

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.”¹

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.²

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.³

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).⁴

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.⁵ 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).⁶

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 predicán 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

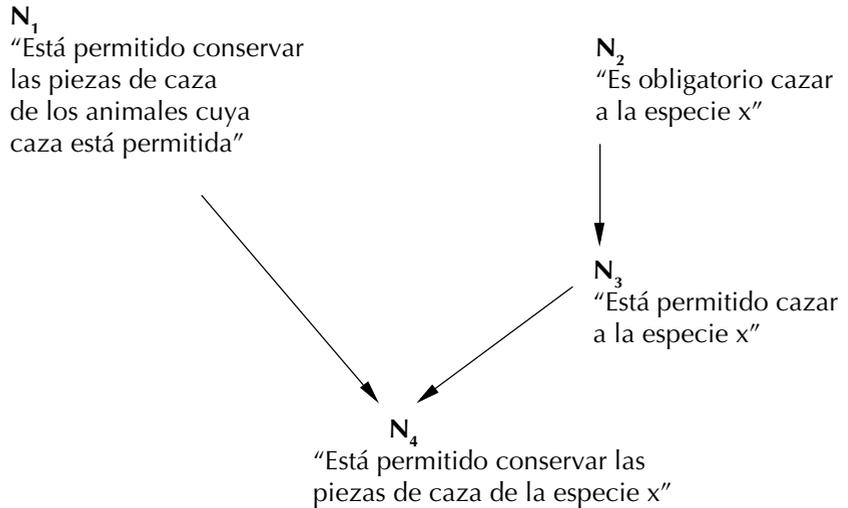
IV.1. Efectos de la promulgación de normas

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).⁷

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 α 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 α más todas las normas que sean consecuencias lógicas de α . 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 α , las consecuencias lógicas que se segúan de α y la nueva norma \mathbf{N} : el nuevo sistema estará compuesto por α más todas sus consecuencias lógicas, \mathbf{N} más todas sus consecuencias lógicas y todas aquellas consecuencias que se sigan de la unión de α con \mathbf{N} , y que no sean derivables ni sólo de α 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 α 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.⁸ 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.⁹ 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.¹⁰ 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.¹¹

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.¹² 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 exigirse 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.

¹ *“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.

² 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.

³ 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).

⁴ 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.

⁵ 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.

⁶ “...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.

⁷ 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.

⁸ 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.

⁹ 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).

¹⁰ 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).

¹¹ 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).

¹² 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.