

# CINCO OBSERVACIONES SOBRE VALIDEZ Y DEROGACIÓN

Riccardo Guastini  
Universidad de Génova

## I. Sobre validez y aplicabilidad

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

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

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

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

## II. Sobre validez y pertenencia

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

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

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

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

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

## III. Sobre dos modelos de orden jurídico

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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