formulación susceptible de ser entendida de diferentes modos, es decir que se le pueden atribuir varias normas. Por ejemplo, estas dos:

$N_3$ : “Los días que el Consejo de Gobierno determine que en los edificios públicos de la Comunidad Autónoma del País Vasco debe colocarse la bandera vasca, ésta ondeará junto a la bandera de España”.

$N_4$ : “Los días que el Consejo de Gobierno determine, en los edificios públicos de la Comunidad Autónoma del País Vasco la bandera vasca ondeará junto a la bandera de España”.

Pues bien, ante esta pluralidad de normas atribuibles por medio de la interpretación de las dos formulaciones, un juez tendría varias posibilidades:

1. atribuir a la disposición  $D_1$  la norma  $N_1$  y a la  $D_2$  la norma  $N_3$ .
2. atribuir a la disposición  $D_1$  la norma  $N_1$  y a la  $D_2$  la norma  $N_4$ .
3. atribuir a la disposición  $D_1$  la norma  $N_2$  y a la  $D_2$  la norma  $N_3$ .
4. atribuir a la disposición  $D_1$  la norma  $N_2$  y a la  $D_2$  la norma  $N_4$ .

De ellas, la primera, la segunda y la cuarta pondrían de manifiesto una antinomia, mientras que optando por entender la disposición  $D_1$  en su significado  $N_2$  y la  $D_2$  en su significado  $N_3$  las normas serían compatibles. Un juez que adopte como un valor jurídicamente relevante la conservación del mayor número posible de formulaciones por medio de su interpretación conforme con la Constitución elegirá la tercera posibilidad, mientras que un juez que no comparta esa valoración tal vez opte por cualquiera de las otras tres, proclame la incompatibilidad entre las dos formulaciones y expulse del sistema jurídico la disposición vasca por ser contraria a la Constitución y de inferior rango jerárquico.

#### **IV. Inconstitucionalidad y derogación.**

Las consideraciones efectuadas en los puntos anteriores creo que permiten abordar ahora, como conclusión de estas reflexiones, las diferencias y similitudes entre la inconstitucionalidad y la derogación.

Si la cuestión se afronta desde un punto de vista formal, en parte coincidente con el manejo de formulaciones normativas no interpretadas, las diferencias entre inconstitucionalidad y derogación son bastante nítidas, ya que responden a finalidades distintas, las justifican criterios ordenadores del sistema jurídico no coincidentes y despliegan sus efectos en sentido contrario.

En primer lugar, la finalidad perseguida con la derogación es la innovación del sistema jurídico (bien por la sustitución de unas normas por otras, o bien, simplemente para eliminar alguna norma perteneciente hasta ese momento al mismo), mientras que la inconstitucionalidad persigue, en buena medida, la conservación del sistema jurídico, defendiendo a la Constitución frente a vulneraciones de que pueda ser objeto.

En segundo lugar, los criterios ordenadores del sistema jurídico que justifican la declaración de inconstitucionalidad son la jerarquía y la competencia, mientras que en el caso de la derogación se trata de la cronología. En definitiva, la derogación implicaría una modificación del sistema jurídico, mientras que la inconstitucionalidad implicaría la expulsión formal del sistema de unas normas que nunca deberían haber sido consideradas parte del mismo.

En tercer lugar, y con carácter general, la causa de la inconstitucionalidad se sitúa en el pasado en relación con la norma inconstitucional, mientras que la de la derogación se encuentra en el futuro en relación con la norma derogada. Dicho más claramente, la inconstitucionalidad de una norma se retrotrae al momento de su promulgación, por vulnerar ya en ese momento normas constitucionales, mientras que la causa de la derogación es siempre posterior al momento de promulgación de la norma derogada. Es cierto, no obstante, que esta afirmación requiere alguna matización, ya que cabe la "inconstitucionalidad sobrevenida" cuando la Constitución es posterior a la norma declarada inconstitucional, y cabe la ultraactividad de una norma derogada con relación a hechos ocurridos antes de la derogación.

Desde un punto de vista material, es decir enfocando la cuestión hacia las formulaciones normativas interpretadas, estas diferencias entre

inconstitucionalidad y derogación se difuminan un poco.

A pesar de que, en primer lugar, la inconstitucionalidad material tiene como efecto general la nulidad con efectos retroactivos de la norma, mientras que la derogación lleva aparejada la inaplicabilidad de la norma hacia el futuro, ambas reglas generales pueden sufrir excepciones que acercan los efectos de la inconstitucionalidad y de la derogación. Por un lado, como ya se ha dicho, en ciertas circunstancias una norma derogada puede seguir teniendo que ser aplicada en el futuro y, por otro, hay declaraciones de inconstitucionalidad que no llevan aparejada la nulidad de la norma o que carecen de efectos retroactivos, por ejemplo, porque puede verse afectado el principio de seguridad jurídica.

En segundo lugar, cuando se trata de la inconstitucionalidad material (es decir, por incompatibilidad con normas constitucionales) o de la derogación tácita de normas, ambas dependen en buena medida de la interpretación, como ya se ha intentado demostrar.

## Notas

1 De hecho, la mayor parte de las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional español han sido pronunciadas en procedimientos (bien recursos de inconstitucionalidad, bien conflictos positivos de competencia) en los que se decidían cuestiones competenciales entre el Estado y las Comunidades Autónomas. En estos casos, como se verá más adelante, para salvar la constitucionalidad de la formulación normativa afectada se realiza un pronunciamiento (de constitucionalidad o inconstitucionalidad) sobre los significados que de ella pueden obtenerse.

2 STC 5/1981, de 13 de febrero, f.j. 6 (la cursiva es añadida). Son muchas las sentencias posteriores que han confirmado este concepto. Por citar una más reciente, en la STC 341/1993, de 18 de noviembre, f.j. 2, se vuelve a insistir en que “el fundamento de todo pronunciamiento interpretativo está en el principio de conservación de la Ley y en la exigencia de su interpretación conforme a la Constitución”.

3 En principio, los procedimientos de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional tienen como función decidir la conformidad o disconformidad con la Constitución de las leyes, disposiciones o actos impugnados (arts. 27.1 y 28.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español, en adelante LOTC). En coherencia con esa función, los contenidos posibles del fallo en este tipo de procesos son dos: la desestimación (art. 38.2 de la LOTC) o la declaración de la inconstitucionalidad y nulidad de los preceptos impugnados (arts. 161.1.a y 164 de la CE; y art. 39.1 de la LOTC). Sin embargo, las sentencias interpretativas que estiman el recurso no declaran la inconstitucionalidad de ninguna ley, disposición o acto, por lo que sólo en apariencia son estimativas.

## Bibliografía

Dada la naturaleza de este trabajo, no me ha parecido apropiado inundar mis opiniones de referencias bibliográficas, a pesar de que, naturalmente, muchas de las ideas expuestas han sido tomadas de diferentes autores. Por tanto, remito al lector a tres trabajos en los que he abordado cuestiones próximas a las expuestas en el texto, donde se pueden consultar las fuentes manejadas para conformar mi visión de la cuestión:

EZQUIAGA GANUZAS, Fco. Javier, “El sistema jurídico” y “Las fuentes del Derecho”, en M.A. BARRERÉ UNZUETA, A. CAMPOS RUBIO, F.J. EZQUIAGA GANUZAS y J. IGARTUA SALAVERRÍA, *Lecciones de teoría del Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, págs. 119-220.

EZQUIAGA GANUZAS, Fco. Javier, *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, especialmente los Cap. 4 y 5.

EZQUIAGA GANUZAS, Fco. Javier, “*Iura novit curia*” y *aplicación judicial del Derecho*, Lex Nova, Valladolid, 2000, especialmente los Cap. VI y VII.

# OBSERVACIONES A “INCONSTITUCIONALIDAD Y DEROGACIÓN”

Ulises Schmill O.  
ITAM, México

## Introducción.

En el ensayo denominado *Inconstitucionalidad y Derogación*, Claudina ORUNESU, Jorge L. RODRÍGUEZ y Germán SUCAR (en adelante ORS) analizan varios temas de gran importancia teórica, todos los cuales no pueden ser tratados en una réplica como la que se intenta en estas páginas. Debo confesar desde el inicio que en el tratamiento de muchos de los temas estoy de acuerdo, pero discreparé esencialmente en otros, por el hecho de que mi concepción del derecho es estrictamente positivista. Por ello, de entre ellos, escogeré para comentarlos, los que me parecen más importantes, porque se refieren a una concepción central sobre el orden jurídico. Los temas que se analizarán en esta réplica son los siguientes:

1. Presentaré mi propia versión y crítica de la “cláusula alternativa tácita”, que difiere parcialmente de la sustentada por los autores del ensayo que comento;
2. Defenderé la tesis de que la const-inconstitucionalidad no es algo “dado”, pues debe estar establecida de manera positiva por la decisión de un órgano jurídico;
3. Por ello, intentaré demostrar la imposibilidad de considerar que existen const-inconstitucionalidades *a priori*;
4. Se harán algunas observaciones críticas sobre los conceptos de norma y sistema jurídico;
5. Presentaré una posible reconstrucción teórica del orden jurídico, que será el fundamento para presentar los conceptos de la derogación y de la anulación condicionada, entendidas como modalidades del ámbito temporal de las normas jurídicas;
6. Expondré la tesis de que la derrotabilidad es anulabilidad condicionada, entre otros motivos, por inconstitucionalidad;
7. Por último, expondré lo que en mi opinión es la omisión fundamental en el ensayo que se comenta, que es la relación esencial entre los conceptos de la regularidad y los de anulación y los sujetos que la establecen.

## I. Nueva exposición de la “cláusula alternativa tácita”

Los autores cuyo trabajo comento afirman desde el inicio que

Para la teoría del derecho siempre ha representado un problema el *status* de las normas inconstitucionales... Ahora bien, las normas inconstitucionales son inválidas, esto es, no satisfacen todas las condiciones que permiten predicar “validez” a su respecto... No obstante lo dicho, las normas inconstitucionales muchas veces producen efectos jurídicos, al menos en tanto su inconstitucionalidad no haya sido declarada por un órgano del Estado. ¿Cómo es posible entonces explicar que una norma inválida produzca efectos jurídicos? (Ap. 1)

Aquí está planteada con toda nitidez la problemática (y la paradoja que genera) relativa a las normas irregulares. Nadie fue más consciente de estos problemas que el mismo Kelsen. Los autores transcriben el siguiente párrafo de Kelsen que contiene también la dificultad mencionada:

La afirmación de que una ley válida es “inconstitucional” constituye una *contradictio in adjecto*. Puesto que una ley sólo puede ser válida fundándose en la constitución. Si hay alguna razón para suponer que es válida, el fundamento de su validez se encuentra en la constitución. De una ley inválida no podría sostenerse que es inconstitucional, puesto que ley inválida no es ley alguna, siendo jurídicamente inexistente, sin que sobre ella sea posible formular ningún enunciado jurídico.<sup>1</sup>

Sin embargo, Kelsen sabía que, en ocasiones, mejor, siempre, sobre las llamadas “leyes inconstitucionales”, pueden llevarse a cabo, y de hecho se llevan, procedimientos jurídicos para el análisis de su constitucionalidad y para su anulación eventual y que, en general, son consideradas válidas, aunque se afirme que ha existido irregularidad en el proceso de su creación o se encuentran en contradicción con los contenidos establecidos en la constitución, es decir, si no cumplen con los requisitos constitucionales para ser consideradas válidas formal y materialmente, para usar la terminología de R. Guastini que se cita en el texto. Para salir de esta dificultad, Kelsen postuló su tesis de la “cláusula alternativa tácita”, justamente criticada. En el texto del ensayo que se comenta se contienen algunas refutaciones certeras sobre esta cláusula alternativa tácita, las que no repetiré en este lugar. Sin embargo, sí quiero hacer la observación de que, en mi opinión, Kelsen se vio conducido a postular tal cláusula porque identifica tres conceptos diferentes: el de validez, el de existencia y el de regularidad (o

legitimidad) de las normas. La tesis de KELSEN puede presentarse de la siguiente manera:

(1) Validez = existencia = regularidad

Si la identidad (1) se acepta, entonces sólo pueden considerarse válidas las normas regulares; si hay irregularidad, las normas no son válidas y, por tanto, son inexistentes. Una norma irregular es una norma inválida, y esto significa que no es norma alguna, por lo que afirmar su existencia o validez es una *contradictio in adjecto*. Pero como tales normas irregulares producen efectos jurídicos, como lo observan ORS debe conciliarse u ocultarse la irregularidad, pagando un precio muy alto: la norma superior que la determina contiene tácitamente una cláusula alternativa.<sup>2</sup>

Aquí existe un dilema: si la norma es irregular, no existe como norma y si, por el contrario, existe como norma, entonces necesariamente es regular, es decir, es válida. Sin embargo, hay un hecho innegable, expresamente admitido por KELSEN: la existencia de normas irregulares, de normas que se han dictado o establecido con alguna irregularidad en cualquiera de los actos normados por la norma superior o con un contenido incompatible con el determinado por dicha norma superior. A pesar de ello, la norma existe y puede ser objeto de control de su constitucionalidad por medio del juicio que se tramite ante una corte de constitucionalidad, por mencionar uno de los medios posibles de control de la constitucionalidad. Se trata de una norma irregular y, además, válida. La admisión de la existencia de una norma irregular presupone que el orden jurídico no es unitario, que no forma un sistema, sino contiene normas contradictorias, tesis que KELSEN no admite. Ante este dilema, KELSEN asume una posición teórica verdaderamente heroica: no renuncia a ninguna de sus tesis, pero formula el sentido de las normas que establecen facultades, en especial, la constitución, como normas que tienen carácter alternativo, que contienen tácitamente una cláusula de alternatividad. Ya desde 1934, con la publicación de la TPD1, ofrece esta solución al problema planteado, diciendo:

Si es posible una ley inconstitucional, es decir, una ley válida que contradice las prescripciones de la constitución vigente, bien por el modo de haberse aprobado, bien por su contenido, ese estado de cosas no puede interpretarse sino de este modo: que la constitución no sólo quiere la validez de la ley constitucional, sino también (en cierto sentido) la validez de la ley "inconstitucional"; de otra manera, no podría hablarse de una "validez" de la última. El que la constitución quiera también la validez de la llamada ley inconstitucional, surge del hecho de que ella prescribe, no solamente que las leyes deben ser producidas en una forma

determinada y que deben tener o no tener un contenido determinado, sino también que, en caso de ser producida una ley en otra forma que la prescripta o tener otro contenido que el prescripto, de ningún modo ha de considerarse nula, sino que ha de valer hasta tanto sea anulada por una instancia destinada para ello, acaso por un tribunal constitucional, en un procedimiento regulado por la constitución... Tiene más importancia el hecho de que la mayor parte de las constituciones no prevean en general una derogación de las leyes inconstitucionales, y se contenten con la posibilidad de hacer personalmente responsables a ciertos órganos, por ejemplo, al jefe de Estado o al ministro, a raíz de la aprobación de la ley inconstitucional, sin que por ello sea además alcanzada la validez de la misma. Lo que se llama "inconstitucionalidad" de la ley no es, por tanto, una contradicción lógica en que se encuentre el contenido de una ley con el contenido de la constitución, sino una condición estatuida por la constitución para la iniciación de un procedimiento que conduce, o a la derogación de la ley (hasta entonces válida y por ende constitucional), o al castigo de un órgano determinado. Los preceptos de la constitución concernientes a la producción y el contenido de las leyes, sólo pueden ser comprendidos en conexión esencial con aquellos que se refieren a la "violación" de la constitución, es decir, a las normas creadas en forma distinta de la previamente prescripta, o que tienen un contenido distinto del previamente prescripto. Considerados desde este punto de vista, ambos preceptos forman una unidad. Las prescripciones concernientes a la legislación ofrecen, de acuerdo con esto, el carácter de prescripciones alternativas, en las que se atribuye el mismo valor, sin embargo, a ambos miembros de la alternativa. La diferenciación tiene lugar en el sentido de una descalificación de la segunda alternativa frente a la primera. Y esta descalificación se traduce en el hecho de que es la ley correspondiente al segundo y no al primer precepto de la alternativa, aquella que en virtud de su calificación es declarada anulable por la constitución, o por causa de la cual un órgano es declarado punible. En el hecho de que la norma "antinormativa" pueda ser suprimida o de que un órgano deba ser castigado por su causa, reside aquello que se designa, mejor que con la expresión "antinormatividad" ("inconstitucionalidad", "ilegalidad"), con la "deficiencia" o "defectuosidad" de la norma.<sup>3</sup>

Estamos frente a dos tesis, ninguna de las cuales es, en principio, aceptable: o se acepta que el orden jurídico es un orden que admite contradicciones, que no forma una unidad lógica consistente, o se acepta la tesis kelseniana de la cláusula alternativa tácita, con lo que se salva la unidad del orden jurídico. Como ya se dijo, esto es incompatible con su esfuerzo de considerar al orden jurídico como un orden que no contiene contradicciones entre normas de diferente grado.<sup>4</sup> La concepción de las normas que establecen facultades como normas alternativas destruye el significado normativo de las mismas, porque las convierte en

tautologías: la norma establece el proceso de creación y el contenido de las normas que van a ser creadas y con ello, “quiere” la validez de las normas regulares, pero también “quiere” que las normas sean creadas siguiendo otro procedimiento y con un contenido distinto del establecido por la norma condicionante, es decir, “quiere” la validez de las normas irregulares. Por tanto, el contenido de la norma es **A o no A**, lo cual no es normar conducta alguna. La tesis es: la norma para existir, *i.e.*, para ser válida tiene que ser regular. Hay normas válidas irregulares; por lo tanto, hay que reformular la norma condicionante superior, permitiendo la validez de las normas irregulares, en relación con la primera alternativa de manera que no haya norma alguna válida que sea irregular, por concordar con la segunda alternativa. Con la tesis de la cláusula alternativa se trasmuta alquímicamente la irregularidad de la norma en regularidad de la misma. Si no formulara Kelsen a la norma superior como una norma alternativa, entonces tendría que reconocer que las normas irregulares no son normas, por la identidad expresada en (1), poniéndose en contradicción con el hecho de que existen normas que son válidas y, posteriormente, son declaradas irregulares por el órgano competente para ello. Su experiencia como miembro de la Corte Constitucional Austriaca claramente le mostró la existencia de normas irregulares.

El carácter alternativo de la norma superior determinante de la inferior, excluye la posibilidad de que la norma inferior aparezca en contradicción lógica efectiva con la superior; pues una contradicción con el primero de los preceptos alternativos en que se divide la norma integral de grado superior, no es una contradicción con la norma integral alternativamente configurada. Y aun la contradicción de la norma de grado inferior que ha de examinarse en el procedimiento previamente prescripto, con el primero de los preceptos alternativos de la norma de grado superior, sólo se manifiesta después de ser verificada por la instancia competente. La “contradicción” aparece en la esfera del Derecho, pero simultáneamente con la derogación de la norma contradictoria.<sup>5</sup>

Como puede verse de la anterior transcripción, la cláusula alternativa tácita surge con el objeto de preservar la concepción del Derecho como un orden unitario de normas, en el cual no se da contradicción alguna entre norma de diverso grado normativo. Con cláusula alternativa, la “antinormatividad” de una norma se convierte en regularidad de la norma. Si la norma de grado inferior concuerda con la primera alternativa de la norma superior, es regular, es válida y existe como norma; si no concuerda con la primera alternativa, es entonces regular con la segunda alternativa, hasta que no sea nulificada por el órgano competente, caso en el cual ya no hay norma de la cual predicar irregularidad alguna.

Si quieren evitarse estos trucos de magia lógica, entonces es necesario reconocer que la existencia de la norma es distinta de su regularidad, que existen normas jurídicas que pueden ser declaradas irregulares y, por tanto, anulables. Volveremos sobre este tema más adelante.

La casi totalidad de los argumentos anteriores se encuentran consignados en el ensayo que se comenta. Los autores del ensayo, aceptan la tesis de BULYGIN sobre las fuentes que llevaron a KELSEN a la aceptación de la cláusula alternativa tácita. Una de esas fuentes, según nuestros autores, es la ambigüedad del término “validez de una norma” y el sentido del enunciado sobre la existencia de una norma. No estoy de acuerdo con estas afirmaciones. En primer lugar, la identidad (1) establecida más arriba, no creo que sea correcto calificarla de ambigua. Podrá no ser correcta, pero no es ambigua, excepto si se quiere distinguir entre los conceptos de existencia de una norma, su validez y su regularidad. Esta necesidad no se presenta dentro de la teoría de KELSEN. Por otra parte, KELSEN no tiene necesidad teórica alguna de distinguir diversos sentidos de la expresión “existencia” de una norma. Lo único importante, para la comprensión de la tesis de KELSEN, es entender o explicitar el sentido de la frase de que la validez es la existencia *específica* de una norma. ¿En qué consiste esta especificidad de la existencia de una norma? Según mi interpretación, esta especificidad de la existencia de la norma tiene dos elementos conceptuales, que se encuentran sintetizados en la expresión que se analiza:

1. Toda norma es el sentido de un acto determinado de un sujeto dirigido a la conducta de otro sujeto y, por tanto, no existe norma jurídica alguna que no esté asociada a un acto determinado de un sujeto. En esto consiste la positividad del derecho. Esto lo podemos representar de la siguiente manera:  $a(n)$ , donde  $a$  está por el acto del sujeto y  $n$  por el sentido subjetivo del acto dirigido a la conducta de otro sujeto. Este elemento se puede asociar con la afirmación de la existencia de una norma entendida como la emisión de una formulación normativa de BULYGIN y ORS. Podemos completar el esquema de esta manera:  $aV(n)$ , donde  $a$  es el acto,  $V$  es su carácter verbal y su sentido  $n$  es una norma. La formulación normativa es  $V(n)$ , el conjunto de signos lingüísticos que contienen como sentido una norma.

2. La norma es el producto de una específica abstracción realizada sobre el acto de su emisión, cuyo sentido se expresa mediante el concepto del *deber ser*, i.e., el sentido o significado tiene carácter normativo. Esta es la *especificidad* de la que habla KELSEN. Es el producto de un corte en el esquema mencionado, corte que podemos representar de la siguiente manera:  $aV/(n)/$ ; la norma se encuentra representada dentro de las dos barras inclinadas. Lo que

obtenemos es un elemento puramente semántico.

Por ello, KELSEN no se encuentra en la necesidad de distinguir diversos sentidos de la existencia de una norma. Los tres elementos que aparecen en el esquema aV(n) son considerados como una unidad indisoluble, siempre presentes y actuales. (Lo anterior me excusará de hacer consideraciones críticas en relación con los diversos sentidos de la expresión “existencia de una norma”, las que nos desviarían de la finalidad fundamental de este trabajo.)

## **II. Lo “dado” en el derecho y el carácter constitutivo de los actos jurídicos**

ORS consideran, de acuerdo con tesis de BULYGIN, que el otro elemento que determinó en KELSEN la aceptación de la cláusula alternativa tácita es que “las decisiones judiciales no son meramente declarativas sino que poseerían carácter constitutivo”.

Dicen ORS que este punto de vista de KELSEN:

1. es “evidentemente incompatible con sus manifestaciones en torno a la estructura jerárquica de los sistemas jurídicos”. (2.3)
2. “no es sino el producto de una confusión entre el carácter definitivo de ciertas decisiones y su infalibilidad”. “Una decisión puede ser definitiva, en el sentido de que no puede ser cuestionada ante ningún otro órgano y, no obstante, ser equivocada”. (2.3)

Es de llamar la atención que no dicen en qué sentido resulta incompatible la tesis del carácter constitutivo de las decisiones judiciales con su tesis de la estructura jerárquica de los sistemas jurídicos, aunque esta incompatibilidad les parece evidente. Este es un punto esencial al que dedicaremos algunos párrafos para esclarecer su sentido.

En estas afirmaciones es posible encontrar algunos presupuestos que es necesario poner en claro, hacerlos explícitos, ya que son fundamentales pues se refieren al concepto del derecho y a la función de la ciencia jurídica o jurisprudencia.

Es muy conocida la concepción del derecho como un orden dinámico de la conducta humana, como un conjunto de normas que regulan su propia creación; concepción que, además, permite determinar la pertenencia de una cierta norma a un orden normativo. En el trabajo de los autores que se comenta, existe una terminología ligeramente distinta: hablan de la dinámica jurídica,

como una ordenación temporal de sistemas jurídicos, constituidos por normas promulgadas y normas deducidas de ellas. Por lo pronto no tocaré este tema, aunque más adelante podré hacer algunos comentarios al respecto. KELSEN, sin embargo, tiene una concepción distinta que es conveniente enfatizar: el orden dinámico de normas es un orden creativo de normas, es un orden que regula la creación de nuevas normas, de manera que puede concebirse como un desarrollo *autopoietico*, como una producción continua de contenidos que transcurre de lo más general a lo individual y concreto. KELSEN siempre ha enfatizado esta dimensión creadora de normas. La norma creada de grada inferior no repite el contenido de la norma que la determina, el de la norma que es su fundamento; por el contrario, visto el contenido de la norma inferior, abstraída de los actos de su creación, etc., y comparado con el contenido de la norma condicionante, puede comprobarse que siempre hay un incremento en el contenido, que no hay una relación analítica entre ellos, sino más bien de carácter sintético. Con esto quiero decir que la actividad creadora de normas tiene por función esencial incrementar el contenido normativo que comienza en la constitución, se continúa en las leyes, reglamentos, circulares, disposiciones administrativas y sentencias, todas las cuales colaboran para dotar de significado al último acto de ejecución. Es cierto que en ocasiones la norma de una ley, especialmente si es una ley reglamentaria de algún precepto constitucional, puede repetir en sus primeros artículos algún contenido normativo de la constitución, para fijar la materia de su regulación, pero esta repetición, por estar en una ley, puede generar una serie de fenómenos jurídicos que no es el caso analizar en este lugar. Baste observar que un acto administrativo puede impugnarse por ilegal, en vez de inconstitucional, en caso de que se encuentre en contradicción con la norma contenida en el cuerpo legal y que resultaría competente el tribunal ordinario y no de carácter extraordinario constitucional.

Es sabido que KELSEN visitó a Hermann COHEN en Marburgo,<sup>6</sup> de quien tomó la idea de calificar a su teoría con el adjetivo “pura”, como Cohen lo había hecho con las tres partes de su sistema filosófico.<sup>7</sup> Aunque la idea original de concebir al derecho genéticamente fue de Adolf MERKL, KELSEN fue quien la desarrolló de manera brillantísima a lo largo de toda su extensa vida científica. Yo no tengo duda que la aceptación de la teoría de la *Stufenbau* estuvo influida por los fundamentos filosóficos de la “lógica del origen” de COHEN. Conforme esta teoría, sólo es aceptable en un sistema científico aquello que pueda construirse desde su origen, aquello que pueda ser originado con base en ciertas hipótesis. Permítaseme transcribir un párrafo de la primera parte del sistema de la filosofía construido por Hermann COHEN, que trata sobre el problema de lo “dado”, que para él tiene el significado de lo construido:

La expresión “dado” surge en el lenguaje matemático, supuestamente en el método analítico de Platón. Las condiciones para la construcción del problema se llaman dadas. Euclides escribió un libro especial con el título “Los Datos” ( ). Lo que entiende con ello se muestra en la 4. Definición: “Puntos, líneas y espacios se llaman, según la posición, dados, cuando pueden...ser puestos en realidad o pueden ser encontrados”. Entonces, cuando pueden ser encontrados se llaman también dados. Pueden ser encontrados solamente por el pensamiento; por eso se llaman dados. Los datos del análisis se denominan dados...*Solamente puede valer como dado al pensamiento lo que él mismo puede encontrar.* <sup>8</sup> (Énfasis añadido por US)

En concordancia con este pensamiento de COHEN, KELSEN considera que, en la ciencia del derecho, nada debe considerarse como dado, sino que todo debe ser construido teóricamente. Pero no sólo en la ciencia del derecho. El derecho mismo es entendido como un orden normativo que se crea y recrea en el tiempo. Este es el sentido de su tesis de la *Stufenbau* que, como lo ha repetido ininidad de veces, consiste en que las normas sólo existen si han sido creadas por un acto humano específico, *i.e.*, sólo valen como normas positivas. Esto significa que no se puede considerar como dada al orden jurídico norma alguna que no esté asociada a un acto de promulgación, para utilizar esta expresión de los autores cuyo trabajo se comenta. Véase lo que dice en la TGE:

Así como sólo puede haber una naturaleza, y todo cuanto a ella pertenece desde el punto de vista del conocimiento naturalista tiene que ser comprendido en una única síntesis, del mismo modo sólo puede haber un orden jurídico. Desde el punto de vista epistemológico, la unidad del mundo del Derecho es de la misma especie que la unidad de la naturaleza. Y así como desde el punto de vista de la realidad natural tiene que constituir “naturaleza” cuanto es dado a él (es decir, cuanto debe ser determinado según la legalidad específica de ese sistema, la ley de causalidad, y nada hay dado que no pueda determinarse según leyes naturales), y, por tanto, desde ese punto de vista sólo “hay” naturaleza y no puede haber más que naturaleza, del mismo modo, desde el punto de vista jurídico, no hay, no puede haber más que Derecho y sólo puede ser “dado” lo que puede determinarse con arreglo a la propia legalidad específica del Derecho: la ley jurídica. <sup>9</sup>

Conforme a esta tesis, el derecho entendido como un orden que se autogenera conduce a la conclusión que sólo puede ser “dado” como jurídico aquello que puede determinarse conforme a las normas del propio derecho. La lógica del origen coheniana y kelseniana conduce de manera necesaria a la tesis del positivismo, pues sólo puede ser dado al derecho aquello que se ha generado, aquello que ha sido puesto o establecido por medio de un acto humano.

Esta concepción tiene profundas consecuencias para el entendimiento de la manera como funciona el derecho, de la forma como opera y de los elementos que pueden considerarse como pertenecientes a él. Igualmente determina el concepto de la ciencia jurídica.

### **III. No hay const- inconstitucionalidades *a priori***

Veamos ahora cuáles son las consecuencias de estas posturas filosóficas, que se encuentran en la base de la teoría jurídica, como uno de sus presupuestos. Kelsen fue inconsecuente con su propia teoría. Cuando afirma que una ley inconstitucional es una *contradictio in adjecto*, se olvida que la inconstitucionalidad de una norma, la “antinormatividad” de ella, no es algo que se encuentre “dado” con la sola emisión de la norma. La inconstitucionalidad debe ser *establecida, producida, constituida* con los medios y métodos propios del derecho, entendido como un orden dinámico de normas. La inconstitucionalidad de una ley o norma general o de un acto sólo estará “dada” a la ciencia jurídica si es capaz de comprobar que se han cumplido los requisitos y condiciones establecidos por el propio derecho comprendido como un orden dinámico de normas. Esto quiere decir que la inconstitucionalidad no está “dada” *a priori*, desde la fecha de emisión de la norma a la que cual se califica con ese adjetivo jurídico, pues la inconstitucionalidad debe ser establecida de manera positiva, debe estar constituida en el proceso de progresiva individualización del orden jurídico. Esto que parece muy filosófico y alejado de la realidad es lo más empírico que puede afirmarse. Veamos. Se emite una ley por el Congreso o el Parlamento. Se publica en el Periódico Oficial y entra en vigor a partir del día siguiente a su publicación. ¿Puede afirmarse su inconstitucionalidad? ¿Es ella constitucional o inconstitucional? Lo más talentosos y eruditos profesores tienen opiniones sobre ello: algunos dicen que sí es inconstitucional mientras otros lo niegan y ambos bandos dan argumentos muy sesudos, inteligentes, eruditos para afirmar la propia tesis. La ley comienza a aplicarse. Es, por tanto, una ley existente y una ley válida, en el sentido de que se ha convertido en el fundamento normativo de actos de ejecución de la misma. Hasta el momento, los órganos que la aplican han examinado su validez y decidido que deben obedecerla y ejecutarla y, con base en ella, han emitido otras normas, reglamentarias e individuales, como, por Ej., resoluciones administrativas de gran importancia y trascendencia social y económica.

El problema específicamente jurídico de si un determinado acto es un acto jurídico, no es uno que consista meramente en una subsunción lógica. Lo que importa es una *decisión*, una decisión jurídicamente obligatoria, auténtica, constitutiva, a la que el orden jurídico enlaza una determinada consecuencia. Una decisión tal no

es una mera función de la razón, sino de la voluntad; y por ello, ni la ciencia del derecho ni cualquier otra ciencia es competente para tomar esta decisión. Tomar una decisión jurídicamente obligatoria significa establecer una norma (individual). La ciencia jurídica, en tanto ciencia, no puede crear normas. Ella puede solamente describir y reproducir descriptivamente a las normas que han sido creadas por los órganos jurídicos en procesos jurídicos.<sup>10</sup>

Alguno dirá que esto es una afirmación de la última etapa irracionalista de KELSEN. No lo creo así. Conforme al concepto del derecho entendido como un orden dinámico de la conducta humana se tiene que afirmar que esa ley, por lo menos, existe y es válida y hasta el momento, en el tiempo presente, los órganos del Estado competentes para aplicarla y ejecutarla lo han considerado así. Para ellos, en sus actos, han determinado que la norma existe y es válida, lo que puede (pero no tiene que) implicar que consideran que es una norma regular. La constitucionalidad de una norma es constituida por el órgano jurídico y sólo así esta “dada” jurídicamente, *i.e.*, existe para el derecho. Lo mismo puede decirse de la inconstitucionalidad. La transcripción del siguiente párrafo de KELSEN expresa con toda claridad los conceptos anteriores, lo cual se encuentra en directa contradicción con las tesis que se afirman en el trabajo que se comenta, en el cual se sostiene la inconstitucionalidad *a priori* de las normas, incluso después de que el órgano jurídico competente último, como la Corte suprema, ha determinado con la calidad de cosa juzgada, la constitucionalidad o inconstitucionalidad de ley en cuestión.

Cuando el Congreso de Estados Unidos aprueba una ley, cualquiera puede externar su opinión si la ley es constitucional, *i.e.*, si es una norma obligatoria o no lo es. Tales opiniones externadas son jurídicamente irrelevantes, pues el orden jurídico no enlaza a ellas ninguna consecuencia. Sin embargo, cuando una ley aprobada por el Congreso va a ser aplicada por un juez, conforme a su criterio, en un proceso judicial, y si el juez es de la opinión de que la ley es inconstitucional, que la decisión del Congreso no es, en otras palabras, legalmente obligatoria, entonces el juez, de conformidad con el orden jurídico vigente, debe abstenerse de aplicar la ley aprobada por el Congreso que tiene la pretensión subjetiva de ser una ley. El juez decidirá el caso sometido a su consideración como si la ley nunca hubiera sido aprobada, como si no hubiera existido. Sólo si el juez es de la opinión de que la decisión del Congreso es constitucional, que es un ley obligatoria, la aplicará al caso en cuestión. La opinión del juez relativa a la regularidad o irregularidad constitucional de la decisión del Congreso y, esto significa, la opinión relativa al carácter jurídico del acto, no es un mera subsunción lógica de un estado de cosas concreto bajo un concepto abstracto, no es una operación intelectual que cualquiera puede realizar, como también lo puede hacer la razón de la ciencia jurídica, sino una decisión que sólo el juez es competente para tomar y a la cual

el orden jurídico enlaza consecuencias de la más grande importancia.

La esencia del orden jurídico consiste en enlazar a ciertos hechos, como condiciones, determinadas consecuencias. Sin embargo, cuando el orden jurídico, de manera general, enlaza a ciertos hechos, como condiciones, determinadas consecuencias, de manera necesaria debe prescribir también cómo debe comprobarse auténticamente la existencia del hecho condicionante en un caso concreto, para que la consecuencia estatuida pueda ser realizada. Por ello, no son los hechos en sí a los que están enlazadas las consecuencias jurídicas, sino a la determinación constitutiva de los hechos dentro de un procedimiento jurídico. Es inevitable, por tanto, la determinación, en un procedimiento regular, de los hechos condicionantes. Cuando el hecho condicionante es un acto jurídico, entonces tiene siempre y en todas las circunstancias que ser determinada la existencia de este acto jurídico en un procedimiento jurídico, es decir, por un órgano jurídico. De esta manera tiene que ser *decidido* si el acto en cuestión es un acto jurídico, si es precisamente ese acto uno al que el orden jurídico enlaza consecuencias. Esto significa, empero, que el órgano jurídico que ha de llevar a cabo la consecuencia, debe comprobar siempre y en todas las circunstancias, si el acto en cuestión es un acto jurídico, incluso si el orden jurídico contiene prescripciones, de las que de manera inexacta se dice, excluyen el derecho de examen. Si la constitución determina que los tribunales deben aplicar las leyes que ha dictado el Parlamento, puede, de seguro, también especificar que la regularidad constitucional de esas leyes no puede ser examinada por los tribunales. Pero ella no puede prohibir que el tribunal examine si algo, que se presenta subjetivamente como una ley, ha sido aprobada por el Parlamento y no por una asociación privada. El orden jurídico puede prohibir a los tribunales ordinarios revisar la regularidad jurídica de un acto administrativo, reservando tal examen a un órgano específico, por ejemplo, un tribunal administrativo. Pero el orden jurídico no puede impedir a los tribunales ordinarios examinar si un acto, que constituye un supuesto de su decisión, es en verdad un acto administrativo, es decir, si ha sido establecido por un funcionario administrativo y no por una persona privada.<sup>11</sup>

Creo que las tesis anteriores son enteramente correctas, sólo bajo el supuesto que el orden jurídico sea un orden dinámico de normas. No son otra cosa que la aplicación consecuente de este concepto del derecho. Por tanto, las decisiones judiciales son constitutivas y esto evidentemente es compatible con la estructura jerárquica de los órdenes jurídicos, lo cual es una tesis contraria a lo afirmado por nuestros autores. Creo incorrectas las tesis contenidas en el ensayo que se comenta en el sentido que la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley están “dadas” desde el principio y son una mera consecuencia lógica de la comparación del contenido de la ley con el contenido de la constitución. Bajo ningún supuesto estos calificativos pueden considerarse como “dados” y, menos aún, con validez jurídica. Todavía es menos aceptable la afirmación de

que la ley es inconstitucional, incluso si el órgano límite jurisdiccional ha determinado con la calidad de cosa juzgada que la norma es constitucional. Esto simplemente suena a ideología de abogado o al intento de origen iusnaturalista de los juristas de querer influir políticamente en la vida pública del Estado. Lo que no puede afirmarse válidamente es que la ley debe calificarse de modo distinto como lo ha determinado objetivamente la Suprema Corte de Justicia. No aceptar esto supone afirmar la existencia absoluta del criterio de constitucionalidad, con carácter puramente lógico, desconectado del proceso jurídico constitutivo.

Lo único que creo puede afirmarse con certeza es que la ley dictada es un problema, es una incógnita en cuanto a su const- inconstitucionalidad. Podemos afirmar que existe, pues éste es un hecho empírico: basta tan sólo comprobar que ha existido un acto creador de un significado normativo o empleando la terminología de los autores cuyo ensayo se comenta, existe una formulación normativa susceptible de interpretación, sin que pueda afirmarse ni su conformidad ni su falta de conformidad con la constitución. Para decirlo en una palabra, no está *dada* jurídicamente la const- inconstitucionalidad de la norma, pues ella debe ser establecida o construida normativamente por los órganos jurídicos, para que la ciencia del derecho pueda determinar su carácter en el sentido indicado.

Con lo anterior no se niega la importancia práctica que pueden tener los argumentos privados no oficiales de const- inconstitucionalidad, los cuales pueden llegar a convertirse en el contenido de la decisión del órgano competente para establecerlo, que es la manera como influyen en los procesos jurídicos las doctrinas sobre el derecho.<sup>12</sup>

Contra esto debe observarse que es problemático el supuesto de que la persona que realiza el acto *en un caso concreto ha sobrepasado su competencia*, y es problemático si el otro supuesto es correcto, de que el acto es *considerado acto jurídico obligatorio* en el procedimiento jurídico subsecuente por los órganos competentes. ¿Desde qué punto de vista las personas en cuestión han sobrepasado su competencia? Conforme a una prescripción de la Constitución de los Estados Unidos puede el Presidente, con la aprobación del Senado, concluir tratados internacionales. De hecho, el Presidente ha concluido muchos tratados de gran importancia política sin la aprobación del Senado, y estos tratados han sido ejecutados sin reservas por los órganos de los Estados Unidos. ¿Puede decirse jurídicamente, que el Presidente ha sobrepasado su competencia? ¿Es tal juicio, si es hecho por una persona que escribe sobre el derecho, algo distinto de una interpretación jurídicamente irrelevante de la Constitución americana, que se encuentra en oposición a la interpretación legalmente relevante hecha por el

Presidente mismo, que está facultado para aplicar la Constitución y, por tanto, también para interpretarla? ¿No es jurídicamente un sinsentido, bajo tales circunstancias, afirmar que el Presidente ha sobrepasado su competencia, cuando incluso la Suprema Corte no ha declarado constitucionales ciertos tratados concluidos por el Presidente sin la aprobación del Senado? ¿Cómo puede un acto ser considerado *obligatorio* en el procedimiento subsiguiente por los órganos jurídicos si al mismo tiempo se le considera ilegal por ser un acto de un órgano incompetente? ¿Y cómo podrían estos órganos considerar el acto, de otra manera que *con base en el orden jurídico*, como obligatorio, esto es, considerarse a sí mismos jurídicamente obligados a realizar las consecuencias que están enlazadas al acto por el orden jurídico? Los órganos administrativos y los tribunales de los Estados Unidos, en tanto que ejecutan tratados que han sido concluidos por el Presidente sin la aprobación del Senado, deciden que estos actos son actos jurídicos obligatorios, que no son nulos; y esto significa que los órganos administrativos y los tribunales aceptan la interpretación de la Constitución, que subyace en la del Presidente mismo en su función de órgano competente para celebrar tratados. No es posible afirmar en estas circunstancias que los actos en cuestión originalmente se encontraban fuera del orden jurídico y que *fueron incorporados al orden jurídico* en el procedimiento jurídico subsecuente. Pero, incluso, si la descripción de este proceso fuera correcta, la *subsecuente cualificación como actos de un órgano jurídico* sería posible solamente *con base en el orden jurídico* en el cual los actos en cuestión son *incorporados*. La descripción del proceso por el que es decidido el carácter jurídico de un acto por los órganos legales en el proceso jurídico subsecuente (no por la teoría jurídica o cualquier otra disciplina), se encuentra estrictamente en el marco de la ciencia jurídica, como un conocimiento dirigido al orden jurídico como un sistema normativo.<sup>13</sup>

Por ello, no resulta aceptable la tesis de los autores argentinos que se comenta en el sentido de que hay una lamentable confusión entre la definitividad de una decisión y su corrección. Aquí está en juego el concepto de la ciencia jurídica que se tenga: o como ciencia descriptiva, cuya principal función es describir qué es y cómo opera de manera efectiva y real el derecho, describiendo las interpretaciones que con validez jurídica hacen los órganos del Estado de las normas positivas en vigor, o como ciencia normativa, cuya función es determinar lo que es lo correcto y verdadero jurídicamente y opera como criterio valorativo (generalmente reprobatorio y crítico) de la actuación de los órganos jurídicos.

## V. Norma jurídica y sistema jurídico

Sé que me pongo en oposición con una postura teórica que ha adquirido carta de ciudadanía en los círculos académicos de Latinoamérica y otras partes del mundo, por la influencia decisiva que el pensamiento de ALCHOURRÓN y BULYGIN

ha ejercido. No niego su importancia, pero debo confesar que las distinciones entre norma jurídica y formulación normativa, aunque permite hacer algunas distinciones útiles, no debe tomársela como un dogma y realizar investigaciones con base en esa distinción. En el apartado 3 del ensayo que se comenta se establecen cuatro distintas concepciones de las normas jurídicas: la concepción sintáctica, la semántica, la mixta sintáctico-semántica y, por último, la concepción pragmática. Estas distinciones pueden utilizarse, si se quiere, para efectos expositivos cuando se quiere hacer énfasis en algún aspecto de las normas jurídicas, pero no puedo aceptarlas como distintas concepciones de las normas jurídicas. Éstas son un complejo de elementos que pueden analizarse desde esos diversos puntos de vista, cuando se quiere enfatizar una dimensión en particular de ese complejo de elementos en que consisten las normas. Anteriormente, presentamos el esquema aV(n), el cual pone de manifiesto ese complejo de la siguiente manera: *a* está por el acto creador de la norma, por tanto por su dimensión pragmática; *V* es el aspecto lingüístico de la norma, por lo tanto, por su dimensión sintáctica y (*n*) por el significado de la formulación lingüística, por tanto, por su dimensión semántica. La concepción mixta surgiría en el momento en que se consideran conjuntamente la dimensión sintáctica y la semántica, *i.e.*, V(n). Es un error considerarlas de manera separada; por ello no coincidimos cuando los autores del ensayo que comentamos analizan “La inconstitucionalidad de las normas como formulaciones no interpretadas” pues si con ello quieren referirse al elemento lingüístico puro *V* de nuestro esquema, nada se puede predicar en verdad de ello, en cuanto a su inconstitucionalidad, pues una formulación verbal o lingüística no puede estar en contra o violar las normas constitucionales. En el apartado 3.2 los autores cuyo trabajo comentamos dicen:

Veamos primero en qué sentido puede decirse que una norma inconstitucional existe, si por ella se entiende la formulación normativa no interpretada que ha sido creada irregularmente por falta de satisfacción de los requisitos impuestos para ello por normas contenidas en la constitución.

Afirman a continuación, para resolver el enigma planteado:

El calificativo de “inconstitucional” asignado a una norma así concebida sólo podría aludir a un vicio formal relativo al acto de su promulgación por parte de un órgano incompetente o por un procedimiento impropio (inconstitucionalidad formal). Dado que se entiende aquí por “norma” a un simple texto normativo sin adentrarse a considerar su significado, y dado que no hay relaciones lógicas entre entidades semejantes, la evaluación de la compatibilidad lógica de dicho texto con las interpretaciones que se atribuyan a los textos constitucionales sólo podría cumplirse en una etapa posterior, de modo que no cabría predicar de tales entidades ni validez ni invalidez desde el punto de vista material.

Dificultades que pueden evitarse, derivadas de complicadas sutilezas que no es necesario hacer. Nadie, que yo sepa, atribuye inconstitucionalidad formal o material a un simple texto lingüístico. Incluso, nuestros autores no la atribuyen al texto, sino al acto de su emisión, lo cual es algo bien distinto. Que las normas legales son formulaciones lingüísticas, no cabe duda alguna, pues el lenguaje es el medio más común de presentación de las normas jurídicas. Como éstas son el sentido o el significado de formulaciones lingüísticas, dicho sentido o significado debe atribuírsele por interpretación a las formulaciones lingüísticas. Si alguna lección hemos de sacar de aquí, es que las normas se nos presentan generalmente de manera lingüística y no se conoce de antemano cuál es el sentido que puedan adquirir por interpretación. Por cierto, caben distintas interpretaciones a un mismo texto, como es de sobra conocido, por lo que dada una formulación normativa no es posible decir si es o no constitucional o inconstitucional. *A priori* no es posible predicar ninguno de esos adjetivos respecto de la ley. La ley, como formulación normativa, tal como aparece por vez primera, es más bien algo por determinar, es una incógnita que hay que despejar, para emplear una metáfora de las matemáticas. Por tanto, no es factible (ni posible) aplicar los predicados de constitucionalidad o inconstitucionalidad en este nivel. Lo mismo vale respecto del acto de emisión o promulgación de la formulación normativa, pues su regularidad no está “dada”, sino que necesita una serie de investigaciones complicadas, a veces muy difíciles y laboriosas, para determinar si los actos del proceso legislativo se llevaron a cabo con las formalidades y la secuencia que establecen las disposiciones constitucionales. Después de ello, la regularidad con respecto a la constitución puede determinarse en un procedimiento judicial o de otra índole, que culmine en una sentencia o una resolución que determine con validez jurídica la const-inconstitucionalidad de la ley en cuestión. Esta sentencia o resolución, si es tomada por un cuerpo colegiado, como de manera general es el caso, pudo adoptarse con una votación mayoritaria, lo que significa que los titulares del órgano decisorio difieren en su opinión sobre la const-inconstitucionalidad. Esto demuestra que la const-inconstitucionalidad no es algo “dado” jurídicamente, de manera indubitable, que sea el resultado de una deducción puramente lógica, sino que es materia de una decisión, de un acto de voluntad, no de un acto de conocimiento. Para no emplear esta terminología psicológica, que KELSEN utiliza, diremos que la decisión sobre la const-inconstitucionalidad es la materia de una norma que la constituye, por medio de los procedimientos y con el método decisorio que generalmente se utiliza en estos cuerpos jurídicos: la votación mayoritaria. Antes de la adopción de la decisión mayoritaria del cuerpo decisorio, no puede afirmarse ni una ni otra cosa. La decisión tiene un carácter claramente constitutivo. Lo que piense y diga el actor o el demandado y, con mayor razón, lo que digan los extraños sobre la

const-inconstitucionalidad de la ley en cuestión, no constituye la determinación jurídicamente válida de la cuestión planteada.

Todo lo anterior tiene trascendencia sobre un problema que transcurre por la totalidad del ensayo que se comenta: la distinción entre norma y sistema normativo. Esta distinción genera una serie de problemas que simplemente hay que evitar utilizando con energía la navaja de Occam. Contra las tesis sostenidas por nuestros autores cuyo ensayo se comenta y otros autores, no aceptamos la existencia de dos clases de normas: las promulgadas y las deducidas, pues genera una doctrina sincrética respecto de la estructura del derecho. El derecho estaría constituido por normas tanto positivas como por normas no positivas, *i.e.*, deducidas de las promulgadas. Por tanto, no podría aceptarse que el derecho es un orden positivo de normas y esto quiere decir, un orden dinámico de normas. Con ello, la existencia de las normas jurídicas se determina con dos criterios distintos: la positividad y la deducibilidad. Por otra parte, el criterio de la deducibilidad es totalmente impreciso, dependiendo de las reglas de deducción que se acepten, pues es sabido que hay distintos sistemas lógicos, con reglas de deducción diversas, que arrojan resultados diferentes. La derogación de las normas tiene dos principios diversos: hay actos positivos de derogación explícitos y, sin embargo, no hay actos de derogación respecto de las normas deducidas, a menos que se considere que hay una derogación por deducción. Además, la estructura del orden jurídico se complica de manera imposible, pues se considera que hay sistemas momentáneos de normas, cuando a un sistema se le agrega o se quita una norma. Piénsese solamente en el número de contratos de compraventa que se realizan cada día en un país determinado, como México o Argentina. Cada vez que un niño o un ama de casa compra un dulce o una lechuga o un jabón se crea un sistema jurídico distinto. El número de estos sistemas jurídicos momentáneos es caso infinito, pues puede aceptarse que supera los miles de millones al día. No veo la utilidad de este tipo de consideraciones. Por tanto, un orden jurídico como una secuencia de sistemas jurídicos estaría constituido por una cantidad estratosférica de sistemas jurídicos. Por otra parte, ¿el criterio de regularidad sería igual para una norma promulgada que para una norma deducida? La norma deducida existe por lógica exclusivamente, por tanto no puede ser inconstitucional formalmente, sino sólo materialmente.

Lo que nuestros autores denominan “Efectos de la promulgación de normas” y “Efectos de la derogación de normas” son, desde mi punto de vista, solamente posibles interpretaciones de las normas promulgadas o derogadas, interpretaciones que pueden, pero no tienen que coincidir con las interpretaciones con validez jurídica establecidas por los órganos jurídicos.

En 4.3 dicen nuestros autores lo siguiente:

En primer lugar, como ya se ha señalado, sólo en un sentido impropio puede predicarse inconstitucionalidad de una norma entendida como texto interpretado si el vicio que la provoca es de carácter formal. Ello en razón de que las formulaciones interpretadas no dependen para su existencia de ningún acto de promulgación.

Esto simplemente no me es comprensible. Se supone que existen formulaciones normativas, sin un acto de formulación, lo cual es incluso físicamente imposible. Esta afirmación es el producto de contemplar unilateralmente un complejo de elementos, viendo sólo una cara de ellos. El texto interpretado es texto formulado, de acuerdo con el principio positivista ineludible, que podemos expresar así:

(posit)  $n \supset a(n)$

*i.e.*, si existe una norma, entonces esa norma fue establecida por un acto específico.

Por lo anterior, de ninguna manera podemos estar de acuerdo con formulaciones como la siguiente:

Si con la expresión “norma inconstitucional” quiere aludirse a la interpretación de un texto normativo que ha sido promulgado en virtud de un acto formalmente viciado, entonces las normas inconstitucionales así entendidas existen (abstracta e intemporalmente) pero no son parte del derecho. Estas normas pueden asimismo poseer fuerza obligatoria, ser aplicables o eficaces, pero no puede decirse que pertenezcan a ningún sistema del orden jurídico. (4.3)

Francamente dicho, no me es representable una norma inconstitucional que exista, pero que no sea parte del derecho. Por otra parte, estas normas tienen un modo peculiar, muy platónico, de existir, *i.e.*, abstracta e intemporalmente. Desde mi punto de vista, una formulación normativa interpretada puede manejarse de tal manera que solamente se atienda al significado, a la interpretación de la formulación normativa y, es claro que pueden predicarse muchas cosas del producto de esa abstracción, pero lo que no debe hacerse es crear un mundo platónico de entidades etéreas, intemporales y abstractas. En este peculiar y extraño mundo las normas que ahí habitan no pertenecen, me imagino, al

derecho, entendido como un fenómeno empírico, creado por actos humanos que tienen lugar en el tiempo y en el espacio. Tenemos entonces, que las normas inconstitucionales

1. existen;
2. de manera abstracta e intemporal;
3. poseen fuerza obligatoria;
4. son aplicables o eficaces;
5. pero no pertenecen a ningún sistema del orden jurídico.

Cada cual es libre de representarse los fenómenos como estime más conveniente y verdadero. Yo simplemente manifiesto que no logro representarme una norma jurídica con estas características. Si normas de esta clase no pertenecen a ningún sistema del orden jurídico, tal como lo entienden nuestros autores, entonces no son parte del derecho y, por tanto, no tienen porqué ser estudiadas por la ciencia del derecho o jurisprudencia, pues estaría entonces haciendo afirmaciones sobre un objeto que no pertenece a su objeto de estudio. Simplemente, no sería de su incumbencia afirmar nada sobre ellas, como no es de su incumbencia determinar la función de las oligodendroglías dentro del cerebro. A pesar de ello, *i.e.*, a pesar de no pertenecer al derecho, se afirma que son aplicables y que pueden ser eficaces y, además, que poseen fuerza obligatoria, la cual ha sido definida como la existencia de otra norma que establece la obligación de aplicarlas. A mi modo de ver, la razón de todo este embrollo tiene su origen en que se considera que la inconstitucionalidad está dada *a priori*, que no requiere de acto alguno de órgano jurídico para constituirla. Supóngase que se emite una ley cualquiera. Si se juzga que es inconstitucional, si se la considera contraria a la constitución, no debe concedérsele validez alguna, en el sentido que se quiera dar a esta palabra tan discutida. Por tanto, no forma parte del orden jurídico, no es parte integrante de ningún sistema jurídico del orden jurídico en cuestión, pues sólo forman parte de él aquellos sistemas que han sido creados conforme a las disposiciones adjetivas y sustantivas de la constitución y sus normas que se consideran que son consecuencias lógicas de las promulgadas. Es claro, además, que estas normas inconstitucionales *ab initio*, inconstitucionales *a priori*, han sido formuladas por un órgano con violación de los requisitos formales establecidos en la constitución, por lo que se consideran como normas pero no pertenecientes a ningún sistema jurídico. Pero se observa, para hacer la situación más difícil, que se aplican y que son objeto de consideraciones jurídicas en sentencias creadas por órganos jurídicos. Kelsen dijo, de manera audaz y casi heroica: es que son normas regulares, porque concuerdan con la cláusula alternativa tácita. Si no acepta esta cláusula, entonces es comprensible que se hagan juicios como los que estamos analizando.

Las mismas características le atribuyen a las formulaciones normativas interpretadas para el caso en que se encuentre una contradicción lógica o una incompatibilidad lógica con las normas constitucionales. Afirman nuestros autores que los legisladores y los interpretes reaccionan de diversa manera frente a una situación como la indicada.

A fin de solucionar el problema, los legisladores pueden derogar una o las dos disposiciones en conflicto, modificar una de las normas a fin de introducir en ella una excepción en función de lo que la otra dispone, o bien dejar subsistente el conflicto para que sea el eventual interprete o aplicador quien escoja una solución. (4.3)

En relación con los interpretes, éstos pueden cambiar la interpretación o si esta vía no es posible llevarla a cabo, pueden optar por una de ellas, dejando de lado la otra, haciendo uso de un criterio de preferencia determinado. En primer término, se está analizando el problema del conflicto entre una norma superior y una norma inferior. La solución que se adscribe al legislador es plausible. El interprete se encuentra, según el sentido del orden jurídico, constreñido a preferir a la norma superior, pues es la que le da el criterio de existencia de la norma inferior, pudiéndose afirmar que la *lex specialis* o la *lex posterior*, como criterios de preferencia, no se aplican en el caso.

## **V. Construcción del concepto del orden jurídico y su sentido**

A efecto de tratar estos problemas con una hipótesis distinta, permítaseme hacer las siguientes consideraciones y presentar algunos esquemas que he elaborado para fijar los conceptos. Presentaré a continuación un procedimiento de construcción del concepto de la facultad jurídica, que nos conducirá a la determinación de la estructura y funcionamiento del orden jurídico.<sup>14</sup>

La siguiente es la estructura general de una norma positiva, como ya lo mostramos más arriba:

(2) a(n)

Debemos ahora llevar a cabo la interiorización en una norma del acto de emisión de la misma. Para ello es necesario considerar el acto de emisión de la norma como el contenido de otra norma, *i.e.*, considerar una norma cuyo contenido sea el acto de emisión de otra norma, convertir en contenido de una norma el acto o los actos de emisión de una o más normas. Esto se logra de la

siguiente manera:

$$(3) \quad V\{a(n)\}$$

Esta es una formulación verbal o lingüística cuyo contenido es el acto de producción de la norma. Esta formulación verbal la consideraremos como una norma de cierto tipo especial. Por ello, haremos uso del símbolo “!”, el cual no forma parte del contenido de la norma, pero indica que se trata de una norma:<sup>15</sup>

$$(4) \quad !V\{a(n)\}$$

Para hacer más explícito el esquema, el acto de emisión de una norma tiene sus dimensiones de realización personal “p”, material “m”, temporal “t” y espacial “e”, por lo que debemos indicarlos como contenido de la norma, lo que los convierte en los ámbitos de validez de la norma:

$$(5) \quad !V\{a(p, m, t, e)\}$$

Este esquema representa la norma que establece un acto de creación normativa. En él no aparece la norma que va a ser creada por el acto respectivo, por el simple hecho de que se está representando la norma que establece el acto de creación normativa y no a éste último, cuya dimensión material de realización está constituida precisamente por la norma creada por el acto. La situación tendría que representarse de la siguiente manera:

$$(6) \quad !V\{a(p, m, t, e)\} \text{ — } a(p, m(= n), t, e)$$

Debemos hacer algunas transformaciones adicionales a este esquema: primeramente eliminar el indicador externo de la norma, *i.e.*, eliminar “!”, introduciendo un operador que internamente nos permita reconocer que se trata de una norma. Este operador lo simbolizaremos con la letra “F”, abreviatura de la palabra “Facultad” (*Ermächtigung*, en alemán y *Empowerment*, en inglés). Entonces, tenemos:

$$(7) \quad VF\{a(p, m, t, e)\}$$

La formación verbal anterior es una norma, por lo que la podemos presentar junto con el acto de ejecución de ella, de la siguiente forma:

$$(F) \quad n_1F\{a(p, m, t, e)\} \text{ — } a(p, m(= n_2), t, e)$$

Con esto tenemos una norma que establece el acto de creación de otra norma y a la función que lleva a cabo esta norma le hemos dado el operador deóntico F, al que entendemos como una facultad.

¿Cuál es la interpretación de este esquema? La norma  $n_1$  establece en su contenido la facultad o el poder de emitir o crear normas por medio de la realización de un acto específico a, al que determina en sus dimensiones de realización. Con lo anterior hemos construido un orden jurídico, que contiene por lo menos dos normas: la norma  $n_1F$ , que establece la facultad de crear normas y la norma  $a(-, m(= n_2), -, -)$ , como el sentido o significado del acto a. Debemos representar el caso en que la norma condicionante o superior determina en su integridad el contenido de la norma condicionada o subsecuente:

$$(F') \quad n_1F\{a(p, m(= n_2), t, e)\} \text{ — } a(p, m(= n_2), t, e)$$

Este es el caso de una norma condicionante o superior que delega en un órgano determinado p la creación de una norma específica, indicándole su contenido íntegramente. En vez de que el sujeto emita la norma correspondiente, encarga a otro sujeto, por la razón o circunstancia que se quiera, para que la emita, lo faculta para ello. Es claro que, en muchos casos, la norma que faculta no determina íntegramente el contenido de la norma a emitir por el órgano correspondiente, sino solamente lo instituye como autoridad, dejándolo en libertad para emitir la norma que considere oportuna atendiendo a las circunstancias en las que se encuentre con el destinatario de la segunda norma. Tenemos, entonces, dos normas: la que faculta y la emitida por el órgano facultado, como puede verse en nuestro esquema (F''):

$$(F'') \quad n_1F\{a(p_2, m, t, e)\} \text{ — } a(p_2, m(= n_2), t, e)$$

En la primera parte, tenemos la norma  $n_1$  que faculta al órgano  $p_2$  a emitir normas con cualquier contenido, por medio del acto a y determina se lleve a cabo en el tiempo t y en el lugar e. En la segunda parte presentamos el acto a de emisión de la norma  $n_2$ .

En caso de que el órgano creador de la norma  $n_1$  quisiera limitar el contenido de la norma  $n_2$  sería necesario que lo especificara dentro de su ámbito material de validez, limitando el contenido posible de la norma dependiente  $n_2$ . En caso de que no exista esta limitación, el órgano  $p_2$  establecido con esa calidad por la norma  $n_1$  que lo faculta para emitir las normas representadas como  $n_2$ , está

en la situación de dar cualquier contenido a la norma  $n_2$  que emita. Este caso puede ser representado de la siguiente manera:

$$(8) \quad n_1 F\{a(p_2, m(=\angle), t, e)\} \text{ — } a(p_2, m(= n_2), t, e)$$

en donde “ $\angle$ ” está por la ausencia de determinación alguna en cuanto al ámbito material de validez, lo cual significa que el órgano jurídico  $p_2$  no tiene restricción material alguna al emitir la norma  $n_2$ , la cual puede tener el contenido que decida darle libremente su órgano creador.

No siempre es el caso que la norma superior o condicionante deje en plena libertad al órgano que instituye para crear la norma, sino que, por el contrario, puede determinar ciertos límites y modalidades al contenido de las normas a crear y es claro que estos límites deben estar consignados en el ámbito material de validez de la norma condicionante o superior  $n_1$ . Esto se hace, de manera general, con disposiciones muy generales, que admiten diversas interpretaciones,<sup>16</sup> que acotan de manera amplia, en menor o mayor medida, el contenido de las normas subsecuentes. Estas acotaciones se encuentran en las constituciones modernas que consignan los que se denominan “derechos públicos subjetivos”, “garantías individuales y sociales”, etc. En el caso de las leyes, la determinación del contenido de las normas condicionadas o inferiores a ellas, es más amplio y detallado, contenido que, a su vez, se incrementa con los reglamentos. Hay tres formas o maneras posibles en que la norma condicionante o superior acota o determina el contenido de la norma condicionada o inferior: el contenido de la norma condicionada puede estar determinado de manera *positiva*, indicando cuál es el contenido que necesariamente ha de tener o respetar; de manera *negativa*, indicando el contenido que nunca puede tener, o de manera *neutral o potestativa*, indicando el contenido que en ciertos casos puede llegar a tener, si así lo decide el órgano creador de la norma subsecuente. En otros términos expresados, la norma condicionante puede determinar el contenido *necesario*, el contenido *excluido* o el contenido *potestativo* de la norma subsecuente. En nuestros esquemas, esto lo podemos representar utilizando el símbolo lógico “**L**” que representa la modalidad de la necesidad, junto con el símbolo lógico de la negación “ $\sim$ ”:

$$(9) \quad n_1 F\{a(p_2, m(z=Lx \bullet L\sim x \bullet \sim L\sim x), t, e)\} \text{ — } a(p_2, m(= n_2)(\pm z), t, e)^{17}$$

En este esquema, en su segundo miembro que representa el acto de ejecución de la norma que aparece en primer término, aparece el símbolo  $(\pm z)$ , con el que quiero significar que la norma  $n_2$  puede estar de acuerdo o en

discrepancia con el contenido z determinado en cualquiera de las tres formas indicadas en la primera parte de nuestro esquema.

Debemos observar, a continuación, que en los esquemas presentados no necesariamente se contiene solamente un elemento tan simple como (a) realizado por  $p_2$ . Podemos pensar en esto:

$$(10) \quad n_1 F\{a_{2,r}(p_2, m(z=Lx \bullet L\sim x \bullet \sim L\sim x), t, e)\} \text{ — } a_{2,r}(p_2, m(=n_2)(\pm z), t, e)$$

en donde el acto  $a_{2,r}$  puede ser múltiple, con  $r = 1, 2, 3, \dots, n$ , con lo que se tiene la representación de un proceso de creación normativa, integrado por diversos actos ordenados temporalmente y en una secuencia determinada.

La regla que especifica el procedimiento de emisión de un mandato no necesariamente, aunque puede hacerlo, debe referirse a individuos particulares, concretos, sino que puede, de manera tan complicada como se quiera, determinar las características que han de cumplir los individuos facultados para emitir mandatos complementados semánticamente,<sup>18</sup> es decir, normas positivas. Por tanto, la regla que establece el proceso de creación de una norma puede ser general o particular. En los sistemas modernos, estas reglas son muchas veces generales.

Con los elementos anteriores, podemos representar el esquema del orden jurídico, de la siguiente forma:<sup>19</sup>

## ESQUEMA

- (e0)  $n_B F(a_{1,r}(p, m(=\emptyset), t, e))$  Norma Básica
- (e1)  $a_{1,r}(p, m(=n_1 F[a_{2,r}(p, m(z=Lx \bullet L\sim x \bullet \sim L\sim x), t, e^1]), t, e))$  Proceso Constituyente  
Constitución derechos fundamentales
- (e2)  $a_{2,r}(p, m(=n_2 F[a_{3,r}(p, m(w), t, e^1](\pm z)), t, e))$  Proceso Legislativo  
Ley
- (e3)  $a_{3,r}(p, m(=n_3 F[a_{4,r}(p, m(y), t, e^1](\pm w \bullet z)), t, e))$  Proceso Reglamentario  
Reglamento
- (e4)  $a_{4,r}(p, m(=n_4 O[a_{5,r}(p, m(z), t, e^1](\pm y \bullet w \bullet z)), t, e))$  Proceso Jurisdiccional  
Sentencia
- (e5)  $a_{5,r}(p, m[z](\pm y \bullet w \bullet z), t, e)$  Ejecución sentencia

Este es el esquema de un orden jurídico positivo moderno. Debe observarse que conforme al mismo, toda norma jurídica está representada como el significado de un acto de producción de normas, *i.e.*, dentro de la dimensión material de realización del acto  $a_{1,r}$ . Cada acto de producción normativa es presentado en sus dimensiones de realización personal  $p$ , material  $m$ , temporal  $t$  y espacial  $e$ . Cuando estas dimensiones de realización de los actos creadores de normas, son a su vez el contenido de una norma jurídica, reciben el nombre de “ámbitos de validez” de la norma. Debe enfatizarse especialmente que la norma creada es el sentido o significado del acto de su producción, por lo que se encuentra colocada dentro de la dimensión material de realización del acto de producción normativa. La norma creada por un acto NO es una consecuencia del mismo.

$n_1$  es la Constitución positiva. Ella debe entenderse como una norma que establece fundamentalmente facultades  $n_1 F(a_{2,r}(p,m(-),t,e))$ , lo que significa que establece los procesos de creación de otras normas  $n_{2,r}$ ,...etc., a las que podemos denominar “condicionadas” o “inferiores” o “subsecuentes”, determinando sus ámbitos de validez. Estos, tal como se presentan en los esquemas, son el contenido de las normas que establecen las dimensiones de realización de las conductas procesales creadoras de otras normas. Lo que en la norma son los ámbitos de validez, en las conductas ejecutoras de las normas, son la ocurrencia, personal, material, temporal y espacial del acto ejecutor de la norma. El esquema presenta, en primer lugar, que la Constitución es una norma positiva, creada por un procedimiento determinado  $a_{1,r}(p,m(),t,e)$ ; el contenido de la dimensión material de realización del proceso constituyente son las normas constitucionales; éstas establecen los ámbitos de validez de las normas que establecen los procesos de creación de las normas inferiores  $a_{2,r}$  (parte orgánica); el esquema igualmente indica con la constitución  $n_1$ , (que, como se acaba de decir, es el contenido de la dimensión material de realización del proceso constituyente), una concepción muy especial del orden normativo: el ámbito material de validez de la constitución, *i.e.*,  $m(z = Lx \bullet L\sim x \bullet \sim L\sim x)$ , debe entenderse como *determinando el contenido* del acto o de los actos de creación de las normas condicionadas o subsecuentes. Las disposiciones de la constitución que constituyen el ámbito material de validez  $m(z)$  son normas incompletas, evidentemente. Esas determinaciones del contenido son llamadas “garantías individuales” o “derechos públicos subjetivos” o “derechos humanos”, terminología por demás imprecisa e ideológica. Deben comprenderse en relación de unidad con las demás determinaciones constitucionales, pues de otra manera se corre el riesgo de no captar la función normativa específica que desempeñan dentro del orden jurídico. Este contenido está simbolizado con  $m(z)$ . Este contenido contiene un conjunto de principios que deben respetar o cumplir todas las demás normas dependientes.

Éstas no reproducen el contenido de la constitución, sino que lo respetan, lo cumplen de la manera explicada más arriba, según se trate de  $Lx$ ,  $L\sim x$  o  $\sim L\sim x$ , es decir, de los contenidos *necesarios*, *excluidos* o *potestativos*, respectivamente. Por ello, en la ocurrencia del acto creador de la norma  $n_2$ , es decir, de la norma directamente dependiente de la constitución, la ley, su contenido no es  $m(z)$ , sino  $m(w)$ , porque la ley tiene un contenido propio  $w$  que puede concordar o no con el contenido establecido por la constitución, contenido que es determinante de los contenidos de las normas dependientes o inferiores, *i.e.*,  $(\pm z)$ . Lo mismo acontece con las demás normas y actos de ejecución, que tienen sus propios contenidos, adicionales a los de las normas condicionantes o precedentes, pero cumpliendo con su sentido o teniendo el sentido que esos contenidos determinan. Las normas constitucionales a las que nos referimos están formuladas con términos muy generales, a veces, generalísimos. Por la textura abierta del lenguaje natural, admiten una pluralidad muy abundante de interpretaciones. No es el tema de este ensayo, pero la problemática desarrollada en las últimas décadas sobre la dualidad de normas (o reglas) y principios puede encontrar en el *modus operandi* de estas normas el fundamento de su explicitación, siempre y cuando no se incurra en la admisión de normas no positivas (iusnaturalistas).

Todo ello desemboca en una norma que ya no establece facultades con ciertos contenidos, sino directamente la obligación de llevar a cabo una cierta conducta o una norma que nulifica otra norma de manera condicionada. La conducta de cumplimiento de la obligación tiene la ocurrencia de los ámbitos de validez de la norma y su significado es el producto, para decirlo de esta manera, de todos los condicionamientos de las normas condicionantes. Es como si los ámbitos materiales de validez de las normas condicionantes se conjuntaran en el establecimiento de la conducta obligatoria. Nada de extraño tiene esto.

## VI. La nulidad y la derogación <sup>20</sup>

A continuación, con el objeto de completar la exposición, quisiera presentar los esquemas de las normas que establecen la derogación y la anulación de una norma. De manera convencional podemos distinguir conceptualmente a la derogación de la anulación de una norma.

Tanto la derogación como la anulación (nulidad) son el contenido de una facultad, consistente en la fijación de la fecha final  $ff$  del ámbito temporal de validez (vigencia) de una norma, hecha por un órgano jurídico. No hay actos de derogación o de anulación implícitos. Toda función jurídica debe concebirse como una función positiva, es decir, puesta o establecida por un acto orgánico.

Convencionalmente podemos distinguirlas diciendo que la derogación es la fijación incondicionada de la fecha final de vigencia de una norma, generalmente hecha por el mismo órgano que la estableció; en cambio, la anulación es la fijación de la fecha final de vigencia de una norma hecha condicionalmente y generalmente por un órgano distinto del que la creó. En lo que sigue, utilizaremos la expresión “anulación” para referirnos indistintamente a la anulación y a la derogación.

La facultad para anular una norma tiene la siguiente estructura general:

$$(16) \quad n_j F_{nul}(a_i(p,m,t,e))$$

El contenido del acto que establece la nulidad de una norma, *i.e.*, en nuestro esquema  $m$ , está por la fijación condicionada de la fecha final de vigencia ( $ff$ ) de una norma. En lo que sigue haremos más explícito este esquema.

Como la norma que se anula o nulifica tiene ámbitos de validez,

$$(17) \quad n_k(p,m,t,e)$$

cuando se fija la fecha final de validez  $ff$  de la norma tiene que determinarse el status de cada uno de sus otros ámbitos. Con ello, la norma que establece la facultad de anulación condicionada de otra norma tiene la siguiente estructura:

$$(18) \quad n_j F_{nul} = n_j(a_i(p, m(n_{k(p,m,t(-,c^* \rightarrow ff),e}), t, e))$$

lo que significa que existe una norma  $n_j$  que establece la facultad de nulificar la norma  $n_k(p,m,t,e)$ , lo que significa que determina de manera condicionada la fecha final  $ff$  del ámbito temporal de validez de la norma. Corolario de lo anterior es que la derogación y la anulación no pueden ser concebidas como sanciones, por varias razones, que no es el caso exponer en este lugar, de las cuales la fundamental es que la facultad no se reduce (y no puede explicarse) con los conceptos de la estática jurídica, en el sentido de KELSEN.

### *i. Derogación.*

Debemos distinguir dos casos generales que se pueden presentar en el momento de emisión de cualquier norma  $n_j$ :



supuestos o condiciones, está representado por  $t(-, c^* \odot ff)$ , en el que aparece un condicional, cuyo antecedente es  $c^*$  y cuyo consecuente es  $ff$ . *Todos los posibles casos de irregularidad que se han estudiado más arriba encuentran aquí su lugar sistemático.* Es necesario destacar que en la casi totalidad de casos de anulación condicionada, el antecedente del condicional consiste en la determinación de una posible contradicción o irregularidad entre la norma anulada y otra u otras que se toman como marco de referencia para determinar la irregularidad. Las normas condicionantes (superiores) son las que proporcionan los criterios de irregularidad, como hemos visto. Ellas llevan a cabo dos funciones:

1. Establecen el procedimiento de creación de las otras normas y
2. Sirven de criterio de anulación de una norma por su irregularidad.

Como la norma que se anula tiene sus ámbitos de validez, la fijación de la  $ff$  de su ámbito temporal tiene que determinar el *status* de cada uno de esos ámbitos, como resultado de la fijación de esa fecha final de la vigencia. Lo que quiero decir es que la norma anulatoria, al establecer la fecha final de su vigencia  $ff$ , puede hacerlo con referencia a la totalidad de los elementos de la norma o sólo a alguno de ellos. La regla general y más simple es la fijación lisa y llana de la  $ff$ , comprendiendo a todos los ámbitos de validez de la norma derogada.

## **VII. La omisión fundamental en el ensayo que se comenta**

Con base en lo anterior, debemos hacer la siguiente observación adicional y que tiene carácter fundamental: los autores del ensayo omiten relacionar de manera sistemática la inconstitucionalidad con la anulabilidad de la norma. Nuevamente creo que el origen de esta omisión radica en que consideran la inconstitucionalidad como “dada”, que es *a priori*, que no es el objeto de un acto jurídico por parte de otro órgano estatal, o lo que es lo mismo, que no tiene carácter constitutivo. Si se prescinde de este supuesto, que ha mostrado su perniciosidad a lo largo de este ensayo, las cosas resultan más fáciles de resolver y no se cae en contradicciones insolubles.

Desde el punto de vista expresado, la ley emitida es una norma existente. No se sabe ni se ha determinado si es o no constitucional. La determinación de ello quedará a cargo de los sujetos que más adelante examinaremos. Objetivamente hablando, la inconstitucionalidad se encuentra ligada de manera esencial con la anulabilidad de la norma inconstitucional. Si no hay anulabilidad, no hay inconstitucionalidad. Y, por lo mostrado más arriba, la anulabilidad es la determinación positiva condicional (por la decisión de la existencia de una

incompatibilidad, formal o material, con la constitución ( $c^* \otimes ff$ ) de la fecha final  $ff$  de la validez de la norma, *i.e.*, ( $a_{i+1}(p, m(= n_{k(p,m,t(-,c^* \rightarrow ff),e)}, t, e))$ ). Esto simplemente no está explicitado en el trabajo que se comenta. En él se habla de la derogación, la que ciertamente es una modalidad de la terminación de la validez de una norma, pero que no expresa, el sentido de la inconstitucionalidad. La derogación puede ser lisa y llana, tener carácter incondicional: el legislador puede derogar una ley, por cualquier motivo que desee, por Ej., inconveniencia política o económica o social, etc. En cambio, la anulabilidad siempre es condicionada y, generalmente, por la irregularidad en su creación o en su contenido, en relación con cualquier norma que la determine, constitucional o de otra índole. Quisiera transcribir un breve párrafo de KELSEN que expresa con suma claridad la significación del control de la constitucionalidad:

Una Constitución que carezca de la garantía de la anulabilidad de los actos inconstitucionales no es una Constitución plenamente obligatoria, en sentido técnico. Aunque en general no se tenga conciencia de ello (porque una teoría dominada por la política no permite esta toma de conciencia) una Constitución en la cual los actos inconstitucionales y, en particular, las leyes inconstitucionales sigan conservando su validez (al no ser posible anularlos por su inconstitucionalidad) equivale, desde el punto de vista propiamente jurídico, a poco más que unos buenos deseos desprovistos de fuerza obligatoria.<sup>21</sup>

### **VIII. Sujetos facultados para determinar la regularidad de una norma**

Hasta la fecha no he encontrado autor alguno que haya intentado exponer las tesis de KELSEN sobre los sujetos facultados para establecer la regularidad de las normas y las diversas modalidades que puede adoptar el orden jurídico al respecto. La solución de este problema expresa, en esencia, el contenido de la Norma Fundante Básica de KELSEN o la Regla de Reconocimiento de HART. Creo que ambas formulaciones son idénticas en cuanto a su contenido esencial, por más que se las ha intentado presentar como soluciones dispares. Esta identidad aparece con claridad si se entiende que la Norma Fundante Básica es el criterio sustantivo para determinar la regularidad de una norma, KELSEN diría, para su validez y pertenencia a un orden jurídico; con ello, se ha omitido determinar cuáles son los sujetos facultados para aplicar ese criterio sustantivo de regularidad. Por su parte, HART no expresa el criterio sustantivo y sólo determina de manera vaga los sujetos que hacen el “reconocimiento” de la norma como norma jurídica. KELSEN expresa, en primer término, el criterio sustantivo (omitido por HART) y, posteriormente, en un capítulo nunca analizado de su TGE, a los sujetos facultados

para determinar la regularidad de la norma y su pertenencia a un orden jurídico determinado.

La tesis de KELSEN es muy general en su planteamiento: no se refiere a ningún órgano en especial, sino a todos en general. Una posible forma adecuada de exponer estas tesis es la de presentar un problema que aparece tratado en la TGDE, no especialmente dedicado al problema presente:

Como la función de los tribunales en su capacidad de órganos jurisdiccionales consiste en aplicar, a casos concretos, las normas generales del derecho legislado o consuetudinario, el tribunal tiene que decidir qué norma general es aplicable a cada uno de esos casos. Los tribunales están obligados a investigar si el orden jurídico contiene una norma que enlace una sanción al comportamiento que el Ministerio Público considera como delito, o a la conducta que el particular demandante reputa violatoria de la ley civil, así como la sanción establecida al efecto. El tribunal no sólo tiene que resolver la *quaestio facti* sino también la *quaestio juris*. Ha de examinar, asimismo, si la norma general que pretende aplicar es realmente válida, es decir, si ha sido creada en la forma prescrita por la Constitución... El tribunal tiene que declarar la existencia de tal norma del mismo modo que está obligado a establecer la existencia del acto violatorio.<sup>22</sup>

Pero no sólo los tribunales: todos los órganos jurídicos se encuentran en la necesidad de decidir si la norma que *prima facie* les exige ejecución, es una norma perteneciente al orden jurídico. Para ello, colocándose en el punto de vista interno o inmanente al derecho, tiene que determinar si la norma respectiva es una norma existente y regular, si ha sido creada con arreglo a los procedimientos y con los contenidos establecidos por las normas condicionantes (superiores). Esto convierte al contenido de toda norma condicionada (inferior) en una norma derrotable, en el siguiente sentido: si se expresa el contenido de la norma que exige obediencia al órgano correspondiente como un condicional que relaciona un supuesto de hecho con una consecuencia modalizada deónticamente, *i.e.*,  $p \supset X^*q$ , donde  $p$  es el supuesto de hecho y  $X^*$  está por cualquiera de los operadores modales  $P$  (permisión),  $Ph$  (prohibición),  $O$  (obligación),  $F$  (facultad), entonces el contenido normativo de una ley tiene que expresarse con un condicional que elimine la derrotabilidad del condicional, expresando la expansión del antecedente. Lo que quiero decir es lo siguiente, utilizando los símbolos usados anteriormente en el esquema:

Aquí debemos hacer una distinción muy importante: me refiero a las normas derrotables de manera formal o adjetiva (*derrotabilidad adjetiva*) y normas derrotables de manera material o sustantiva (*derrotabilidad sustantiva*). Expondremos a continuación el concepto de la derrotabilidad adjetiva.<sup>23</sup>

En nuestro esquema, en (e2) podemos distinguir dos partes esenciales o fundamentales: el conjunto de actos procedimentales creadores de la norma subsecuente

$a_{2,r(p,m(-),t,e)}$

y la norma creada por el proceso respectivo, especificada dentro de la dimensión material de realización de los actos del procedimiento

$a_{2,r(-,m(= \underbrace{n_2 F[a_{3,r(p,m(w),t,e)]_{(\pm z)}, -, -})}_{\text{norma creada}})}$

Analicemos, en primer término, la derrotabilidad formal o adjetiva. Supondremos que se quiere expresar el contenido conjunto de la ley  $w$  por medio de enunciados condicionales  $p \textcircled{=} X^*q$  (donde  $X^* = \mathbf{O}, \mathbf{P}, \mathbf{Ph}, \mathbf{F}$ ). Si simbolizamos el condicional derrotable como  $p > X^*q$ , entonces el contenido conjunto de la ley, debe propiamente ser representado de la siguiente manera:  $p \bullet a_{2,r} \textcircled{=} X^*q$ . Si acontece que  $p \cdot (\sim a_{2,r}) \textcircled{=} \sim(X^*q)$  decimos que el condicional ha sido derrotado por una violación de carácter procesal o adjetivo.

En relación con la derrotabilidad sustancial o material debe seguirse un procedimiento similar: en el esquema representamos el contenido conjunto de la constitución en su aspecto sustantivo con la letra  $z$ . Por lo tanto, podemos afirmar que tanto  $\sim z$ , como  $\sim a_{i,r}$ , son irregularidades, por lo que cualquier condicional normativo que lo contenga es derrotable, en tanto admite la anulabilidad de esos condicionales para el caso de que exista alguna irregularidad en la ley en relación con el contenido de la constitución. En este caso, estamos en presencia de una inconstitucionalidad material. Por tanto,  $p \bullet (\sim z) \textcircled{=} \sim(X^*q)$ , *i.e.*, el condicional normativo es derrotable y esto quiere decir que es anulable, como veremos más adelante. Aceptemos provisionalmente que el esquema inmediatamente anterior expresa la derrotabilidad del condicional normativo. Si queremos presentar de manera conjunta los elementos implícitos que pueden derrotar, tanto adjetiva como substantivamente, los condicionales normativos, tendremos lo siguiente (los elementos entre paréntesis derrotan al condicional normativo):

$$(29) \quad p \bullet (\sim z \vee \sim a_{2,r}) \textcircled{=} \sim(X^*q), \text{ con } r = 1, 2, 3 \dots n.$$

Ya hemos explicado que  $\sim a_{2,r}$  son los elementos que derrotan formal o adjetivamente al enunciado condicional.  $\sim z$  está por los elementos que derrotan

material o substantivamente al condicional normativo.

La Constitución tiene un segundo elemento que hemos representado de la siguiente manera:  $z = Lx \bullet L\sim x \bullet \sim L\sim x$ . Estos son los contenidos que constituyen la llamada "parte dogmática" de la Constitución. Ella contiene las determinaciones necesarias, excluidas o potestativas de las normas condicionadas creadas siguiendo el proceso legislativo señalado en el primer elemento. Por lo tanto, estas prescripciones constitucionales sobre el contenido de las leyes, *i.e.*, el de las normas generales dictadas siguiente el proceso legislativo  $[a_{2,r}(p,m,t,e)]$ , deben figurar también como elementos que pueden derrotar a la ley, pues su función no es otra que determinar el contenido de las leyes dictadas, en cuanto limitan el contenido de las mismas de las tres maneras indicadas, es decir, de manera necesaria ( $Lx$ ), de manera excluida ( $L\sim x$ ) y de manera potestativa ( $\sim L\sim x$ ), en donde claramente el símbolo "L" es el operador modal de la necesidad. Por ello, siguiendo el mismo método que hemos presentado con anterioridad, debemos indicar en nuestro esquema general de un condicional derrotable (29) que describe una norma legal, los elementos materiales que lo derrotarán:

$$(30) \quad p \bullet \{[\sim(Lx \uparrow L\sim x \uparrow \sim L\sim x)] \vee [\sim a_{2,1} \vee \sim a_{2,2} \dots \sim a_{2,7}]\}(?) \odot \sim(X^*q)$$

Expresado lo anterior en palabras, este esquema representa que el enunciado que describe una norma cualquiera que bajo cierta condición establece como obligatoria (permitida, prohibida o facultada) una cierta conducta  $p \odot X^*q$ , es derrotable cuando se pueda llegar a comprobar que existió alguna irregularidad en el proceso de su creación (irregularidad adjetiva o procesal) ( $\sim a_{2,1} \vee \sim a_{2,2} \dots \sim a_{2,7}$ ) o tiene un contenido que se encuentra en contradicción con las determinaciones constitucionales que lo determinan de manera necesaria, excluida o potestativa (irregularidad material o sustantiva)  $\sim z(=\sim(Lx \uparrow L\sim x \uparrow \sim L\sim x))$

En el esquema (30) aparece la expresión  $\sim(X^*q)$ , que expresa la derrotabilidad. Ahora debemos hacerla explícita.

Pongamos como ejemplo el caso de una ley que establece una prohibición determinada o una obligación u otorga una facultad. La norma correspondiente es:

$$(33) \quad p \odot X^*q(-, -, (fi, -), -)$$

Entonces,

(34)  $p \textcircled{X}^*q(-, -, (fi, c^* \textcircled{ff}), -)$

en donde ya se ha establecido la fecha final del ámbito temporal de validez de la norma legal y, por lo tanto, ha sido anulada. Con ello, hemos establecido la siguiente igualdad:

(35)  $\sim(X^*q) = X^*q(-, -, (fi, c^* \textcircled{ff}), -)$

Expresado en palabras, (35) expresa que la derrotabilidad de la norma  $\sim(X^*q)$  significa que se haya establecido la fecha final ff del ámbito temporal de validez de la norma, lo cual es otra forma de expresar que la conducta modalizada por  $X^*$  ya no ha de realizarse con la característica deóntica que le corresponda dependiendo de  $X^*$  esté por P, Ph, O o F.

Por lo tanto, sólo nos queda por hacer explícita la  $c^*$ , i.e., la condición para establecer la fecha final de la validez de la norma en cuestión. Ya quedó expresado con anterioridad:

(35)  $p \textcircled{X}^*q(-, -, (fi, (\sim z \vee \sim a_{2,r}) \textcircled{ff}), -)$

lo que significa que se establece la fecha final de la validez de la norma bajo la condición de su irregularidad material o formal.

El problema que ahora se presenta es el siguiente: determinar los sujetos que pueden establecer la anulación de la norma irregular. Este interrogante lo puede presentarse de la forma siguiente:

(36)  $p \textcircled{X}^*q(?, -, (fi, c^* \textcircled{ff}), -)$

donde el lugar o posición correspondiente al ámbito personal de validez del condicional derrotable aparece con el signo "?", para indicar que nos cuestionamos sobre él.

KELSEN da la siguiente respuesta:

Si se investiga sin prejuicios y según principios puramente positivistas la situación jurídica que resulta, **en el caso de silencio del legislador**, para el sujeto que tiene frente a sí una pirámide de normas: constitución, ley, reglamento, disposición individual, cada una de las cuales le exige obediencia, el sentido de todas ellas no puede ser otro que el siguiente: ***“obedece a una disposición individual, pero no a una disposición arbitraria; acata solamente aquella que ha sido dictada conforme***

***a la norma general de la ley, pues sólo tal disposición es una norma obligatoria, y sólo a ella pretende la ley que le preste obediencia; y que sea una ley, que hecho has de respetar como tal ley, eso no puede determinarse sino con arreglo a la constitución***". (Cursiva y negrita agregada por USO) El Derecho positivo puede limitar este examen y puede orientarlo en determinadas direcciones. Si falta esta limitación (acerca de cuya necesidad o conveniencia política nada hemos de decir) la teoría no puede llegar a otro resultado que éste: aquel que ha de ejecutar la norma, ha de examinar y decidir también si es o no una norma regular y, por tanto, ejecutable.<sup>24</sup>

Como puede observarse de este texto, la facultad para anular una norma irregular, es una decisión positiva del órgano ejecutor, entendido en sentido lato, para el caso de que exista silencio del legislador. Estamos frente al caso en que nada diga el orden jurídico al respecto. El sentido todo del orden jurídico es el expresado por las palabras de KELSEN, principio al que podemos denominar "Norma Fundante Básica" o "Regla de Reconocimiento", pues su contenido no es otro que el de especificar cuáles son los criterios para reconocer o determinar, por parte de los órganos ejecutores, las normas jurídicas que son válidas. Por lo tanto, para el **caso de silencio del legislador**, el órgano ejecutor está facultado para establecer la fecha final ff del ámbito de validez de las normas:

(37) p ⊗X\*q(órgano ejecutor, -, (fi, c\* ⊗ff), -)

Conforme a nuestro principio de la positividad, toda norma jurídica está asociada a un acto de establecimiento, a un acto de producción. Si hay silencio del legislador, no está positivamente establecido que la inejecución de la norma sea un acto ilícito, por la sencilla razón de que no se encuentra establecida la sanción correspondiente. Si no existe la sanción establecida para el caso de inejecución de la norma, el órgano puede inejecutar y no se suscita ninguna consecuencia sancionatoria. La inejecución **no** es, entonces, un acto ilícito.<sup>25</sup> Además, conforme el principio de que lo que no está prohibido está permitido, puede decirse que la inejecución está permitida por el orden jurídico, siempre y cuando juzguemos la inejecución, no desde la perspectiva del concepto de la facultad, tal como se ha definido más arriba, sino con los conceptos derivados de la concepción del derecho como un orden coactivo, *i.e.*, con los conceptos P, Ph y O. Por lo anterior, es claramente observable que el supuesto de las afirmaciones anteriores consiste en la unión de los conceptos derivados del fundamental de la facultad con los conceptos propios de la Estática jurídica. Es en este lugar donde ambos tipos de conceptos se unen, se sintetizan en una unidad superior, para producir el sentido completo del orden jurídico, la forma como opera el derecho positivo.

Podría pensarse en un principio diferente y exactamente contrario al expresado. Suponer que toda inexecución de una norma es un acto ilícito y que, por tanto, toda inexecución está sancionada. Entonces, el contenido de las normas jurídicas cambiaría por completo. Las normas jurídicas tendrían que establecer los casos en que estarían autorizados los órganos jurídicos para inexecutar, sin que se les aplicara una sanción. Estaríamos en el caso que me gustaría comparar con el profundo drama de Heinrich von Kleist “El Príncipe de Homburgo”, en el que el príncipe, desobedeciendo la orden de sólo atacar cuando se le ordenara, gana una batalla, por su oportuna intervención, la que lleva a cabo sin la orden correspondiente; el príncipe es recompensado con honores por el acto heroico, pero sancionado a continuación con la pena de muerte por haber desobedecido una orden en una situación de guerra. Es claro que el príncipe no estaba jurídicamente facultado para examinar y decidir la regularidad de la orden de no atacar. Este principio alterno NO es aceptable, por el principio de positividad expuesto más arriba. Si no está establecido positivamente la sanción por la inexecución de una norma, dicha inexecución no es un acto ilícito. Las sanciones no existen de manera natural, sino que son el contenido específico de las normas jurídicas. No hay sanciones naturales, sino sólo sanciones positivamente establecidas. Por ello, el principio que se comenta y que se encuentra en la base de muchas doctrinas administrativas, no tiene un fundamento científico.<sup>26</sup>

Ahora debe relacionarse estos fenómenos con las consecuencias jurídicas que se derivan para el caso de inexecución de la norma que exige obediencia, según su sentido subjetivo.

(...) la cuestión de la competencia examinadora (de la regularidad de la norma: USO) no es más que la cuestión acerca del deber de obediencia del órgano ejecutivo, por lo cual la cuestión tiene que plantearse en este sentido (desde el punto de vista técnico): ¿cuáles son las consecuencias jurídicas del hecho de que un órgano (en sentido amplio) no ejecute o incumpla la norma encomendada a su ejecución, por estimarla irregular? Si este hecho no se sanciona, no es un hecho ilícito; es decir, el órgano ejecutivo puede no cumplir o dejar de ejecutar la norma encomendada a su ejecución, si la estima irregular, sin que tenga que temer ninguna sanción; no está, pues, obligado, pero sí autorizado a examinar y decidir por sí mismo la regularidad de las normas.<sup>27</sup>

Queda claro que esta norma que pretende obediencia, cuya validez se examina, es una incógnita, que ha de despejar el órgano ejecutor. Si la inexecución no trae consecuencia jurídica alguna, el órgano ejecutor está facultado para examinar y decidir su irregularidad y, por tanto, su anulabilidad.

Si el que ha de ejecutar la norma debe decidir su regularidad, no se le puede castigar, no se le puede hacer responsable por la inejecución de la misma.<sup>28</sup>

Sería más correcto afirmar que si el órgano no está sancionado por la inejecución, entonces opera en toda su plenitud el principio central y debe decirse que se encuentra facultado para examinar y decidir sobre la regularidad de la norma que pretende ejecución.

Veamos el caso siguiente:

Si el orden jurídico determina que el órgano ejecutor puede ser hecho responsable por otro en virtud del incumplimiento de la norma, determinase, *eo ipso*, que no es el ejecutor, sino otro, quien ha de decidir si la norma es regular y si, por consiguiente, su incumplimiento es o no desobediencia punible, un hecho antijurídico.<sup>29</sup>

Si este es el caso, debe considerarse que la norma que, según su sentido subjetivo, debe ejecutarse, es válida y obligatoria para el ejecutor, el cual no puede inejecutarla válidamente por irregularidad, pues hacerlo implica que otro órgano lo sancione por la antijuridicidad cometida.

Esta facultad fundamental de examinar y decidir sobre la regularidad de la norma a ejecutarse, puede modalizarse y restringirse en diversos sentidos, que no es el caso exponer en este lugar. Todas estas restricciones a este principio fundamental tipifican los diversos métodos de control de la regularidad por el órgano ejecutor o por otros órganos diversos, competentes para juzgar y en su caso sancionar la inejecución por parte del órgano a quien se le ha encomendado la ejecución de ciertas y determinadas normas. En el ensayo que se comenta se presentan diversos sistemas de control de la constitucionalidad, que podrían ser analizados desde la perspectiva aportada por los conceptos anteriores.

Se han presentado históricamente diversos sistemas de control de la regularidad. Si un órgano inejecuta la norma encomendada a su ejecución, puede ser i) sancionado o ii) no sancionado. Ya vimos el caso en que no se establece sanción alguna en todos los casos de inejecución: el órgano entonces se encuentra facultado para examinar y decidir sobre la regularidad de la norma. Puede acontecer que el órgano inejecute; el órgano superior competente para decidir si la inejecución es ilícita o no, decide que la norma es irregular, *i.e.*, coincide con el criterio del órgano ejecutor de que la norma es inejecutable por irregular. Entonces, no se suscita ninguna sanción. La primera inejecución la realizó el órgano por su cuenta y riesgo. Puede acontecer que se establezca que la primera inejecución del órgano

no se sancione y sólo se establezca la sanción para el caso de que el órgano revisor no confirme la decisión en primera instancia y el órgano de primera instancia ineficace la decisión del órgano revisor de segunda instancia.

Las modalidades de la decisión de regularidad son variadas para el caso de que lo que se decide que es irregular sea un acto concreto o una norma de carácter general. Todas las modalidades son posibles. El establecimiento de la inconstitucionalidad de una ley puede tener efectos generales o sólo efectos para el caso particular del sujeto que ha solicitado el control de la constitucionalidad. A su vez, si los efectos son generales, como la sentencia que establece la inconstitucionalidad es una norma, tiene ámbitos de validez que pueden adoptar cualquier modalidad. Por ejemplo, puede modalizarse el ámbito temporal, de manera que la terminación de la validez temporal de la norma surta efectos a partir de una determinada fecha o, en el ámbito espacial, se anule sólo en ciertas partes del territorio o sobre cierta clase de personas, etc.

Además de lo anterior, podrían hacerse observaciones sobre las múltiples tesis, interesantes todas ellas, contenidas en el ensayo que se analiza. Otros comentaristas analizarán otros temas, por lo que en este punto, doy por terminadas mis observaciones.

## Notas

<sup>1</sup> Kelsen. TPD2:277.

<sup>2</sup> Cf. COMANDUCCI KCAT.

<sup>3</sup> Kelsen. TPD1:122-123.

<sup>4</sup> Cf. HART. KDUL, para un análisis y esbozo de una crítica a la tesis que afirma la necesaria unidad del orden jurídico.

<sup>5</sup> Kelsen. TPD1:124-125.

<sup>6</sup> Cf. MÉTALL. HK. pp. 22-23.

<sup>7</sup> Recuérdese que las obras centrales de su sistema filosófico tienen los siguientes títulos: *Lógica del Conocimiento Puro*, *Ética de la Voluntad Pura* y *Estética del Sentimiento Puro*.

<sup>8</sup> *Der Ausdruck "gegeben" ist in der mathematischen Sprache entstanden, vermuthlich in der analytischen Methode P l a t o n s. Die Bedingungen für die Construction der Aufgabe heissen gegeben. E u k l i d hat ein besonderes Buch unter dem Titel der D a t a ( ) geschrieben. Was er darunter versteht, zeigt sich in der 4. Definition: "Punkte, Linien und Räume heissen der Lage nach gegeben, wenn sie...entweder wirklich dargelegt werden, o d e r g e f u n d e n w e r d e n k ö n n e n". Also wenn sie gefunden werden können heissen sich auch gegeben. Gefunden können sie nur vom Denken werden; darum heissen sie gegeben. Die D a t a der Analysis heissen gegeben...Dem Denken darf nur dasjenige als gegeben gelten, was es selbst aufzufinden vermag.* Cohen. LRE:67-68.

<sup>9</sup> Kelsen. TGE. p. 137.

<sup>10</sup> Kelsen. QAJ:67-68.

<sup>11</sup> Kelsen. QAJ: 68-69.

<sup>12</sup> Esto tiene semejanza epistemológica con la concepción de la verdad como correspondencia y la concepción de la verdad como construcción, como en la lógica intuicionista.

<sup>13</sup> Kelsen. QAJ:71.

<sup>14</sup> Parte de lo que se pone a continuación se encuentra expuesto en una ensayo que pronto será publicado en la revista *Análisis e Derecho*, a cargo de P. COMANDUCCI y R. GUASTINI, con el título *Orden Jurídico y Derrotabilidad Normativa*.

<sup>15</sup> Estamos usando este signo de la manera como lo usan Carlos ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN: "Los signos "┐" y "!" serán usados para indicar el tipo de acto lingüístico (aserción u orden) llevado a cabo por un hablante no especificado. Estos signos son meros *indicadores* de lo que el hablante hace cuando emite ciertas palabras, pero ellos no contribuyen al significado (esto es, al contenido conceptual de las palabras usadas). Ellos muestran qué es lo que está haciendo el hablante, pero al hacerlo él no dice qué está haciendo; de esta manera esos indicadores no forman parte de lo que el hablante dice o lo que sus palabras significan, del mismo modo como en el lenguaje ordinario (escrito) el punto o los signos de interrogación o de exclamación no forman parte del significado de la oración, sino que indican qué se está haciendo con ella." (ALCHOURRÓN y BULYGIN CEN. pp. 123-124)

<sup>16</sup> Cf. Kelsen TPD2. Cap. VIII y BAYÓN DIPJ. pp. 97-101.

<sup>17</sup> He empleado el símbolo "L" debido a que, en otro trabajo, desarrollaré una semántica, basado en los conjuntos modelo de HINTIKKA, tal como han sido aplicados por SNYDER. Cf. SNYDER ML.

<sup>18</sup> Los subíndices de p, n, etc., se explican analizando el Esquema *infra*.

<sup>19</sup> Cf. SCHMILL. DON.

<sup>20</sup> Cf. Kelsen TGE, TGDE y D; SCHMILL DAAT y RPTD; AGUILÓ SD; ALEX Y TDF y ALCHOURRÓN y BULYGIN CEN.

<sup>21</sup> Kelsen. GJC:150.

<sup>22</sup> Kelsen. TGDE: 148.

<sup>23</sup> Cf. SCHMILL OJDN, de próxima aparición en *Análisis e Derecho*; NAVARRO SNDC; NAVARRO y DSNJ y YUCAR TD.

<sup>24</sup> Kelsen. TGE:375.

<sup>25</sup> Debe observarse que esta afirmación confirma la tesis sustentada anteriormente sobre la independencia de los conceptos de la Estática y los conceptos que se sustentan en el concepto de la facultad. Estas afirmaciones se encuentran bajo el supuesto que el derecho positivo nada dispone sobre las consecuencias jurídicas de la inejecución, consecuencias consistentes en el establecimiento de una sanción bajo el supuesto o condición de la inejecución.

<sup>26</sup> Cf. el capítulo de la "Autolegitimación del Acto de Autoridad" en TGE:381.

<sup>27</sup> KELSEN. TGE: 375

<sup>28</sup> KELSEN. TGE:376.

<sup>29</sup> KELSEN. TGE:376Notas

## Bibliografía

AGUILÓ, Josep. **SD** *Sobre la Derogación. Ensayo de Dinámica Jurídica*. Distribuciones Fontamara, S.A. 1995.

ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio. **CEN** *La Concepción Expresiva de las Normas en "Análisis Lógico y Derecho"*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1991.

ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio. **NJ**. "Norma jurídica" en *Analisi e Diritto* 1996 a cura P. Comanducci y R. GUASTINI.

ALCHOURRÓN, Carlos. **DL** "Sobre Derecho y Lógica" en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 13, Octubre 2000.

ALEXY, Robert. **TDF** *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1993. Trad. Ernesto GARZÓN VALDÉS.

BAYÓN, Juan Carlos. **DIPJ** "Derrotabilidad, Indeterminación del Derecho y Positivismo Jurídico" en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 13, Octubre 2000.

COHEN, Hermann. **LRE** *Logik der Reinen Erkenntniss*. Bruno Cassirer. Berlin. 1902.

COMANDUCCI, Paolo. **KCAT** "KELSEN e la Clausola Alternativa Tacita" en *Assaggi di Metaetica Due*. G. Giappichelli Editore. 1998.

GUASTINI, Riccardo. **TDDF** *Teoria e Dogmatica delle Fonti*. A. Giuffré Editore. 1998.

HART, H.L.A. **CD** *El Concepto del Derecho*. Segunda Edición. Abeledo-Perrot. Buenos aires. 1968. Trad. Genaro R. CARRIÓ.

HART, H.L.A. **KDUL** *KELSEN'S Doctrine of the Unity of Law* en "Ethics and Social Justice", edited by Howard E. Kiefer and Milton K. Munitz. State University of New York Press, Albany. 1970

KELSEN, Hans. **TGE** *Teoría General del Estado*. Editorial Labor, S.A. 1934. Trad. Luis LEGAZ LACAMBRA.

KELSEN, Hans. **TPD1** *La Teoría Pura del Derecho. Introducción a la Problemática Científica del Derecho*. Editorial Losada, S.A. Buenos Aires. 1946. Trad. Jorge G. TEJERINA.

- KELSEN, Hans. **TGDE** *Teoría General del Derecho y del Estado*. Imprenta Universitaria. México. 1949. Trad. Eduardo GARCÍA MAYNEZ.
- KELSEN, Hans. **D** Derogation en *Essays in Legal and Moral Philosophy* editados por Ota Weinberger. D. Reidel Publishing Company. 1973.
- KELSEN, Hans. **TPD2** *Teoría Pura del Derecho*. UNAM. México. 1979. Trad. Roberto J. VERNENGO.
- KELSEN, Hans. **QAJ** ¿Qué es un Acto Jurídico?. Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. No. 4. Abril 1996.
- MÉTALL, Rudolf Aládar. **HK** *Hans Kelsen. Vida y Obra*. UNAM. 1976. Trad. Javier ESQUIVEL.
- NAVARRO, Pablo. **SND** "Sistemas Normativos, Derrotabilidad y Conocimiento del Derecho" en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 13, Octubre 2000.
- NAVARRO, Pablo y , Jorge. **DSNJ** "Derrotabilidad y Sistematización de Normas Jurídicas" en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 13, Octubre 2000.
- , Jorge L. y SUCAR, Germán. **TD** "Las Trampas de la Derrotabilidad. Niveles de Análisis de la Indeterminación del Derecho" en *Análisis e Diritto*. 1998.
- SCHMILL, Ulises. **RPCDS** "Reconstrucción Pragmática del Concepto del Deber Ser (*Sollen*)" en *Teoría del Derecho y Conceptos Dogmáticos*. UNAM. 1987.
- SCHMILL, Ulises. **DAAT** *La Derogación y la Anulación como Modalidades del Ámbito Temporal de Validez de las Normas Jurídicas*. Doxa 19. 1996.
- SCHMILL, Ulises. **RPTD** *Reconstrucción Pragmática de la Teoría del Derecho*. Editorial Themis. México. 1997.
- SCHMILL, Ulises. **DON** "The Dynamic Order of Norms, Empowerment and Related Concepts" en *Law and Philosophy* 19. 2000.
- SNYDER, D. Paul. **ML** *Modal Logic and its Applications*. Van Nostrand Reinhold Company. New York. 1971.

# INCONSTITUCIONALIDAD, LEGALIDAD Y ORDEN JURÍDICO

Pablo Martín Perot  
Universidad Nacional de Mar del Plata

## 1. Introducción

Corrientemente se concibe a la constitución como un conjunto de normas fundamentales. Ello es así ya que en los sistemas democráticos contemporáneos ella juega un papel central, tanto en el diseño institucional como en la protección de los individuos frente al poder constituido. En este contexto, tachar de “inconstitucional” a una norma implica una carga emotiva desfavorable, que la descalifica como norma, con la pretensión de que ella no sea utilizada para justificar decisiones institucionales. Como en la práctica jurídica este término está impregnado de una fuerte carga emotiva y de una constante utilización ideológica, resulta extremadamente complejo hacer una reconstrucción de su significado que recoja los diferentes usos. Por ello, uno de los desafíos de la teoría jurídica es brindar una caracterización de la noción de “inconstitucionalidad”, independiente de su utilización ideológica, a partir de la cual se pueda dar cuenta de las consecuencias que se derivan de calificar a una norma de tal manera.

En el trabajo *“Inconstitucionalidad y derogación”* (en adelante *“I. y D.”*) se realizan dos pasos necesarios para lograr este objetivo. En primer lugar, se presenta la disolución del “problema” de la existencia de las normas inconstitucionales. Esto es importante dado que con frecuencia se plantea la cuestión de si existen -y en tal caso en qué sentido existen- las normas inconstitucionales, como algo que es necesario elucidar previamente para poder explicar si la norma es válida en algún sentido. En segundo lugar, se introduce la distinción entre orden jurídico depurado y orden jurídico no depurado, a partir de interpretaciones diversas del funcionamiento del criterio jerárquico *lex superior* (preservando o restableciendo la consistencia). Esta distinción resulta relevante, ya que la noción de “inconstitucionalidad” funciona de manera diferente en relación con cada reconstrucción. Es decir, que la inconstitucionalidad de una norma trae aparejadas consecuencias diversas en cada uno de los modelos de orden jurídico.

En el presente trabajo se intentará efectuar algunas precisiones conceptuales respecto de la noción de “inconstitucionalidad”, para luego ofrecer reconstrucciones diversas del criterio de legalidad que presupone cada modelo de orden jurídico. Para finalizar, se planteará un interrogante que permite marcar cierta relación entre el orden jurídico depurado y los presupuestos del positivismo incluyente.

## **2. Inconstitucionalidad y existencia de las normas**

Como se dijo, uno de los objetivos que se plantean en “I. y D.” es el de plantear el tradicional “problema” de la existencia de las normas inconstitucionales como un pseudo-problema a fin de disolverlo. Para lograr tal objetivo, se analiza *“...en qué sentido puede decirse que una norma inconstitucional existe, si por ella se entiende una formulación normativa no interpretada [o interpretada] que ha sido creada irregularmente por falta de satisfacción de los requisitos impuestos para ello por normas contenidas en la constitución.”*, para concluir que *“...ya sea que se conciba a las normas como formulaciones interpretadas o no interpretadas, la existencia de una norma no depende de su constitucionalidad (formal o material). Esta última característica puede sí determinar que se la considere o no parte del derecho y puede repercutir sobre los efectos que se le reconozcan, pero esas son cuestiones diferentes.”*

Esta conclusión se alcanza de la siguiente manera. En primer lugar, se toma a la noción de “inconstitucionalidad” como una especie del género “invalidéz”. La “validez” se define como regularidad de la creación normativa. En este sentido, se resalta que no debe identificarse validez con pertenencia, por cuanto hay normas en los sistemas jurídicos que pueden pertenecer a él por criterios diferentes al de su creación regular (por ejemplo, las normas que se denominan “soberanas”, “no derivadas” o “independientes”). Así, la invalidez es entendida como la creación irregular de una norma, y se reserva el término “inconstitucionalidad” para las normas cuya *“(...) invalidez resultase del incumplimiento de los requisitos impuestos por normas contenidas en la constitución (las normas de la máxima jerarquía) para la creación de otras normas.”* Se distingue, como es corriente, entre “inconstitucionalidad formal” (IF) e “inconstitucionalidad material” (IM), ya que las exigencias de las normas jerárquicamente superiores se refieren tanto al órgano competente para la promulgación de otras normas, al procedimiento a seguir para ello, como al contenido que éstas pueden poseer. De esta manera, se predica de una norma IF cuando el acto de promulgación fue realizado por una autoridad incompetente o por un procedimiento impropio de acuerdo con la constitución, e IM cuando

el resultado o contenido del acto de promulgación (la norma) es lógicamente incompatible con las normas constitucionales.

En segundo lugar, se utilizan las distinciones conceptuales propuestas por Ricardo CARACCILO entre *conceptos* o *concepciones* de las normas, *dimensiones* o *modos de existencia* de las normas y *propiedades* que se pueden atribuir a ellas. Estas distinciones sirven para afirmar que la elección de cierto concepto de norma condiciona la adopción de una de las dos posibles dimensiones de existencia: empírica o abstracta; y además, que el asumir cierta ontología condiciona las propiedades que pueden atribuirse a las normas (validez, aplicabilidad, eficacia, obligatoriedad, etc).<sup>1</sup> El atributo de “inconstitucional” no es una excepción y, por ello, el sentido en que pueda decirse que una norma es inconstitucional está condicionado por la ontología asumida.

En tercer lugar, se consideran dos concepciones de las normas: la que las entiende como formulaciones no interpretadas y la que las concibe como formulaciones interpretadas. Si se considera que la voz “norma” se refiere a formulaciones no interpretadas, es necesario distinguir entre *formulaciones-caso* y *formulación-tipo* a fin de saber qué ontología de las normas condiciona dicho concepto. Si se las entiende como formulaciones-caso, es decir, como objetos físicos (en el caso del lenguaje escrito) o fenómenos físicos (en el caso del lenguaje oral), ellas existen como entidades concretas localizadas en el espacio-tiempo por el sólo hecho de haber sido formuladas. Si se las considera como formulaciones-tipo, esto es, como arquetipos, modelos o formas lingüísticas ideales, entonces existen como entidades abstractas fuera del espacio-tiempo. También, respecto de la concepción de las normas como formulaciones interpretadas, es necesario distinguir entre formulaciones-caso y formulaciones-tipo, para saber qué ontología se asume con tal concepción. Si las normas se entienden como formulaciones-caso significativas, su existencia sería concreta y dependería de su mera formulación, en cambio, si se las concibe como formulaciones-tipo interpretadas las normas existirían como entidades abstractas.

Por todo ello se concluye que la inconstitucionalidad no puede repercutir sobre la existencia de las normas, porque: o bien su existencia depende de la mera formulación en el lenguaje por ser entidades empíricas, o bien su existencia no depende de la realización de hecho alguno por ser entidades abstractas, de modo que la existencia de las normas resultaría, en ambos casos, independiente de su “creación regular”.

En “I. y D.”, con justas razones -que se comparten-, se descarta la

posibilidad de concebir a las normas como formulaciones-caso (interpretadas o no) por acarrear consecuencias que la hacen insostenible. La más importante de estas consecuencias es que no resulta posible desde esta concepción una reconstrucción sistemática del derecho, lo cual impide brindar una caracterización adecuada de la inconstitucionalidad que presupone tales relaciones sistemáticas. Por ello, de aquí en adelante y salvo aclaración en contrario, se utilizará la voz “norma” para hacer referencia a formulaciones-tipo interpretadas.

Sin embargo, si se disuelve el problema de la manera descrita, resulta conveniente efectuar dos precisiones. En primer lugar, parece criticable definir “inconstitucionalidad” en función de la noción de “creación” dado que, si no se aclara que se está haciendo un uso metafórico de la expresión, ello puede volver a introducir las confusiones que se pretenden evitar con la disolución del problema. Como sostiene CARACCILO, *“Usualmente se caracteriza el acto de promulgación como la “creación” de una norma. No obstante, esa manera de hablar sólo puede tratarse de una metáfora. Porque si las normas son entidades intensionales carece de sentido decir que son “creadas” por actos, y si no existen tales entidades no hay nada que pueda ser “creado” por actos semejantes...”*<sup>2</sup>

En segundo lugar, resulta importante destacar la diferencia que media entre el acto de promulgación y la norma promulgada que es el resultado o contenido de dicho acto. De acuerdo con CARACCILO, el enunciado “x promulga N” supone que hay que distinguir la norma mencionada “N” del hecho que describe tal enunciado. Esto es importante porque en esta distinción se basa la posibilidad de establecer relaciones entre eventos y normas, relaciones que pueden utilizarse como criterios empíricos para construir conjuntos de tales entidades.<sup>3</sup> Por ello, en lo que sigue se entenderá por “promulgación” al acto o evento por el cual una autoridad da a conocer una formulación normativa.<sup>4</sup>

A esta altura, es posible plantear la siguiente cuestión: ¿qué influencia tiene la concepción de las normas que se adopte respecto de la posibilidad de aplicar el predicado “inconstitucional”? Con lo dicho hasta aquí, sólo se pueden afirmar dos cosas. En primer lugar, que IF se refiere de manera originaria al acto de promulgación, y sólo de manera derivada puede calificar a la norma que es el resultado o contenido de dicho acto. En segundo lugar, que IM sólo puede predicarse en sentido propio de formulaciones interpretadas.

Puede predicarse IF de una norma, en un sentido derivado, cuando el acto de promulgación de la formulación normativa a partir del cual se la identifica ha sido irregular con relación a las condiciones exigidas por la constitución para

la realización de ese acto. Sin embargo, esto no surge claramente de “I. y D.” porque allí sostienen los autores que IF se refiere en sentido originario a las formulaciones no interpretadas, y sólo en sentido derivado a las formulaciones interpretadas.<sup>5</sup> En realidad, el uso en ambos casos es derivado, ya que en ambos se afirma que el acto de promulgación ha sido irregular y, por ello, se califica de inconstitucional a las normas que se identifiquen a partir de ese acto, se considere a éstas como formulaciones interpretadas o como formulaciones no interpretadas. Es decir, que IF se puede predicar de las normas sólo en un sentido derivado, y esto es independiente de la concepción que se adopte a su respecto.

En cambio, con relación a IM sí tiene influencia la concepción de las normas que se asuma. Como se afirma en el trabajo, este predicado sólo puede atribuirse en sentido propio a formulaciones interpretadas, y sólo en un sentido derivado y algo impropio a formulaciones no interpretadas. Esto es así porque entre tales entidades no pueden existir relaciones lógicas.

Lo dicho en los párrafos anteriores pone de manifiesto un inconveniente importante a la hora de reconstruir la noción “inconstitucionalidad”: que de acuerdo con el uso que se hace de tal expresión, el campo de su significado es heterogéneo. Esa heterogeneidad está dada por el hecho de que el término se utiliza como atributo de entidades diferentes. La IF predica que un evento (acto de promulgación) no satisface ciertas exigencias constitucionales, en cambio la IM atribuye la propiedad de ser incompatible con la constitución a entidades abstractas (normas). Si bien en la práctica ésta heterogeneidad semántica se oculta detrás de cierta homogeneidad pragmática -porque en definitiva tanto IF como IM se utilizan con fines similares: descartar a una norma como posible justificación institucional-, el hecho de que se emplee para calificar entidades diferentes pone en tela de juicio la posibilidad de dar una caracterización general que comprenda ambos usos.

### **3. Inconstitucionalidad y legalidad**

Como afirma Hans Kelsen, una de las características salientes del derecho es la de regular su propia creación, en el sentido de que son las normas jurídicas las que regulan la producción de otras normas jurídicas. Sin embargo, a partir de este dato, surgen diversas posibilidades teóricas a la hora de dar cuenta de tales relaciones genéticas. La noción de “inconstitucionalidad” está ligada de forma estrecha al modelo de reconstrucción de estas relaciones entre las normas, porque las consecuencias de afirmar la inconstitucionalidad de una norma pueden variar en cada una de estas reconstrucciones.

Si se considera, desde un punto de vista estático, un sistema jurídico que sólo tiene como fuente de derecho a la legislación, generalmente se acepta que tres criterios son suficientes como reglas de admisión de normas en el sistema: *extensionalidad* (Ce) -el conjunto de normas  $C$  pertenece a  $\alpha$ -; *legalidad* (Cl) -si hay una norma  $p$  que autoriza a una autoridad  $x$  para dictar la norma  $q$ , y  $p$  pertenece a  $\alpha$ , y  $x$  dicta  $q$ , entonces  $q$  pertenece a  $\alpha$ - y *deducibilidad* (Cd) -todas las normas que son consecuencias lógicas de las normas que pertenecen a  $\alpha$  también pertenecen a  $\alpha$ -.<sup>6</sup> Los tres criterios funcionan como un esquema definicional de “sistema jurídico” y sirven para identificar las normas que pertenecen a los diferentes sistemas. Por Ce se puede establecer por enumeración el conjunto de normas que se consideran de máxima jerarquía o soberanas del sistema y definen a cada sistema en particular. A este conjunto normalmente se lo designa como “constitución”. Por medio de Cl, se recurre a un criterio empírico de pertenencia que asume la ocurrencia de uno o varios hechos como indicador para integrar un conjunto de normas.<sup>7</sup> Y Cd no sería más que una consecuencia de concebir a los sistemas jurídicos como sistemas deductivos.

Entre las normas soberanas identificadas mediante Ce debe haber por lo menos una que atribuya competencia a cierta autoridad para dictar nuevas normas. De acuerdo con ALCHOURRÓN y BULYGIN,<sup>8</sup> Cl es una regla conceptual que hace referencia a normas de competencia del sistema. Entre ellas se encuentra la o las reglas de competencia contenidas en las normas constitucionales. Como las exigencias de las normas constitucionales pueden referirse al órgano competente para la promulgación de la norma, al procedimiento a seguir para ello y al contenido de la norma en cuestión, Cl puede reconstruirse de diversas maneras de acuerdo con la relevancia que se le otorgue a cada una de ellas. En una primera lectura se consideran relevantes sólo las exigencias referidas al procedimiento y al órgano competente; en una segunda, además, se toman en cuenta las que se refieren al contenido de las normas promulgadas. Así, podríamos diferenciar:<sup>9</sup>

Cl<sub>1</sub>: Si hay una norma  $p$  que autoriza a una autoridad  $x$  para dictar la norma  $q$  a través del procedimiento  $y$ , y  $p$  pertenece a  $\alpha$ , y  $x$  dicta  $q$  a través del procedimiento  $y$ , entonces  $q$  pertenece al sistema  $\alpha$ .

Cl<sub>2</sub>: Si hay una norma  $p$  que autoriza a una autoridad  $x$  para dictar la norma  $q$  a través del procedimiento  $y$ , y  $p$  pertenece a  $\alpha$ , y  $x$  dicta  $q$  a través del procedimiento  $y$ , entonces  $q$  pertenece al sistema  $\alpha$ , si y solo si  $q$  no es incompatible con las consecuencias lógicas del subconjunto  $C$  (*constitución*) de  $\alpha$ .

La diferencia entre las dos lecturas,  $Cl_1$  y  $Cl_2$ , es que en la segunda aparece una restricción que establece que no se deben considerar parte del sistema a las normas incompatibles con la constitución. De esta manera, las consecuencias de predicar la inconstitucionalidad de una norma pueden variar en cada una de las reconstrucciones de  $Cl$ . Resulta claro que predicar  $IF$  de una norma implica afirmar -de manera derivada o impropia- que ella no satisface el criterio empírico de pertenencia que establece  $Cl$  en cualquiera de las dos reconstrucciones posibles. Por lo tanto, dicha norma no se puede considerar perteneciente al sistema en virtud de tal criterio. Más complejo resulta marcar la relación entre  $IM$  y  $Cl$ . De acuerdo con  $Cl_1$ , las normas que son materialmente inconstitucionales pertenecen al sistema, mientras que de acuerdo con  $Cl_2$ , tales normas no pertenecen al sistema al no satisfacer la última restricción en él contenida. De esta manera, los sistemas jurídicos reconstruidos a partir de  $Cl_2$  no pueden, por definición, contener contradicciones entre normas infraconstitucionales y normas constitucionales.

#### 4. Legalidad y competencia

Hasta aquí se ha obviado una cuestión importante: la caracterización de las reglas de competencia. Como se dijo,  $Cl$  es una regla conceptual que hace referencia a normas de competencia. Por lo tanto, la reconstrucción que se haga de tal criterio depende de la caracterización de éste problemático tipo de normas. En las reconstrucciones anteriores se asumió que la noción de competencia se vincula con normas permisivas. Sin embargo, es posible concebir a tales normas de manera diferente. Si se considera a la atribución de competencia como un fenómeno complejo, entonces -como sostiene Jorge RODRÍGUEZ- se requiere por lo menos de una regla conceptual que establezca las condiciones para el surgimiento de una instancia válida de cierto predicado jurídico (contrato, matrimonio, testamento, ley, sentencia, etc.) y de una prescripción condicional general que establezca los efectos jurídicos de todas las instancias válidas del predicado jurídico en cuestión.<sup>10</sup> De acuerdo con esta caracterización de la atribución de competencia puede sugerirse la siguiente reconstrucción de  $Cl$ :

$Cl'$ : Si una norma  $p$ , que define el predicado jurídico  $L$  exigiendo la satisfacción conjunta de las condiciones  $C_1, C_2, \dots, C_n$ , pertenece a  $\alpha$ , y la norma  $q$  satisface  $C_1, C_2, \dots, C_n$ , entonces  $q$  pertenece a  $\alpha$ .

$Cl'$  sigue siendo una regla conceptual, pero en esta interpretación de las normas de competencia, no hace referencia a una norma permisiva sino a otra regla conceptual que pertenece al sistema y define un predicado jurídico  $L$  (ley,

por ejemplo). Puede señalarse como ventaja de la reconstrucción de  $Cl'$  que se refiere a cierta clase de normas (la clase de normas que satisfacen  $L$ ) y no, como sucedía en  $Cl$ , a una norma determinada (la norma  $q$ ). Este parece un modo más adecuado de reconstrucción de las normas de competencia, dado que sólo en casos excepcionales y en niveles inferiores de la jerarquía normativa, la atribución de competencia funciona indicando una norma determinada y no una cierta clase de normas.<sup>11</sup> En la Constitución Nacional argentina, por ejemplo, los artículos 77 al 84 fijan las condiciones para el dictado de leyes nacionales válidas, por lo que esos artículos definen en este sentido “ley válida”. Por otro lado,  $Cl'$  omite la referencia a la prescripción condicional que forma parte de la atribución de competencia. Ello porque, si bien tal prescripción es necesaria para establecer los efectos jurídicos de las instancias válidas del predicado jurídico “ $L$ ” -y, por lo tanto, para afirmar que existe atribución de competencia-, resulta prescindible a la hora de establecer la pertenencia de las normas al sistema.<sup>12</sup> En este sentido pueden tomarse las palabras de RODRÍGUEZ: “...En eso consiste la atribución de competencia y los límites de la competencia: no en permitir dictar normas sino en reputar pertenecientes al sistema a las normas dictadas por ciertas autoridades bajo ciertas condiciones...”.(cf. RODRÍGUEZ 1999).

Como las condiciones que especifica la regla conceptual ( $C_1, C_2, \dots, C_n$ ) generalmente se refieren al procedimiento, al órgano competente y al contenido de las normas, para recoger a partir de  $Cl'$  la diferencia que existía entre  $Cl_1$  y  $Cl_2$ , habría que distinguir entre dos formas alternativas de reconstruir esa regla conceptual. En una primera versión, asimilable a  $Cl_1$ , la regla conceptual sólo definiría el predicado jurídico teniendo en cuenta el procedimiento y la autoridad competente. En cambio, en una segunda versión, asimilable a  $Cl_2$ , la regla conceptual también contendría la exigencia de que el contenido de las diferentes instancias del predicado jurídico no sea incompatible con las normas jerárquicamente superiores. De esta manera, el conjunto de disposiciones constitucionales (en especial, de aquellas que confieren derechos) funcionan como limitaciones o restricciones al campo de aplicación del predicado jurídico “ley válida”, al no considerar válidas a aquellas normas que sean incompatibles con las normas constitucionales. Sólo en éste último caso, al igual que ocurría con  $Cl_2$ , predicar IM de una norma implica que ella, por ser un caso que no puede ser subsumido en el predicado jurídico  $L$ , no pertenece al sistema jurídico en cuestión. Entonces, también por definición, los sistemas jurídicos reconstruidos a partir de esta lectura de  $Cl'$  no pueden contener contradicciones entre normas infraconstitucionales y normas de jerarquía constitucional.<sup>13</sup>

Todavía, sin embargo, es conveniente hacer una importante precisión. De

acuerdo con Jorge RODRÍGUEZ, la introducción de CI como criterio de pertenencia de normas a un sistema jurídico resulta altamente discutible. En contra del profesor BULYGIN, concuerda plenamente con la opinión de CARACCILO en torno a que CI no suministra en verdad condiciones de pertenencia de normas a un sistema, sino que define la pertenencia de conjuntos de normas al orden jurídico.<sup>14</sup> Así, como en sentido estricto CI formaría parte del esquema definicional de “orden jurídico” y no de “sistema jurídico”, las diferencias marcadas en las diferentes reconstrucciones de CI y sus consecuencias respecto de la inconstitucionalidad deberían basarse en un análisis dinámico y no estático del derecho.

En “I. y D.” se introduce la distinción entre *orden jurídico depurado* (OJD) y *orden jurídico no depurado* (OJND), que constituye una de las contribuciones más originales del trabajo. Desde un punto de vista dinámico, los criterios de preferencias entre normas “...pueden operar de dos maneras distintas: ‘ex ante’, preservando la consistencia e impidiendo que el acto de promulgación de una norma produzca un nuevo sistema en la secuencia si esa norma es lógicamente incompatible con alguna de las preexistentes, o ‘ex post’, restableciendo la consistencia una vez que se ha admitido el ingreso de un sistema inconsistente en el orden jurídico...”. Tomando en cuenta esta distinción respecto del criterio de *lex superior*, se definen en el trabajo las nociones de OJD y OJND. Las diferencias entre estos dos modelos alternativos se fundamentan en que ambos suponen reconstrucciones diferentes y excluyentes de CI. En este sentido puede entenderse la siguiente afirmación del trabajo citado: “En la primera reconstrucción -el orden jurídico depurado- una de las condiciones de legalidad que debe satisfacer un acto de promulgación para permitir asociar un nuevo sistema al orden jurídico es que la norma o conjunto de normas promulgadas no resulten incompatibles con normas emanadas de un órgano jerárquicamente superior. Se interpretaría así a esta condición como conceptualmente ligada a la noción de competencia, en el sentido que un órgano productor de normas actuaría fuera de su competencia si dictara una norma lógicamente incompatible con otra dictada por un órgano jerárquicamente superior, al menos en la medida de la incompatibilidad...”. De acuerdo con la cita, parecería que el modelo OJND asume la primera versión de CI’ (asimilable a CI<sub>1</sub>), en la cual la regla conceptual sólo definiría el predicado jurídico teniendo en cuenta el procedimiento y la autoridad competente. En cambio, el modelo OJD parece asumir la segunda versión de CI’ (asimilable a CI<sub>2</sub>), donde la regla conceptual contendría además la exigencia de que el contenido de las diferentes instancias del predicado jurídico no sea incompatible con las normas de jerarquía constitucional. Estas dos posibles versiones de CI’, entonces, dan lugar desde un punto de vista dinámico a las dos posibles reconstrucciones del orden jurídico.

## 5. ¿Dos modelos teóricos de reconstrucción del orden jurídico?

Los autores parecen considerar que los modelos del OJD y del OJND constituyen dos esquemas teóricos diversos a partir de los cuales se puede reconstruir cualquier orden positivo. No obstante, a partir de la reconstrucción de CI' que cada uno supone, esta apreciación puede ponerse en duda: ¿está condicionada la elección de una de las diferentes reconstrucciones del orden jurídico por el contenido de las normas de los diferentes ordenamientos positivos o depende sólo de consideraciones teóricas? El problema es el siguiente. Como se vio, la distinción entre OJD y OJND se basaba en una diferente reconstrucción de CI. Una de las maneras de mostrar esta diferencia es hacer una lectura diversa de la regla de competencia a la que hace referencia CI', una que toma como condición de validez de las normas la compatibilidad entre ellas y las disposiciones constitucionales, y otra que no considera tal condición. Ahora bien, si la elección de alguna de estas diversas lecturas depende de lo que establecen las normas constitucionales que confieren competencia, entonces también la elección del modelo de reconstrucción del orden jurídico está condicionada por el contenido contingente de tales normas. En definitiva, si se acepta esto último, parece ser que OJD y OJND no son dos reconstrucciones posibles de cualquier ordenamiento positivo, sino dos reconstrucciones mutuamente excluyentes de ordenamientos positivos con diferentes contenido (i.e., con reglas constitucionales de competencia que establecen diferentes exigencias).

El problema resulta relevante porque está conectado con una de las críticas que con mayor fuerza se han alzado en contra del positivismo jurídico, y que ΒΑΥΩΝ denomina "*argumento del contraste con la práctica*". Este argumento afirma que nuestras prácticas jurídicas efectivas, que reiteradamente recurren a la argumentación moral para identificar y aplicar el derecho, desmienten el núcleo definitorio del positivismo jurídico: la tesis de las fuentes sociales del derecho (i.e., que la existencia y contenido del derecho dependen exclusivamente de hechos sociales, por lo que su identificación es posible sin recurrir a argumentos morales). Lo que discuten los autores que sostienen este argumento no es que la tesis de las fuentes sociales sea rechazable por razones conceptuales, sino que resulta descriptivamente inadecuada cuando se la confronta con la práctica jurídica real. En palabras de ΒΑΥΩΝ: "... Esto es, no discuten que la realidad de un sistema jurídico 'podría' ser de un tipo tal que la tesis de las fuentes sociales resultase verdadera: lo que sostiene es que, como cuestión de hecho, nuestros sistemas jurídicos simplemente no son así."<sup>15</sup>

Dos formas de rechazo de este argumento son analizadas por BAYÓN. La primera afirma que la tesis de las fuentes sociales es una tesis conceptual y por lo tanto no puede ser refutada por la práctica. Esta posición es la sustentada por dos corrientes alternativas que BAYÓN denomina "*positivismo simple*" y "*positivismo excluyente*". La segunda, en cambio, acepta la tesis de las fuente sociales como una tesis empírica e intenta reformularla de manera que resulte inmune ante las diferentes posibilidades de configuración de nuestras prácticas.<sup>16</sup> Esta última estrategia es la desarrollada por el denominado "*positivismo incluyente*" o "*incorporacionismo*", y es la que aquí interesa. Más específicamente, esta corriente sostiene que: "...para evitar el alegado contraste entre la teoría jurídica positivista y lo que parece ser un rasgo de nuestras prácticas jurídicas (que el razonamiento moral ocupa de algún modo un lugar entre ellas) (...) afirma por tanto que, en lo que concierne a sistemas jurídicos como los nuestros, hay (al menos algunas) normas morales que se han convertido auténticamente en parte del derecho en virtud de su valor, de su contenido, pero que ello es así sólo por el hecho (contingente) de que nuestra práctica jurídica incluye la convención de reconocerlas como tal."<sup>17</sup> En definitiva, lo que el positivismo incluyente sostiene es que en ciertos sistemas jurídicos la existencia y contenido del derecho puede depender de valoraciones y principios morales, como sería el caso de las democracias contemporáneas en las que la validez de las leyes depende de su conformidad con ciertos principios morales básicos tutelados por sus constituciones.

OJD parece recoger, en parte, la misma idea. Ello es así porque, de acuerdo con este modelo, es necesaria la evaluación del contenido de las normas para saber si ellas forman parte del derecho. Si a esto se le suma el hecho de que las democracias constitucionales contemporáneas tutelan ciertos principios morales básicos en sus constituciones, entonces la pertenencia de algunas normas a dichos sistemas jurídicos dependería de la evaluación moral de su contenido. Sin embargo, la asimilación no es tan sencilla porque para que OJD responda a las pretensiones del incorporacionismo deberían considerarse dos cuestiones adicionales. En primer lugar, un positivista incluyente debería afirmar que en ciertos casos la corrección moral de una norma es condición necesaria y a la vez suficiente de la validez de la norma, para que su posición pueda distinguirse de la de un positivista excluyente.<sup>18</sup> Sin embargo en OJD la restricción respecto del contenido de las normas que se identifican a partir de las formulaciones promulgadas funciona como una condición necesaria pero no suficiente de la validez de las normas. En segundo lugar, como consecuencia de interpretar a la tesis de las fuentes sociales como una tesis empírica, el incorporacionismo debería entender que reconstruir un derecho positivo a partir de OJD o OJND depende

de lo que digan sus normas. Y esta es una cuestión que, como ya se dijo, queda pendiente de respuesta al menos de conformidad con la presentación que los autores hacen de la distinción.

## Notas

<sup>1</sup> Cf. CARACCILO 1997.

<sup>2</sup> CARACCILO 1997:170, nota 22.

<sup>3</sup> Cf. CARACCILO 1997:171.

<sup>4</sup> Cf. von WRIGHT 1963:131.

<sup>5</sup> En “I. y D.” por ejemplo se afirma que: “...validez formal y validez material se predicán al menos en sentido originario de entidades diferentes (la primera, de formulaciones no interpretadas; la segunda, de formulaciones interpretadas)...”. Es cierto que validez formal y validez material se predicán de entidades diferentes, pero no que esas entidades sean una formulación no interpretada y una formulación interpretada. La diferencia radica en que la validez formal se predica del acto de promulgación mientras que la validez material se predica de la interpretación acordada al resultado de dicho acto. Lo que sucede, es que la validez material sólo puede predicarse en sentido propio de entidades entre las que pueden existir relaciones lógicas, es decir entre formulaciones interpretadas y no entre formulaciones no interpretadas.

<sup>6</sup> Cf. ALCHOURRÓN-BULYGIN 1971:120 y ALCHOURRÓN-BULYGIN 1979:73-76.

<sup>7</sup> Cf. CARACCILO 1997: 175.

<sup>8</sup> ALCHOURRÓN-BULYGIN 1971:121.

<sup>9</sup> A fin de simplificar la exposición, no se tomarán en cuenta aquí las salvedades introducidas en el punto anterior. De hacerlo, la formalización de  $Cl_1$ , por ejemplo, debería ser la siguiente:  $Cl_1$ : Si hay una norma  $p$  que autoriza a una autoridad  $x$  para dictar la formulación normativa  $f$  a través del procedimiento  $y$ , y  $p$  pertenece a  $\alpha$ , y  $x$  dicta  $f$  a través del procedimiento  $y$ , y la norma  $q$  se identifica a partir de la formulación  $f$ , entonces  $q$  pertenece al sistema  $\alpha$ .

<sup>10</sup> Cf. RODRÍGUEZ 1999.

<sup>11</sup> Esta corrección fue sugerida por una crítica similar efectuada por respecto de la aplicabilidad (cf. RODRÍGUEZ 1999). Una disposición como la contenida en el artículo 24 de la Constitución Argentina, que establece que “El Congreso promoverá... el establecimiento del juicio por jurados” parece entenderse mejor si se considera que está otorgando competencia para promulgar una clase de normas (la clase de normas que establecen el juicio por jurados) y no una norma determinada, ya que el establecimiento del juicio por jurados puede hacerse a través de diferentes normas que pertenecen a la misma clase.

<sup>12</sup> Podría pensarse que si las prescripciones condicionales que establecen los efectos de las instancias válidas de los predicados jurídicos son prescindibles para afirmar la pertenencia de las normas al sistema, entonces lo son también para caracterizar la atribución de competencia; de modo que para ello bastaría con la regla conceptual que define a tales predicados. Sin embargo, esto dejaría de lado algo que es muy común en la práctica: que los predicados jurídicos se definen para que cada una de sus instancias válidas produzcan efectos jurídicos. En el caso de que una autoridad defina un predicado y no establezca ningún efecto jurídico, quizás sería correcto afirmar que las instancias válidas de cada predicado pertenecen al sistema, pero que en tal caso no se atribuyó competencia.

<sup>13</sup> RODRÍGUEZ expresa esta diferencia de la siguiente manera: “Si una autoridad normativa promulga una norma que contradice otra dictada por una autoridad de jerarquía superior, puede considerarse indistintamente: a) que ella no ingresa al sistema por haber sido derogada anticipadamente por la autoridad superior, en cuyo caso, no contradecir las normas dictadas por autoridades jerárquicamente superiores constituiría una condición para la promulgación de normas válidas y un límite a la competencia de la autoridad inferior; o b) que ella ingresa al sistema, generándose así una contradicción, para cuya eliminación habrá que utilizar algún criterio jerárquico (como el de *lex superior*). En la primera interpretación, se incorpora al sistema una jerarquía entre sus normas; en la segunda, las jerarquías entre normas resultan extrasistemáticas. Si en el texto se dio preferencia a la primer opción es porque ella parece ajustarse mejor a las intuiciones de los juristas.” (cf. RODRÍGUEZ 1999).

<sup>14</sup> Cfr. CARACCILO 1988; BULYGIN 1991; RODRÍGUEZ 1999.

<sup>15</sup> BAYÓN 2000:1-5.

<sup>16</sup> BAYÓN 2000: 6.

<sup>17</sup> BAYÓN 2000: 21.

<sup>18</sup> BAYÓN 2000: 25-26.

## **Bibliografía**

ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E., 1971, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1975, título original: *Normative Systems*, Viena, Springer-Verlag, traducido por los autores.

ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E., 1976, "Sobre el concepto de orden jurídico", en *Crítica*, Vol. VIII, Nº 23.

BAYÓN, J. C., 2000, "*Derecho, convencionalismo y controversia*", trabajo inédito, obtenido por gentileza del autor.

BULYGIN, E., 1991, "Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos", en *Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho* 10: 257-279.

CARACCILO, R., 1988, *El Sistema Jurídico. Problemas actuales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

CARACCILO, R., 1997, "Existencia de normas", en *Isonomía*, número 7.

KELSEN, H., 1960, *Teoría Pura del Derecho* (segunda edición), México, UNAM, 1979, título original: *Reine Rechtslehre*, Viena, traducido por R. Vernengo.

ORUNESU, C., RODRÍGUEZ, J. y SUCAR, G., "*Inconstitucionalidad y derogación*", trabajo inédito, obtenido por gentileza de los autores.

RODRÍGUEZ, J., 1999, *Lógica de los sistemas jurídicos*, tesis doctoral inédita, obtenida por gentileza del autor.

VON WRIGHT, G. 1963 *Norma y acción. Una investigación lógica*, Madrid, Tecnos, 1970, título original: *Norm and Action. A Logical Inquiry*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1963, traducido por P. GARCÍA FERRERO.

# REFLEXIONES ULTERIORES SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD Y DEROGACIÓN\*

Claudina Orunesu\*\*

Jorge L. Rodríguez\*\*

Germán Sucar\*\*\*

## 1. Introducción

Es un honor para nosotros el que profesores de la talla de Javier EZQUIAGA GANUZAS, Ricardo GUASTINI y Ulises SCHMILL hayan dedicado su atención a las ideas que expusieramos en nuestro trabajo “Inconstitucionalidad y Derogación”. También nos sentimos honrados, pero al mismo tiempo orgullosos, de que quien fuera en el pasado nuestro alumno y hoy compañero de trabajo, Pablo PEROT, escribiera igualmente sus observaciones al respecto. El análisis de tales comentarios y críticas, así como los formulados en comunicaciones personales por Eugenio BULYGIN, Jordi FERRER, Juliano MARANHÃO y Pablo NAVARRO, nos han permitido repensar algunos puntos sobre el tema, y el presente trabajo es el fruto de tales reflexiones. En él no se pretende ofrecer una respuesta a todas las cuestiones en discusión, sino sólo avanzar algunas ideas adicionales, básicamente respecto de la distinción entre la inconstitucionalidad de una norma jurídica y su declaración por un órgano de control, el nexo que media entre tal distinción y la concepción que se adopte respecto de la interpretación de las normas y ciertos aspectos vinculados con la dinámica de los sistemas constitucionales.

## 2. Existencia, regularidad y aplicabilidad de las normas jurídicas

KELSEN advirtió la dificultad que suponía, en el marco de su teoría, dar cuenta de las denominadas “normas inconstitucionales”, esto es, explicar cómo es posible que normas irregularmente creadas produzcan efectos jurídicos en tanto su irregularidad no haya sido declarada por el órgano competente. Tal como lo expone SCHMILL, KELSEN identifica la regularidad en la creación de las normas, la existencia en el sentido de pertenencia a un sistema y la “validez”, entendida esta última expresión como referida a la fuerza obligatoria de las normas. De manera que todas y sólo las normas que pertenecen a un sistema jurídico poseerían fuerza obligatoria y todas y sólo las normas que han sido regularmente creadas pertenecerían a un sistema. Si esto es así, caben diferentes caminos para dar cuenta del problema:

(1) admitir que puede haber normas que poseen fuerza obligatoria pese a no haber sido regularmente creadas, conservando, no obstante, la identidad entre pertenencia y fuerza obligatoria. Desde este punto de vista, una norma inconstitucional podría tener fuerza obligatoria, en cuyo caso sería parte del derecho pese a su irregularidad, con lo que la creación regular no podría interpretarse como condición necesaria de la pertenencia a un sistema. (Este parece ser el camino elegido por GUASTINI).

(2) admitir que puede haber normas que poseen fuerza obligatoria pese a no haber sido regularmente creadas, conservando, no obstante la identidad entre pertenencia y regularidad. Desde este punto de vista, una norma inconstitucional podría tener fuerza obligatoria pese a no formar parte del sistema jurídico.

(3) admitir que puede haber normas que poseen fuerza obligatoria pese a no haber sido regularmente creadas, rechazando además la identidad entre pertenencia y fuerza obligatoria y entre pertenencia y regularidad. Desde este punto de vista, una norma inconstitucional podría tener fuerza obligatoria y ello no prejuzgaría sobre si forma o no parte del sistema. (Este es el punto de vista que defendimos en nuestro trabajo).

(4) mantener la triple identidad entre pertenencia, fuerza obligatoria y regularidad, lo que obligaría a considerar regularmente creadas a las normas inconstitucionales.

Esta última es la salida “heroica” -empleando la vívida expresión de Schmill- escogida por KELSEN con su cláusula alternativa tácita. Claramente parece la más contraintuitiva de las cuatro, pero no ahondaremos aquí las críticas ya dirigidas contra ella.

GUASTINI considera como un pseudo-problema el de cómo explicar que una norma irregularmente creada produzca efectos jurídicos. Sostiene que, salvo que se identifique la “validez” de una norma, entendida como ausencia de vicios, con su aplicabilidad o fuerza obligatoria, no habría nada de misterioso en la posible aplicabilidad de las normas inválidas. Ahora bien, a juicio del profesor italiano, una norma inválida, en tanto su invalidez no haya sido reconocida por el órgano competente, pertenece al sistema. La promulgación efectiva por un órgano *prima facie* competente sería condición suficiente de la pertenencia al sistema jurídico. A su criterio la mejor manera de explicar el hecho de que una norma irregular pueda producir efectos jurídicos es que ella pertenece al sistema.

Bajo esta intelección, nos atribuye la desaconsejable tesis de identificar regularidad en la creación con pertenencia al sistema jurídico. En realidad, creemos que la regularidad en la creación de una norma no es condición necesaria

de su pertenencia a un sistema, al menos en razón de la existencia de normas soberanas, las que si bien integran el sistema no pueden reputarse regularmente creadas. En cuanto a si es condición suficiente, debe distinguirse la cuestión según se adopte la reconstrucción del orden jurídico depurado o la del orden jurídico no depurado. La regularidad formal es condición suficiente de la pertenencia al orden jurídico no depurado. En cambio, para determinar la pertenencia al orden jurídico depurado, lo que constituye condición suficiente es la conjunción de la regularidad formal y material. En nuestro análisis del problema empleamos justamente la distinción entre “validez” -en el sentido de regularidad en la creación- y aplicabilidad de las normas para llegar a la conclusión que GUASTINI señala. De manera que no advertimos diferencia alguna en este punto con las ideas del profesor italiano.

Pero en nuestro criterio, no sólo no cabe asimilar aplicabilidad con regularidad, sino tampoco con pertenencia. Una norma puede producir efectos jurídicos sin pertenecer al derecho (tal el caso de las normas de un sistema extranjero declaradas aplicables en un país en virtud de sus normas de derecho internacional privado). Además, GUASTINI no parece percatarse de que es posible, por ejemplo, que un juez aplique *de hecho* una norma a un caso individual respecto del cual resulta inaplicable. Desde luego que puede ocurrir que una norma irregular sea aplicable, pero también puede ocurrir que una norma que no es en absoluto aplicable debido a su irregularidad sea, sin embargo, aplicada. Así, una sentencia que adopta como fundamento una norma general que es inconstitucional por ser su contenido incompatible con una norma constitucional, no es aplicable en ningún sentido para un juez que, en el marco de un sistema de control difuso, tenga la obligación de abstenerse de aplicar normas inconstitucionales. En conclusión, nos parece no sólo desafortunado identificar creación regular con pertenencia sino también con aplicabilidad. Estas tres nociones se diferencian claramente en nuestro trabajo. Además, es importante distinguir *aplicación* de aplicabilidad. De acuerdo con esta última distinción, una norma inaplicable (sea válida o inválida), puede ser aplicada y producir así efectos jurídicos, así como puede ocurrir que una norma aplicable (sea válida o inválida) no sea aplicada.

### **3. Inconstitucionalidad y control de constitucionalidad**

En nuestro trabajo tratamos de destacar las diferencias que median entre la *inconstitucionalidad* de una norma y la *declaración de inconstitucionalidad* hecha por cierto órgano competente de conformidad con las normas jurídicas. Respecto de la primera de estas dos nociones, distinguimos como es tradicional

entre la inconstitucionalidad de una norma como producto de la incompatibilidad con normas constitucionales (inconstitucionalidad material), y la inconstitucionalidad de una norma por falta de satisfacción de las condiciones fijadas por las normas constitucionales respecto del acto de su promulgación (inconstitucionalidad formal). Con relación a este punto, EZQUIAGA expresa que en ciertos casos la inconstitucionalidad de una norma puede tener por causa la vulneración de las normas de producción jurídica relativas a la materia objeto de regulación. Un órgano podría regular materias para las que no está autorizado o no respetar los límites territoriales, personales o temporales establecidos por las normas de producción jurídica. Un supuesto semejante, a pesar de que tendría que ver con la materia regulada, no parecería encuadrable como inconstitucionalidad material, ya que si bien su apreciación exigiría evaluar la materia objeto de regulación, la inconstitucionalidad por esta causa sería independiente de la existencia de una incompatibilidad entre la norma en cuestión y la constitución. Esto demostraría que la separación entre inconstitucionalidad formal y material no sería tan tajante, puesto que para establecer la primera parecería inevitable asignar algún significado a la formulación normativa. Por ello, concluye que en muchas ocasiones la inconstitucionalidad, tanto formal como material, debe predicarse de formulaciones interpretadas.

La distinción propuesta por EZQUIAGA es correcta, y fue pasada por alto en nuestro trabajo. Estamos de acuerdo con su conclusión, con la salvedad de que no pretendimos afirmar que la inconstitucionalidad pudiera versar sobre formulaciones interpretadas o no interpretadas, sino más bien que, al hablarse de la inconstitucionalidad de las normas, siendo esta última expresión interpretable al menos en los dos modos expuestos, era menester analizar separadamente qué significaría decir que una norma es inconstitucional en uno y otro caso.

Respecto de la declaración de inconstitucionalidad por parte de un órgano del Estado, dijimos que entre ella y la inconstitucionalidad de una norma mediaba una relación semejante a la que existe entre la creencia en la verdad de una proposición y su verdad. Así como se puede creer en la verdad de una proposición falsa y en la falsedad de una proposición verdadera, análogamente, se puede declarar constitucional una norma inconstitucional así como declarar inconstitucional una norma ajustada a la constitución. Por el contrario, SCHMILL identifica inconstitucionalidad con declaración de inconstitucionalidad y sostiene por ello que no puede haber algo así como “inconstitucionalidad a priori”. También como consecuencia de esto, considera que nuestra posición no es compatible con el positivismo.

Por el contrario, pensamos que nuestra concepción es estrictamente positivista, de manera que, o bien SCHMILL ha malinterpretado el alcance de nuestras tesis, o bien no compartimos la misma caracterización del positivismo jurídico. Nos inclinamos más bien por la segunda de estas alternativas, dado que, según parece, “positivo” significa para SCHMILL resultante de una decisión autoritativa. Nosotros aceptamos la tesis de que todo derecho es derecho positivo, esto es, la tesis de las fuentes sociales. Pero de ella no se sigue en absoluto que no pueda introducirse la distinción conceptual que proponemos. Por otra parte, consideramos que el positivismo se encuentra ligado a una tradición política que pone énfasis en sostener que el contenido de un sistema jurídico positivo siempre se encuentra sujeto a crítica desde el punto de vista de la corrección moral o jurídica de sus normas, dado que ellas dependen de decisiones humanas y estas últimas pueden ser cuestionables. Desde este punto de vista, nos parece mucho más en línea con una concepción positivista del derecho el preservar la distinción entre inconstitucionalidad y declaración de inconstitucionalidad, puesto que pone énfasis en la posibilidad (lamentablemente registrada con demasiada frecuencia) de que las decisiones acerca de la constitucionalidad de las normas por parte de los órganos competentes sean objetables, tanto moral como jurídicamente. Claro que esto supondría la existencia de algún criterio de corrección para tales decisiones. En lo que a la moral concierne, ninguno de nosotros defiende la existencia de criterios objetivos de corrección normativa. Pero sobre la existencia de criterios jurídicos de corrección, creemos pertinente introducir algunas aclaraciones.

Según la concepción de SCHMILL, la norma creada de grado inferior no repite el contenido de la norma que la determina, sino que siempre hay un incremento en el contenido de la segunda respecto de la primera. Esta concepción del orden jurídico sería deudora de la postura filosófica de cuño coheniano según la cual sólo es aceptable en un sistema científico aquello que puede construirse desde su origen sobre la base de ciertas hipótesis. Trasladado este principio al ámbito jurídico, él importaría para SCHMILL no sólo que en la ciencia del derecho nada debe considerarse como “dado”, debiendo ser construido teóricamente, sino también que el derecho mismo debe ser entendido como un orden normativo que se crea y recrea en el tiempo. En consecuencia, no se podría considerar como perteneciente al derecho nada que no haya sido puesto o establecido por medio de un acto humano.

Así, la inconstitucionalidad de una norma sólo estaría “dada” a la ciencia jurídica si se han cumplido los requisitos y condiciones establecidos por el propio derecho, lo que implicaría que no existe algo parecido a una “inconstitucionalidad

a priori”, pues tal calificativo sólo podría emplearse cuando ella ha sido establecida de manera positiva en el proceso de progresiva individualización del orden jurídico. Antes de la adopción de la decisión por el órgano competente no podría afirmarse ni la constitucionalidad ni la inconstitucionalidad de una norma: tal decisión tendría un “carácter claramente constitutivo”, siendo irrelevante cualquier otra opinión, puesto que no constituiría la determinación jurídicamente válida de la cuestión planteada.

Sobre tales bases, SCHMILL destaca lo que considera la “omisión fundamental” de nuestro ensayo: no relacionar la inconstitucionalidad con la anulabilidad de la norma viciada. Según SCHMILL, la ley promulgada es una norma existente, y la determinación de su inconstitucionalidad queda a cargo de los sujetos habilitados al efecto, y “objetivamente hablando”, ello se encuentra ligado “de manera esencial” con la anulabilidad: si no hay anulabilidad, no hay inconstitucionalidad. Siguiendo a KELSEN, entiende que una constitución que carezca de la garantía de anulabilidad de los actos inconstitucionales no es una constitución plenamente obligatoria en sentido técnico, puesto que equivaldría a poco más que unos buenos deseos desprovistos de fuerza obligatoria.

A fin de comparar su propuesta con la nuestra, es importante recordar que el problema bajo análisis es el siguiente: cómo explicar que una norma irregularmente creada produzca efectos jurídicos, en particular, cómo es posible que tal cosa ocurra antes de que el órgano competente se pronuncie respecto de la irregularidad. La respuesta de SCHMILL consiste en sostener que antes de la declaración del órgano competente no puede hablarse de irregularidad. Pero no puede negarse que la norma en cuestión o bien fue creada regularmente o bien fue creada irregularmente, y ello con total independencia de lo que en definitiva diga el órgano encargado del control de acuerdo con las normas del ordenamiento jurídico considerado. Por consiguiente, una primera razón por la que nos parece insatisfactoria esta salida es que prohibir estipulativamente que se hable de irregularidad antes de tal pronunciamiento importa solucionar el problema por definición: no hay irregularidad hasta tanto no exista pronunciamiento del órgano competente, razón por la cual no existe por definición el problema que aquí se analiza.

Además de suprimir el problema por definición, una segunda dificultad que afecta a la propuesta del profesor mexicano es la siguiente: si no puede hablarse de irregularidad antes de la declaración por el órgano competente, tampoco correspondería hablar de su regularidad. La sugerencia de SCHMILL no salva la identidad propuesta por KELSEN entre regularidad, pertenencia y fuerza

obligatoria de las normas. Incluso suponiendo que una norma deba reputarse regularmente creada en tanto no exista un pronunciamiento relativo a la irregularidad de su creación, de todos modos desde este punto de vista, la irregularidad dependería del pronunciamiento del órgano de control que así lo dispone, mientras que nada semejante ocurriría respecto de su pertenencia al sistema ni de su fuerza obligatoria.

Una atención especial merece la tesis de SCHMILL de que las decisiones acerca de la inconstitucionalidad de las normas poseen “carácter constitutivo”. Al respecto, SCHMILL destaca acertadamente que en nuestro trabajo no explicamos en forma debida la razón por la que consideramos incompatible atribuir carácter constitutivo a las decisiones judiciales sobre la inconstitucionalidad de las normas con la estructura jerárquica del orden jurídico. Si no lo hicimos es porque la razón nos pareció evidente. En un ejemplo simple: supóngase que el tribunal constitucional declara constitucional una norma que es lógicamente incompatible con preceptos constitucionales, y que a dicho pronunciamiento se le atribuye carácter constitutivo -lo que significa que una norma se considerará constitucional o no si y sólo si el tribunal constitucional así lo decide-. En tal hipótesis, no existirían otras jerarquías entre las normas jurídicas que aquellas que los jueces estén dispuestos a reconocer. Decir, por ejemplo, que la constitución es jerárquicamente superior a las leyes sólo significaría “la constitución es jerárquicamente superior a las leyes en la medida en que así lo decidan los jueces”. No serán ya las normas jurídicas sino los jueces quienes establecerán si una norma ha sido o no creada regularmente, razón por la cual la idea de la estructura jerárquica del orden jurídico se tornaría una ficción.

Recuérdese que de conformidad con la idea kelseniana de la estructura jerárquica del orden jurídico, una norma sólo pertenece a determinado orden jurídico porque y en cuanto su producción se corresponde con una norma superior determinante. Si los pronunciamientos sobre la regularidad en la creación de normas se consideran constitutivos, entonces la única condición que debería satisfacerse para considerar a una norma regularmente creada es la existencia de un pronunciamiento del órgano pertinente que así lo establezca, con total independencia de su correspondencia o no con otra norma del orden. Contra esto no puede contestarse que los pronunciamientos de los órganos de control se fundan en la conformidad o no de la norma con normas jerárquicamente superiores y que por ello esto último no sería irrelevante. No puede argumentarse de este modo porque se reconocería en tal caso un criterio de corrección independiente de las decisiones de los órganos de control, cosa que resulta incompatible con la atribución de carácter constitutivo a los pronunciamientos

sobre inconstitucionalidad.

A SCHMILL le parece evidente lo contrario -esto es, que el carácter constitutivo de los pronunciamientos sobre inconstitucionalidad y la estructura jerárquica del orden jurídico resultan perfectamente compatibles- básicamente porque cree que un pronunciamiento judicial sobre la inconstitucionalidad de una norma es dotado de sentido y efectos jurídicos en virtud de otras normas jurídicas, a las que por ello cabría interpretar como jerárquicamente superiores. Pero este argumento no desvirtúa lo dicho ya que ni siquiera podría sostenerse desde una perspectiva como la que él asume que las normas que atribuyen consecuencias jurídicas a los pronunciamientos judiciales sobre la inconstitucionalidad de las normas resulten de mayor jerarquía que esas decisiones. Ello así en tanto tal jerarquía también resultaría dependiente de su reconocimiento judicial.

Quizás pueda ayudar a comprender una concepción como la de SCHMILL adaptar un argumento que utiliza KELSEN para justificar su idea del carácter constitutivo de las sentencias respecto de los hechos del caso:

1) Si es que la constitución debe ser aplicada, no puede valer cualquier opinión sobre la inconstitucionalidad de una ley: sólo puede valer una opinión.

2) La opinión que vale es la del órgano -y por el procedimiento- determinado por el propio orden jurídico.

3) Si los órganos en cuestión son los órganos jurisdiccionales, las opiniones acerca de la inconstitucionalidad de las leyes de otras personas podrán eventualmente fundar un recurso contra la decisión adoptada, pero cuando ella pasa en autoridad de cosa juzgada, no siendo posible revocarla mediante ningún otro procedimiento, esas otras opiniones “quedan excluidas”, son jurídicamente irrelevantes.

Este parece ser el camino que elige SCHMILL para justificar que no existe algo así como “inconstitucionalidad a priori”. Pero adviértase cuál es la conclusión a la que llega KELSEN en su argumentación, proyectada ahora al problema de la inconstitucionalidad:

4) La norma constitucional no dice, por ejemplo, que si el legislador dicta una ley que lesiona el derecho a la información debe decretarse su inconstitucionalidad, sino que reza: “cuando el tribunal competente mediante el procedimiento determinado por el orden jurídico, ha establecido con fuerza de cosa juzgada que determinada ley lesiona el derecho a la información, el tribunal debe decretar su inconstitucionalidad”.

En otras palabras, la constitución no dice más que lo que los jueces dicen que dice. Esta posición sólo es defendible sobre la base de una visión radicalmente

indeterminista respecto de la interpretación de las normas constitucionales, y lleva a que el control de constitucionalidad no sea más que una suerte de poder de veto de los jueces sobre las normas que dicte el legislador. Si se rechaza esta postura extrema respecto de la interpretación de las normas constitucionales, si se admite que puede haber casos claros de inconstitucionalidad, la conclusión es inadmisibile.

Dijimos que en una concepción como la defendida en nuestro trabajo, que distingue entre la inconstitucionalidad de una norma y la declaración de inconstitucionalidad por cierto órgano, se presupone la existencia de algún criterio jurídico de corrección de las decisiones sobre inconstitucionalidad. En otras palabras, se adopta una concepción de la interpretación de las normas constitucionales que rechaza la tesis de la indeterminación radical, según la cual toda interpretación es una invención del intérprete, esto es, que no hay nada objetivo en la operación de interpretación. Otra forma de plantear esta tesis es que no existiría ningún caso claro de aplicación de una norma. Si se sostiene la tesis de la indeterminación radical al menos respecto de las normas constitucionales, ello conduce a considerar que no existe ninguna norma que pueda ser calificada como incompatible con la constitución. Sólo si se parte de una idea semejante tiene sentido afirmar que los pronunciamientos sobre la inconstitucionalidad son constitutivos, y ello por cuanto las normas inconstitucionales no dirían nada en tanto no medie un pronunciamiento del órgano competente que precise su sentido. Si en cambio se rechaza la tesis de la indeterminación radical, y se admite la existencia de -al menos algunos- casos claros de inconstitucionalidad, existirá un criterio de corrección y, al menos en ciertos casos, podrá decirse que el órgano de control ha cometido un error al declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma.

De todos modos, lo más problemático de la posición bajo análisis no es que se asuma una concepción acerca de la interpretación de las normas constitucionales que no compartimos, sino que no se la mantenga consecuentemente. En efecto, la tesis de la indeterminación radical no puede conjugarse con la idea de que un pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad de una norma es una forma especial de anularla debido a su irregularidad que garantiza la supremacía de la constitución.

KELSEN sostiene que anular una norma significa privar a un acto, cuyo sentido subjetivo es una norma, del sentido objetivo que le da otra norma, esto es, poner término a la validez de esa norma mediante otra norma. Ahora bien, el sentido objetivo de un acto es aquel que, más allá de cuál haya sido la intención

de quien lo produjo, corresponde asignarle en función de lo que una norma determina. No depende más que de esa norma, que funciona como esquema de explicitación conceptual y pauta objetiva de valoración. Dada la norma, cualquiera puede hacer esa evaluación. Tratándose de un acto de prescribir, que el sentido subjetivo de quien formula la prescripción se considere objetivamente como una norma  $N_1$  o no, depende de lo que determine otra norma  $N_2$ . Otra norma, no lo que ciertas personas opinen al respecto, sea que se trate de los miembros del tribunal constitucional o de cualquier mortal. Ahora bien, es obvio que puede haber discrepancias de opinión entre distintas personas al respecto. En tal caso, puede ser que otra norma  $N_3$  establezca que tales diferencias deben ser dirimidas por el órgano O. La pregunta clave es si puede admitirse o no la posibilidad de que O se equivoque en su decisión. Si se considera que sí, es porque se acepta que existe algún criterio objetivo de corrección: lo que la norma  $N_2$  dice, en la medida en que dice algo. Si se considera que no, entonces la decisión del órgano O es completamente discrecional al respecto. Pero entonces no hay criterio alguno de corrección, esto es, no hay norma  $N_2$  alguna que permita asignarle al acto de prescripción originario el sentido objetivo de ser una norma. A lo sumo existirá un texto desprovisto de todo significado en tanto éste no sea inventado por el órgano O. Esto equivale a decir que, pese a que el sentido subjetivo de quien emitió la prescripción haya sido dictar la norma  $N_1$ , ese no es el sentido objetivo que corresponde asignarle de conformidad con la opinión de O: se habrá perdido toda noción de objetividad.

Si los pronunciamientos sobre inconstitucionalidad son constitutivos, la única condición a la que se supedita la anulación por el órgano competente es que éste así lo resuelva, no la regularidad o irregularidad de la norma de conformidad con la constitución. Manteniendo la terminología kelseniana, no puede sostenerse desde este punto de vista que un acto de prescribir adquiera el sentido objetivo de ser una norma en virtud de lo que disponen otras normas jerárquicamente superiores a su respecto -las normas constitucionales en nuestro caso-: lo único que contaría como relevante para considerar a una norma como regularmente dictada sería la decisión del órgano de control ya que las normas constitucionales serían moldes vacíos. Si se rechaza esto último, no puede defenderse el carácter constitutivo de los pronunciamientos sobre inconstitucionalidad.

Aunque no parece advertirlo -y al igual que la concepción de la interpretación jurídica defendida por Kelsen-, la posición de Schmill supone una confusión entre lo que Dworkin califica como "sentido fuerte" y "segundo sentido débil" de discrecionalidad. Del hecho de que una norma admita varias

interpretaciones posibles -sentido fuerte de discrecionalidad- no se sigue que sólo una de ellas sea derecho positivo en virtud de que es la escogida con carácter definitivo por el órgano de aplicación -segundo sentido débil-. En lo concerniente a la inconstitucionalidad, del hecho de que las normas constitucionales admitan varias interpretaciones posibles no se sigue que sólo pueda hablarse de inconstitucionalidad cuando existe un pronunciamiento definitivo por parte del órgano de control y que la opinión de cualquier otra persona resulte "jurídicamente irrelevante".

En conclusión, a nuestro juicio el pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad de una norma por parte de un órgano del Estado es un juicio complejo, constitutivo en cuanto a su inaplicabilidad (*erga omnes* o para el caso particular), pero respecto de la irregularidad que constituye su fundamento será declarativo o constitutivo según cuál sea la postura que se adopte respecto de la interpretación. Para los defensores de la tesis de la indeterminación radical, el pronunciamiento sobre inconstitucionalidad será constitutivo de la irregularidad, un punto de vista que resulta inconciliable con la idea de supremacía de la constitución. Cualquier postura que rechace la tesis de la indeterminación radical resulta compatible con la supremacía constitucional, pero inconciliable con la idea del carácter constitutivo de las decisiones sobre inconstitucionalidad.

#### **4. Dos modelos de orden jurídico**

En nuestro trabajo propusimos distinguir entre lo que calificamos como el modelo del *orden jurídico depurado*, según el cual el criterio de *lex superior* funcionaría *ex ante*, previniendo el ingreso de normas incompatibles con la constitución, del modelo del *orden jurídico no depurado*, según el cual el principio de *lex superior* funcionaría *ex post*, permitiendo el ingreso de normas materialmente inconstitucionales. Según este último, los conflictos generados se dirimirían en el nivel de la aplicabilidad de las normas a casos particulares.

GUASTINI sostiene que la identificación entre validez y pertenencia -que nos atribuye, pero que, como se dijo, no intentamos sostener- supone la adopción del modelo del orden jurídico depurado. Esto es correcto, aunque es menester aclarar que en nuestro trabajo no nos embarcamos en una defensa de ninguno de estos dos modelos. Por el contrario, nos limitamos a mostrar algunas de las diferentes consecuencias que se seguirían de la adscripción a uno u otro.

GUASTINI ofrece una interpretación de nuestra propuesta de distinción entre estos dos modelos de reconstrucción del orden jurídico como dos modos de

organizar el control de constitucionalidad. La lectura de GUASTINI es viable toda vez que en ciertos sistemas jurídicos el control de constitucionalidad se efectiviza antes de la promulgación y en otros con posterioridad a ella. No obstante, no es esa la distinción que propusimos. Como se ha expresado, intentamos diferenciar claramente entre la inconstitucionalidad de una norma y la declaración de su inconstitucionalidad. Un pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad de una norma sólo contingentemente tiene incidencia sobre la pertenencia de una norma a un sistema jurídico. Por consiguiente, ambas cuestiones no deberían ser confundidas. En otras palabras, ambos modelos de reconstrucción de los ordenamientos jurídicos resultan independientes de los mecanismos de control instrumentados. La utilidad de nuestra distinción puede considerarse un punto pendiente de demostración, pero su finalidad es distinta de la lectura que ofrece GUASTINI.

La observación que consideramos de mayor interés sobre este punto es la que ofrece Pablo PEROT en el final de su artículo. Allí sostiene que presentamos la distinción como dos diversos esquemas teóricos de reconstrucción de los sistemas jurídicos. No obstante, se pregunta si estas dos alternativas no estarían más bien condicionadas por el contenido de las normas de los diferentes ordenamientos positivos. A su juicio, el problema podría plantearse del modo siguiente: la distinción entre el orden jurídico depurado y el no depurado se basaría en una diferente reconstrucción del criterio de legalidad. Desde este punto de vista, la diferencia radicaría en una lectura distinta de las reglas de competencia a las que hace referencia el criterio de legalidad: una que toma como condición de validez de las normas la compatibilidad entre ellas y las disposiciones constitucionales y otra que no considera tal condición. La pregunta sería entonces si la elección entre estas dos diversas lecturas no dependería de lo que establezcan las normas constitucionales que confieren competencia, cuestión que se encontraría a su criterio en el trasfondo de la controversia entre el *positivismo excluyente* y el *incluyente*.

Pensamos que nuestra distinción es independiente de la configuración concreta de los sistemas jurídicos. En otras palabras, con ella no pretendimos dar cuenta de diferencias que puedan registrarse entre los sistemas jurídicos existentes. La cuestión central es si se interpreta que un criterio para la resolución de conflictos entre normas como *lex superior* funciona como criterio de pertenencia de normas a los sistemas jurídicos o como criterio de aplicabilidad. Desde el primer punto de vista, una norma materialmente inconstitucional no forma parte del derecho. Desde el segundo, en cambio, ella ingresa en el sistema jurídico y el conflicto que provoca debe ser resuelto por el órgano de aplicación

frente a los casos individuales. A primera vista, diríamos que ninguna formulación de las normas de competencia de un sistema jurídico condiciona una de estas dos posibles lecturas, y que todo lo que puede decirse en el lenguaje propio de una de ellas puede reinterpretarse satisfactoriamente desde la concepción alternativa. De todos modos, el interrogante planteado por PEROT es muy inteligente y parece prometedora la propuesta de explorar sus implicancias respecto de la disputa entre positivistas incluyentes y excluyentes. Pero no es éste el lugar para intentar internarnos en esa discusión.

## 5. Derogación expresa y derogación tácita

GUASTINI considera que si derogar produce como efecto la expulsión del sistema de la norma derogada, entonces provoca su no pertenencia al sistema. Y si se interpreta que pertenencia equivale a validez, entonces la derogación produce la revocación de la validez, lo que volvería indistinguible dicha operación de la declaración de inconstitucionalidad. Por su parte, entiende que si se interpreta la noción de validez como referida a la ausencia de vicios, entonces se trataría de una propiedad que una norma posee o no posee, pero que no puede ser conferida ni revocada.

Coincidimos en esto puntualmente con el parecer de GUASTINI. Lo lamentable es que nos haya faltado la claridad expositiva necesaria para que el maestro italiano advirtiera que uno de los cometidos centrales de nuestro trabajo apuntaba justamente a distinguir los diferentes efectos de la declaración de inconstitucionalidad y la derogación. La única salvedad que podríamos formular en lo que a esto concierne es que, entre las diferencias que GUASTINI apunta entre derogación y declaración de inconstitucionalidad, señala que la declaración de inconstitucionalidad supone la invalidez de la norma y se funda en ella, mientras que la derogación puede operar sobre normas válidas o inválidas. En rigor, creemos que la declaración de inconstitucionalidad también puede operar sobre normas válidas o inválidas, por la sencilla razón de que el órgano de control puede equivocarse: puede declarar inconstitucional una norma válida o constitucional una norma inválida. En otras palabras, es correcto que la declaración de inconstitucionalidad se *funda* en la invalidez, pero no que *supone* la invalidez.

Tanto SCHMILL como GUASTINI cuestionan el fenómeno, analizado en nuestro trabajo, de la derogación de normas implícitas y las posibles indeterminaciones que ella podría provocar. El primero porque sencillamente no admite la existencia de normas lógicamente derivadas, ya que ellas no serían normas positivas. El

segundo, porque entiende que el razonamiento jurídico no sólo está regido por la lógica sino por el propio derecho, siendo posible que este último excluya la admisibilidad de ciertas inferencias que serían lógicamente válidas, así como que considere admisibles inferencias lógicamente inválidas. Como ejemplo de lo segundo alude a los razonamientos por analogía en los sistemas jurídicos -y para los sectores del derecho- en los que ellos se encuentran expresamente consentidos. Como ejemplo de lo primero ofrece el siguiente: si en un cierto sistema jurídico, de las normas  $N_1$  y  $N_2$  se sigue lógicamente una norma implícita  $N_3$ , y con posterioridad se promulga una norma  $N_4$  incompatible con  $N_3$ , entonces “mal que le pese a la lógica”  $N_3$  no constituiría una inferencia admisible. De esto se seguiría que la derogación de una norma implícita no provocaría indeterminaciones y, en términos más generales, que un sistema jurídico no contendría junto a las normas expresas todas sus consecuencias lógicas, sino aquellas consecuencias lógicas que no estén “prohibidas” por normas expresas, más aquellas consecuencias no lógicas que, no obstante, sean consentidas por normas expresas.

Aquí, como en casi todas las diferencias que nos separan de GUASTINI, no podemos decir que la suya sea una reconstrucción incorrecta, pero sí que no es la única posible y que no la compartimos. Es cierto que en la mayoría de los sistemas jurídicos se admite a la analogía, al menos en ciertas áreas del derecho. ¿Indica esto que el derecho admite formas de inferencia lógicamente inválidas? No necesariamente: puede ser que frente a casos de lagunas normativas el derecho admita que el órgano de aplicación justifique su decisión en una norma *creada en analogía* con las soluciones previstas por otras normas del sistema. En tal caso, el derecho estará conformado por las normas explícitamente dictadas por las autoridades competentes más todas sus consecuencias lógicas pero, frente a casos de lagunas normativas, se admite que el órgano de aplicación está facultado para fundar su decisión en normas que, o bien no integran el sistema y que han sido creadas por éste en analogía con las soluciones previstas en él, o bien integran el sistema justamente en razón de haber sido creadas por el órgano de aplicación en analogía con las soluciones previstas en el sistema. Como puede apreciarse, puede admitirse la analogía en el derecho sin aceptar que ella constituya una forma de inferencia que permita derivar consecuencias a partir de las normas promulgadas. Sostener, como lo hace GUASTINI, que la analogía es admitida en ciertos sistemas jurídicos como forma de inferencia válida implica aceptar que en tales sistemas jurídicos podrían derivarse consecuencias contradictorias incluso para los casos consistentemente normados.

En cuanto a la idea de que no todas las consecuencias lógicas de las normas explícitamente formuladas integran los sistemas jurídicos, el ejemplo que ofrece GUASTINI tampoco nos parece concluyente. Supóngase un sistema jurídico que contiene dos normas,  $N_1$  y  $N_2$ , de las que se sigue  $N_3$ , norma para cuya derivación se requiere tanto de  $N_1$  como de  $N_2$ , esto es, que no puede derivarse ni sólo de  $N_1$  ni sólo de  $N_2$ . Supóngase adicionalmente que se promulga con posterioridad la norma  $N_4$ , incompatible con  $N_3$ . ¿Implica esto necesariamente que  $N_3$  ya no puede derivarse de  $N_1$  y  $N_2$ ? Si se interpreta que no, esto significa que se entiende que la promulgación de  $N_4$  tiene repercusión sobre las reglas de inferencia admisibles en el sistema. En otras palabras, que antes de su promulgación resultaba aceptable una regla de inferencia que ya no lo es luego de haber sido promulgada. Reconstruir este ejemplo en la forma que propone GUASTINI implica -al igual que en el caso anterior- que la promulgación de una norma puede influir en la admisibilidad de nuestras reglas de inferencia. Esto nos parece demasiado drástico, sobre todo si se dispone de una alternativa de conformidad con la cual se preserva el carácter central de las reglas de inferencia en nuestros esquemas conceptuales.

En el ejemplo considerado, la alternativa al planteo antes comentado consistiría en interpretar que la promulgación de  $N_4$  no repercute sobre las reglas de inferencia sino sobre las normas que conforman el sistema. Ahora bien, si se adopta esta lectura, entonces es preciso considerar que, o bien  $N_1$ , o bien  $N_2$ , o bien ambas, han sido derogadas, dado que conjuntamente implican  $N_3$  que, por hipótesis, resulta incompatible con  $N_4$ . Y ello conduce a la admisión de la indeterminación de los sistemas jurídicos como consecuencia de ciertos actos de derogación de normas derivadas.

Lo importante es advertir las consecuencias que se siguen de cada una de estas dos reconstrucciones. De acuerdo con la nuestra, es menester aceptar que la promulgación de una norma puede provocar la derogación de otra que no es directamente incompatible con la nueva norma promulgada. De conformidad con la interpretación de GUASTINI ello no ocurre, pero es necesario admitir que la promulgación de una norma puede tener repercusión sobre las reglas de inferencia admisibles en el sistema considerado. Si, por ejemplo, la norma  $N_1$  dispone que si es obligatorio un acto  $p$ , entonces es obligatorio un acto  $q$ , y la norma  $N_2$  establece que es obligatorio el acto  $p$ , de ello parece seguirse la norma  $N_3$ , según la cual es obligatorio el acto  $q$ ; pero si una norma jerárquicamente superior  $N_4$  dispone que está permitido abstenerse de  $q$ , entonces habría que rechazar el *modus ponens* como regla de inferencia admisible en el sistema. Ello impediría en lo futuro inferir, a partir por ejemplo de una norma de tal sistema que establece

que los homicidas deben ser sancionados y del hecho de que Juan ha cometido homicidio, que Juan debe ser sancionado. Dejamos a criterio del lector evaluar cuál de estas dos alternativas parece más difícil de aceptar.

## **Notas**

\* Este trabajo ha sido realizado con el apoyo de la Fundación Antorchas.

\*\* Universidad Nacional de Mar del Plata.

\*\*\* Universidad de Buenos Aires.