

SOBRE NORMAS INCONSTITUCIONALES (*)

JOSE JUAN MORESO MATEOS

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. Kelsen sobre normas inconstitucionales.—III. MERKL sobre normas inconstitucionales. EL DOBLE ROSTRO DEL DERECHO.—IV. VALIDEZ Y VIGENCIA DE LAS NORMAS.—V. MUNDOS JURÍDICOS ÓPTIMOS.—APÉNDICE: SOBRE EL VALOR DE LAS DECLARACIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD.

I. INTRODUCCION

La obra de H. Kelsen representa, sin duda, una de las cimas en la teoría del Derecho de este siglo. Una de las razones de la importancia de su obra reside en la perspicacia con la que Kelsen detectaba los problemas e, independientemente de la aguda solución que les daba, el mero hecho de plantearlos ya le hace acreedor de nuestro débito intelectual. En este trabajo voy a ocuparme de una cuestión recurrente en las diversas versiones de la *Teoría pura del Derecho* kelseniana. Me refiero a la cuestión del *status* de las llamadas normas *inconstitucionales* o, en general, de las normas *inválidas* —sean éstas leyes inconstitucionales, reglamentos ilegales, sentencias *contra legem*, etc.—, que Kelsen trataba bajo el epígrafe de «Conflictos de normas de diverso nivel». El problema puede plantearse con sus propias palabras (RR2: 272-3; véanse también RR1: 120 y sigs., GTLS: 183 y sigs., TPD: 155 y sigs., ATN: 29.iii):

Puesto que el orden jurídico representa una construcción escalonada de normas entre sí en relación de supra y subordinación, y dado que una norma sólo pertenece a determinado orden jurídico porque y en tanto su producción corresponde a una norma superior determinante, surge el problema de un

(*) Quiero hacer constar mi agradecimiento, por las observaciones y sugerencias que realizaron a una primera versión de este trabajo, a Ricardo Caracciolo, Francesc de Carreras, Ernesto Garzón Valdés, Manuel Gerpe, Rafael Hernández Marín, Tecla Mazzaresse, Isidre Molas, Pablo E. Navarro y Alfonso Ruiz Miguel. La ausencia de Xavier Pibernat se hizo, si cabe, más dolorosa al convertir en imposible la discusión de algunos puntos que él había tratado con profundidad y sutileza.

posible conflicto entre una norma de nivel superior y una norma inferior; es decir, la pregunta qué vale como Derecho cuando una norma no corresponde a la norma que determina su producción y especialmente cuando no corresponde a la norma que predetermina su contenido. Conflicto tal pareciera darse cuando se aceptan literalmente ciertas expresiones corrientes en la jurisprudencia tradicional. Puesto que ahí se habla de sentencias judiciales *contra legem* y de leyes *inconstitucionales*, dando la impresión de que, en general, fuera posible algo así como una norma contraria a norma y, en especial, una norma jurídica contraria a derecho.

El problema surge, a la vez, de aceptar el llamado principio dinámico del derecho, de acuerdo al cual una condición necesaria para que una norma N sea jurídica es que exista otra norma jurídica N' que autorice su creación y aceptar también que las normas inconstitucionales (de aquí en adelante me referiré casi siempre a ellas, pero no hay inconveniente alguno en ampliar estas consideraciones a los reglamentos ilegales o a las sentencias contrarias a ley: a *normas irregulares* —en el sentido de creadas de forma irregular—) son normas jurídicas (hasta que un Tribunal Constitucional no las declara inconstitucionales o si nunca son puestas en cuestión ante órgano alguno competente para declararlas tales).

Me ocuparé en primer lugar de la versión que Kelsen ofrece de la cuestión y de los problemas que su solución suscita. En segundo lugar analizaré algunas de las interesantes consideraciones que sobre el problema se encuentran en la obra de otro importante autor de la Escuela de Viena, A. J. Merkl, discípulo y más tarde amigo y colega de Kelsen —de quien tomó la idea de que el Derecho se crea en conformidad con el Derecho: todo acto de creación del Derecho es también un acto de aplicación del Derecho (1), si exceptuamos los casos extremos: la creación de la constitución originaria y el acto de ejecución de una sentencia, por ejemplo—. En tercer lugar presentaré otros enfoques de la cuestión, más o menos deudores de la concepción kelseniana junto a una solución distinta al problema de las normas inválidas. Y por último ofreceré una reconstrucción de la concepción que el principio dinámico del Derecho expresa junto con algunos comentarios referidos al problema —íntimamente ligado con éste en la obra de Kelsen— del valor (constitutivo o declarativo) de las declaraciones de inconstitucionalidad.

(1) Kelsen reconocía su débito con Merkl, en esta cuestión central, ya en la *Teoría General del Estado* de 1925 (AS: 305). En relación a Merkl, comparto el juicio de Paulson (1980: 173) según el cual, Merkl fue «el más original e importante de los colegas de Kelsen en la Escuela de Viena».

II. Kelsen sobre normas inconstitucionales

«Se supone que la justicia se halla siempre de parte del príncipe» (S. PUFENDORF).

Presentaré la posición de Kelsen mediante las siguientes tesis:

1) Una condición necesaria de la validez (2) de una norma con rango de ley es que ésta sea creada de acuerdo a la Constitución. En palabras de Kelsen (RR2: 277):

Una ley sólo puede ser válida fundándose en la Constitución. Si hay alguna razón para suponer que una ley es válida, el fundamento de su validez se encuentra en la Constitución.

Según Kelsen, que una norma N se funda en otra norma N' significa que N' (una *norma de competencia*) autoriza a un órgano a crear la norma N (RR2: 202): «Sólo una autoridad competente puede establecer normas válidas, y esa competencia sólo puede basarse en una norma que faculte a imponer normas.» Las normas de competencia son aquellas que establecen qué órgano y mediante qué procedimientos tiene autorización para regular una determinada materia (véase Ross 1968: 93). Por tanto, puede decirse que una norma con rango de ley L es válida en el Derecho D de un país (pertenece a D) sólo si existe una norma *constitucional* de competencia NC que autoriza la creación de L. Sólo si existe dicha norma de competencia NC que autoriza a un órgano O (el Parlamento) mediante el procedimiento P a regular la materia M, y el órgano O mediante el procedimiento P regula la materia M con la creación de la norma L, entonces L es válida. Esta es una posible formulación del

(2) Como es sabido, Kelsen usa la expresión validez en un sentido ambiguo (véase Ross, 1961: 26-29; Nino, 1985: 7-27, y Bulygin, 1990). Por una parte, que una norma es válida significa, según Kelsen, que dicha norma existe («con el término “validez” designamos la existencia específica de una norma», RR2: 23), y por otra, que una norma existe significa que dicha norma es obligatoria («decir que una norma es válida equivale a declarar su existencia o —lo que es lo mismo— a reconocer su «fuerza obligatoria» frente a aquellos cuya conducta regula» [GTLS: 35]).

El primer sentido de validez parece ligado a la cuestión de la *pertenencia* de una norma a un orden jurídico: «Si se concibe el Derecho como un orden normativo, como un sistema de normas que regula la conducta humana, surge el interrogante: ¿qué funda la unidad de una multitud de normas? ¿Por qué pertenece una norma determinada a un orden determinado? Y esta pregunta está en estrecha relación con ésta: ¿Por qué vale una norma? ¿Cuál es su fundamento de validez?» (RR2: 201). Diremos, por tanto, que una norma N es válida en el Derecho D si y sólo si N pertenece a D. “Juridicidad” y “validez” son términos sinónimos. El segundo sentido de validez (como obligatoriedad) será marginado por ahora.

principio dinámico del Derecho. Es la existencia de una norma de competencia NC, la creación de L mediante un acto autorizado por NC y el principio dinámico lo que permite concluir que L es válida.

2) Si como parece presuponer la tesis 1), se equipara validez con pertenencia al Derecho, entonces las normas inválidas no pertenecen al Derecho: las leyes que no han sido creadas de acuerdo a la Constitución no son válidas. Las normas inconstitucionales no pertenecen al Derecho. Kelsen sostiene (GTLS: 185; véase también RR2: 277):

Una norma no válida es una no existente, es la nada jurídica. La expresión «ley inconstitucional», aplicada a un precepto legal que se considera válido, es una contradicción en los términos.

Kelsen tiene razón en que si se acepta la tesis 1) entonces debe aceptarse la imposibilidad de normas que tengan la propiedad de ser válidas y, a la vez, inconstitucionales, puesto que si una norma no está de acuerdo con la Constitución es inválida. El enunciado «la norma con rango de ley L es válida e inconstitucional» es un enunciado contradictorio, puesto que el predicado válida aplicado a una norma con rango de ley es sinónimo de constitucional (autorizada por la Constitución).

3) Es posible que algunas veces se creen normas que aparentemente no han sido autorizadas por la Constitución. Según Kelsen (GTLS 1945: 185; véase también RR2: 278), la Constitución debe prever esta posibilidad:

Si la Constitución prescribe la observancia de determinado procedimiento para la elaboración de las leyes y establece también ciertas reglas en relación con el contenido de los preceptos legales, debe prever la posibilidad de que algunas veces el legislador no siga tales prescripciones.

Una respuesta posible de Kelsen ante la promulgación de normas no autorizadas por la Constitución sería afirmar que dichas normas son inválidas, que no pertenecen al Derecho. Incluso podría pensarse que ésta sería la respuesta más adecuada a su concepción. Pero no es así, como la tesis 4) trata de poner de manifiesto.

4) Las normas de la Constitución que autorizan la creación de normas con rango de ley son disposiciones alternativas. Autorizan a un órgano mediante determinado procedimiento a regular una determinada materia o bien mediante un procedimiento distinto o sobre una materia distinta, en virtud de una especie de cláusula alternativa tácita (RR2: 279; véase también GTLS: 186):

La Constitución faculta al legislador a producir normas jurídicas generales también en un procedimiento distinto del determinado directamente por las normas de la Constitución, dándoles otro contenido del que determinen directamente las normas constitucionales... Las disposiciones constitucionales que regulan la legislación tienen el carácter de disposiciones alternativas. La Constitución contiene una regulación directa y una indirecta de la legislación teniendo el órgano legislativo la elección entre ambas.

Del texto de Kelsen parece resultar que mientras el procedimiento y el contenido (o materia) de las normas legales queda a la elección del órgano legislativo, el mismo órgano legislativo está claramente determinado por las disposiciones constitucionales. Pero tampoco esta limitación puede aceptarse, por cuanto procedimiento y órgano son difícilmente distinguibles. Son los procedimientos los que determinan si se está en presencia del órgano competente. El Parlamento sólo actúa como órgano legislativo competente cuando sigue los procedimientos señalados por la Constitución. De lo contrario, no es *el* órgano legislativo, según la Constitución. Por otra parte, la mayoría de Constituciones modernas otorgan a otros órganos, además de al Parlamento, la facultad de dictar normas con rango de ley en determinadas circunstancias (al Poder ejecutivo, habitualmente) (GTLS: 320). En estos casos necesitamos también averiguar si el órgano que dictó la norma era el *órgano competente*.

La tesis 4) lleva a Kelsen a sostener que cualquier órgano, mediante cualquier procedimiento y sobre cualquier materia puede dictar normas con rango de ley, en atención a que las disposiciones constitucionales lo autorizan directa o indirectamente.

5) La Constitución puede autorizar la *anulación* de las normas creadas de acuerdo a la cláusula alternativa de alguna de sus normas de competencia, pero también puede no autorizarlo.

Es posible que la Constitución faculte a determinados órganos a aplicar las normas, pero les vede la posibilidad de examinar la constitucionalidad de las normas que deben aplicar. Aunque, como Kelsen (RR2: 278) señala, al menos debe reconocérseles la competencia mínima para analizar si —en la terminología de Kelsen— algo cuyo sentido subjetivo es una norma con rango de ley, también es objetivamente —esto es, existe una disposición constitucional que lo autoriza— una norma con rango de ley. El requisito que Kelsen imagina es, sin embargo, mínimo (RR2: 278-279):

Cuando las leyes, para tener fuerza obligatoria, tienen que ser publicadas, según dispone la Constitución, en un *Diario Oficial* del Gobierno, la limitación de la competencia para examinar la validez de la ley significa solamente que el órgano llamado a aplicar la ley, en especial, los tribunales, sólo tienen

que examinar si aquello que tiene el sentido subjetivo de una ley ha sido publicado en el *Diario Oficial*, si ha sido publicado como ley en el documento que al efecto imprime el Gobierno. Los órganos competentes para aplicar la ley no quedan facultados para examinar si lo publicado como ley ha sido dictado por el órgano constitucional competente, conforme al procedimiento constitucional prescrito, con el contenido determinado por la Constitución.

Como puede apreciarse, Kelsen muestra en este texto que, en el caso discutido, cualquier disposición publicada en el *Diario Oficial* como ley es una ley válida (de acuerdo a la Constitución por una de las dos vías de las normas constitucionales de competencia).

Es posible, sin embargo, que la Constitución autorice a algún órgano o a algunos órganos distintos del legislativo a controlar la constitucionalidad de las leyes (RR2: 280-281 y GTLS: 186-188). De esta forma el constituyente expresa su preferencia de que las leyes sean dictadas de acuerdo a la primera de las posibilidades de sus normas de competencia. Tal preferencia puede manifestarse, según Kelsen, de tres formas: *a*) otorgando competencia a algunos órganos de aplicación (a los jueces y tribunales) para apreciar la concordancia de las normas con rango de ley con la primera cláusula de las normas de competencia constitucionales y para no aplicar a los casos que ante ellos se planteen las normas que no sean concordantes con ella. Es lo que se conoce como *control difuso* de constitucionalidad; *b*) otorgando competencia a un órgano especial (un Tribunal Constitucional) para que controle las normas creadas de forma irregular (de acuerdo a la segunda cláusula tácita de las normas de competencia constitucionales) y, como a veces se dice, las *expulse* del ordenamiento jurídico. Entonces actúa, en palabras de Kelsen (GTLS: 318), como *legislador en sentido negativo*. Es lo que se conoce como *control concentrado* de constitucionalidad, y *c*) atribuyendo responsabilidad personal (estableciendo una sanción para dicho caso) al órgano que crea normas de forma irregular.

6) En cualquier caso, hasta que no sean declaradas inconstitucionales por algún órgano competente las normas creadas de forma irregular son normas válidas, conformes a la Constitución (RR2: 280):

Las llamadas leyes «inconstitucionales» son leyes conformes a la Constitución, pero que pueden ser dejadas sin efecto mediante un procedimiento especial.

7) Si un órgano declara inconstitucional determinada ley, tal declaración tiene valor *constitutivo*. La declaración es la que constituye la inconstitucionalidad de la ley. Las normas inconstitucionales no son nulas, sino *anulables* (RR2: 283; también GTLS: 187):

Es por ello incorrecto cuando la sentencia que suprime la ley es designada como una «declaración de nulidad», cuando el órgano que anula la ley declara a la misma como «nula *ab initio*». La sentencia no tiene un mero carácter declarativo, sino constitutivo. El sentido del acto por el cual se anula una norma, es decir, se le priva de validez, es, al igual que el sentido del acto por el cual se produce una norma, también una norma.

Esta tesis es la aplicación de dos premisas sostenidas por Kelsen a lo largo de la teoría pura: 1) todas las sentencias tienen valor constitutivo y no declarativo (RR2: 246-251): el juez constituye, incluso, los hechos al considerarlos probados, y 2) en el Derecho no puede darse la nulidad absoluta, tal institución sólo puede comprenderse como el grado superior de la anulabilidad (RR2: 283-284 y GTLS: 190-191). En este contexto debe entenderse el famoso símil kelseniano (RR2: 284):

En este respecto, el Derecho se asemeja al Rey Midas. Así como todo lo que aquél tocaba se convertía en oro, todo aquello a que el Derecho se refiere, toma carácter jurídico. Dentro del orden jurídico, la nulidad es sólo el grado superior de la anulabilidad.

Analizaré a continuación la plausibilidad y coherencia de las tesis sostenidas por Kelsen.

La tesis 1) es una tesis conceptual. Expone uno de los requisitos necesarios para que una norma sea jurídica, es una definición (parcial) de norma jurídica (3). Como es sabido, las definiciones no son susceptibles de verdad o falsedad; aparte de controlar su adecuación formal —no circularidad (4), eliminabilidad, no creatividad, etc.— sólo podemos juzgar su adecuación o inadecuación como elementos de una teoría que es, como un todo, adecuada o inadecuada.

(3) Aunque Kelsen no ofrece nunca una definición completa de norma jurídica, habría que añadir, de acuerdo con su concepción, las notas de que sea el sentido de un acto de voluntad (un *Sollen*), eficaz y relativo al ejercicio de la coacción (véase, en tal sentido, Hernández Marín, 1986: 126).

(4) La definición de norma jurídica de Kelsen es, en realidad, circular y, por tanto, viola este requisito. Kelsen trata de eliminar esta circularidad con su tesis de la norma básica que autoriza a crear la Constitución originaria (y que obliga a comportarse de acuerdo a ella). Sin embargo, si la norma básica es una norma jurídica, de acuerdo a la noción de Kelsen, debe haber otra norma jurídica que autorice su creación. Si la norma básica no es jurídica, la Constitución originaria tampoco lo es porque no existe ninguna norma jurídica que autorice su creación. Una solución susceptible de romper la circularidad es optar por una definición *recursiva* de norma jurídica, estableciendo por estipulación que las normas de la Constitución originaria son válidas, son —como a veces se dice— normas soberanas o supremas (véase Alchourrón-Bulygin, 1971: 73-74, 1979: 74, y Von Wright, 1963: 192).

Sin embargo, es preciso señalar que esta definición kelseniana recoge *un* uso ampliamente compartido de la expresión «norma jurídica».

La tesis 2) es también conceptual. Una vez identificamos validez con pertenencia al Derecho entonces, por definición, las normas inválidas no pertenecen al Derecho. La suerte de 2) va unida a la de 1): depende de la fortuna de la definición de validez kelseniana, involucrada en la tesis 1).

La tesis 3), por una parte, afirma una posibilidad empírica: que se dicten normas con rango de ley y que no estén de acuerdo con las normas de competencia constitucionales. Por otra, afirma que es aconsejable («la Constitución... debe prever») que la Constitución prevea dicha posibilidad. Ambas afirmaciones parecen plausibles.

La tesis 4) es más discutible. Establece cuál es el sentido de las disposiciones constitucionales de competencia, afirmando que dichas disposiciones tienen dos partes: de acuerdo a la primera, si un órgano, mediante un procedimiento determinado y sobre un contenido establecido, dicta una norma, entonces ésta es una norma válida; de acuerdo a la segunda, una norma también es válida si es dictada por un órgano distinto o con un procedimiento distinto o sobre un contenido distinto. Según esta tesis, las normas de competencia constitucionales tienen un contenido «tautológico» (Nino, 1985: 33; Ruiz Manero, 1990: 94). Ello puede ser explicado de la siguiente forma: si se interpretan las normas de competencia como reglas conceptuales (Bulygin, 1991b: 485-499, o disposiciones cualificadoras; véase Hernández Marín, 1984: 38-44), entonces dichas normas tienen el siguiente significado: «Si el órgano O, con el procedimiento P y sobre la materia M, dicta una norma N, entonces N es válida.» El antecedente de este condicional (P) es, en la interpretación kelseniana, tautológico; en el sentido que puede formularse como «P o no P» y de esta forma, según las normas constitucionales de competencia, cualquier norma puede ser válida (5). Es por ello que Kelsen insiste en que no son posibles los conflictos de normas de diverso nivel (GTLS, 1945: 192, y RR2: 274), no son posibles puesto que cualquier norma (emitida por cualquier órgano, mediante cualquier procedimiento y sobre cualquier contenido) está de acuerdo con la norma de competencia tal como Kelsen la interpreta.

Es cierto que en los trabajos posteriores a RR2 (1960), Kelsen (DER: 272 —1962—; LL: 236 —1965—, y ATN: 57.xii —se trata de la obra póstuma publicada en 1979—) abandonó la tesis según la cual no son posibles los

(5) Si las normas de competencia se interpretan como permisiones o autorizaciones (como parecen pensar los mismos Nino, 1985, y Ruiz Manero, 1990), entonces el carácter tautológico de ellas no sería tan sorprendente, puesto que lo que se conoce como permisiones facultativas son normas que permiten hacer una conducta *p* o su negación. Lo extraño sería ahora que en el Derecho hubiera tantas normas facultativas.

conflictos de normas (una tesis que derivaba de que las proposiciones que describirían las normas serían, entonces, contradictorias; suponiendo erróneamente que no puede describirse una contradicción sin contradecirse, RR2: 88-89). Sin embargo, respecto a los conflictos de normas de diverso nivel Kelsen siguió sosteniendo la tesis de la cláusula alternativa tácita (ATN: 29.iii; véase, al respecto, Ruiz Manero, 1990: 76); con lo cual, aunque en estas obras se acepte la existencia de contradicciones entre normas, se sigue negando que haya contradicción genuina entre normas de diverso nivel.

Ruiz Manero (1990: 78-79; véase también Harris, 1986: 215) señala, con razón, que Kelsen une esta cuestión en ATN (la cita de Ruiz Manero es a ATN, nota 128, y la de Harris, a DER: 244) a la del valor de la cosa juzgada, y sugiere que, referido a las sentencias judiciales, Kelsen abandona la tesis de la cláusula alternativa tácita, sosteniendo ahora que las sentencias judiciales creadas de forma irregular son válidas en virtud del principio de *res iudicata*. Al respecto, sólo deseo notar que Kelsen, al menos desde 1945 (GTLS: 188-189 y RR2: 274-275), siempre había tratado la cuestión de la cosa juzgada en relación con su tesis de la cláusula alternativa tácita que explicaba la existencia de normas irregulares. Al parecer, según Kelsen, la institución de la cosa juzgada es una razón para suponer la interpretación de las normas de competencia incluyendo la cláusula alternativa tácita (ATN: 58.xxi). Incluso Kelsen, en el párrafo siguiente de ATN, nota 128, al que se refiere Ruiz Manero, se refiere a RR2 en el sentido que la tesis de la cosa juzgada ya había sido expuesta por él con la significación señalada. Resumiendo: en mi opinión, Kelsen —más allá de la ambivalencia de algunas de sus afirmaciones— no cambió en ATN para sostener que las sentencias irregulares son válidas en virtud de la cosa juzgada e inválidas en virtud de la norma general (aceptando, en este caso, la contradicción entre normas de diverso nivel), sino que sostuvo, explicitando presupuestos anteriores, que la institución de la cosa juzgada es un elemento para interpretar las normas de competencia como integradas por dos partes, una que habilita la creación de normas regulares y otra que habilita la creación de normas irregulares. En el epígrafe dedicado al significado de la *res iudicata* (ATN: 58.xxi) sostiene: «Puesto que debe haber una razón para la validez de toda norma individual, la proposición jurídica que describe la norma jurídica general que debe ser aplicada por el tribunal ha de ser formulada por la ciencia jurídica como un conjunto de alternativas, de forma que el órgano de aplicación no sólo está autorizado a establecer el acto coactivo establecido en una norma general, sino también a establecer un acto coactivo que el órgano cree que corresponde a la norma general y a establecer un acto coactivo incluso cuando no hay ninguna norma general que lo establece y también a no establecer acto coactivo alguno...

aun cuando el tribunal crea que la conducta para la cual la norma general prescribe un acto coactivo se ha dado.»

La tesis 4), por tanto, supone una más que discutible interpretación de las normas de competencia, y, por otra parte, como afirma Weinberger (1986:199), «aniquila el núcleo básico de la teoría de la estructura jerárquica del sistema jurídico». Si cualquiera puede, con cualquier procedimiento y sobre cualquier contenido, dictar leyes de acuerdo a la Constitución, entonces la posibilidad de que la Constitución controle la legalidad es una quimera. Se explica así que este aspecto de la teoría pura haya causado perplejidad a muchos de sus intérpretes (Calsamiglia, 1977: 167; Harris, 1977: 353; Amselek, 1978: 14-15; Paulson, 1980: 172; Maher, 1981: 173; Nino, 1985: 29-30; Guibourg, 1986: 50 y sigs.; Weyland, 1986: 250, y Ruiz Manero, 1990: 51 y sigs.).

Sin embargo, muchos de estos autores (Paulson, 1980: 174-175; Vernengo, 1985: 22; Weyland, 1986: 253, y Ruiz Manero, 1990: 80-81) sostienen que la concepción de Kelsen está cercana al llamado (o bien directamente es) «realismo judicialista», a pesar —como se encargan de señalar— de las famosas críticas dirigidas por Kelsen a J. C. Gray (GTSL: 178 y sigs.; RR2: 263; véase Gray, 1909: 84 y sigs.), para el cual las únicas normas jurídicas son las decisiones establecidas por los jueces («*all the law is judge-made law*»). Sólo es preciso destacar que Kelsen siempre sostuvo que las normas generales también son normas jurídicas: en ATN, nota 170, critica a M. R. Cohen por sostener, de acuerdo con Gray, que es el significado atribuido por los tribunales a las leyes lo que constituye el Derecho; Kelsen señala: «Esta identificación de la ley con su interpretación es insostenible. La Biblia y el *Hamlet* de Shakespeare también son interpretados, pero a nadie se le ocurriría sostener que la Biblia fue escrita por sus intérpretes y que *Hamlet* no fue escrito por Shakespeare, sino por sus intérpretes» (véase también Luzzati, 1991: 194-195). Al parecer, Kelsen pensaba que la primera parte de las normas de competencia es prevalente a la segunda y, como tal, está privilegiada (ATN: 58.xxi):

... hay una diferencia [entre una parte y otra de las normas de competencia], si hay normas generales cuyo significado es que deben ser aplicadas por los tribunales, entonces los tribunales las aplican, y es sólo de forma excepcional que las decisiones judiciales que no se corresponden a las normas generales devienen válidas. El principio de *res iudicata*, esto es, el principio según el cual los procesos deben tener un fin, no es en realidad una abrogación, sino sólo una cualificación del principio de legalidad material de las decisiones judiciales.

Por otra parte, en la concepción de Kelsen es la existencia de la doble alternativa la que explica la función de instituciones como el control de constitucionalidad por los tribunales (o por un tribunal) o el control de legalidad de los reglamentos o la posibilidad de revocación de las decisiones judiciales. Pero esta es una cuestión que tiene que ver con la tesis 5).

De acuerdo a la tesis 5), la Constitución puede autorizar a algún órgano a declarar inválidas las normas que no sean dictadas de forma regular. El problema es que en este caso también estamos frente a una norma de competencia y, por tanto, frente a una norma que establece una alternativa, con lo cual el órgano en cuestión puede declarar inconstitucional tanto normas creadas de forma regular como normas creadas de forma irregular.

En este sentido, esta tesis 5) produce consecuencias tan perturbadoras como la tesis 4). El órgano encargado de controlar la constitucionalidad (y no olvidemos los problemas para identificar el órgano: en casos límites, cualquiera puede ser este órgano) puede declarar constitucionales normas creadas de forma irregular y puede declarar inconstitucionales normas creadas de forma regular.

Según la tesis 6), todas las leyes son válidas (están de acuerdo con la Constitución) hasta que no sean declaradas (constituidas como) inválidas por un órgano específico. La razón de ello parece ser que Kelsen piensa que el juicio de inconstitucionalidad no puede confiarse a cualquiera (RR2: 278), puesto que entonces no podría contarse con leyes obligatorias para los sujetos y órganos de decisión.

Este es un argumento curioso en la obra de Kelsen si lo comparamos con una de sus críticas a las doctrinas del Derecho natural (en un pasaje de la edición francesa —1953— de la *Teoría pura*, TPD: 106-107, que se encuentra en un epígrafe de contundente título: *Las contradicciones de la doctrina del Derecho natural*; véase también NLD: 74-78):

Si el Derecho positivo extrae su validez de su correspondencia con el Derecho natural, toda norma legislativa o consuetudinaria contraria al Derecho natural debería ser considerada nula e inexistente. Esta es la consecuencia inevitable de una teoría que hace del Derecho positivo un sistema de normas subordinado al Derecho natural. Podemos juzgar la sinceridad de los teóricos del Derecho natural examinando en qué medida admiten esta consecuencia, pero muy pocos de entre ellos pueden pasar tal prueba. Dichos autores intentan a menudo salir de apuros probando, según los métodos específicos de la doctrina del Derecho natural, que un conflicto entre el Derecho positivo y el Derecho natural es imposible, o si admiten la posibilidad de tal conflicto, éste se presentaría solamente en aquellos casos excepcionales que muy poco podrían afectar la validez del Derecho positivo. Para eliminar prácticamente la posibilidad de una anulación del Derecho positivo por el Derecho natural

en caso de conflicto entre estos dos Derechos, se ha argumentado que se trata necesariamente de un conflicto de opiniones sobre el contenido del Derecho natural en un caso particular, conflicto en que se oponen el órgano estatal que crea o aplica el Derecho positivo y el sujeto sometido a este Derecho. Según esto, el sujeto no puede resolver el conflicto. Únicamente el órgano estatal es competente para decidirlo, de tal modo que su opinión prevalece cuando un sujeto considera una norma jurídica positiva como contraria al Derecho natural.

Si, usando las mismas palabras de Kelsen, «juzgamos la sinceridad de los teóricos de la teoría pura [por Derecho natural], en relación con la tesis de que la legislación [el Derecho positivo] extrae su validez de su correspondencia con la Constitución [el Derecho natural]»; el mismo Kelsen «no puede pasar tal prueba», puesto que basta, como he hecho en las anteriores frases, sustituir «Derecho natural» por «Constitución» y «Derecho positivo» por «legislación» para hallarnos con un texto que, casi punto por punto, es una dura crítica que, con su ayuda, puede realizarse a Kelsen (véase, en el mismo sentido, Guibourg, 1986: 54-55).

La tesis 7), según la cual las declaraciones de inconstitucionalidad tienen valor *constitutivo* y no declarativo, es una tesis que puede resumirse así: «Una norma sólo es inconstitucional cuando una declaración firme de un órgano dice que lo es.» Esta tesis es una explicitación de las tesis 5) y 6) y merecedora de las mismas objeciones que éstas. Sin embargo, en el último epígrafe de este trabajo se encuentran algunas consideraciones sobre este punto.

III. MERKL SOBRE NORMAS INCONSTITUCIONALES. EL DOBLE ROSTRO DEL DERECHO

«El disfraz de la toga y del birrete, el disfraz de los uniformes, no sólo ha confundido, en la práctica, a ingenuos profanos, sino también, incluso demasiado, en el plano de la teoría, a expertos juristas» (A. MERKL).

A. J. Merkl (1918a: 109) planteó con admirable claridad el problema del que me ocupo:

Hablamos de leyes inconstitucionales, de reglamentos, sentencias, actos administrativos ilegítimos, en una palabra: de actos ilegítimos del órgano y, desde el punto de vista estatal, de actos estatales nulos y anulables, que, sin embargo, en opinión del órgano o del pseudo-órgano que los ha adoptado,

constituyen Derecho de forma inexcusable... Según se adopte el punto de vista del órgano que ha decidido o del observador objetivo, el Derecho se presenta de forma diversa. Se llega de esta forma a identificar dos sistemas jurídicos diferentes —el del conocimiento y el de la aplicación— entre los cuales hay conflicto y surge la pregunta ¿cuál de ellos está en lo cierto?, ¿están ambos en lo cierto?.

Merkel (1931: 275) comparte con Kelsen las tres primeras tesis, de acuerdo a las cuales una norma no es válida si no existe otra norma válida que autoriza su creación (y, por tanto, que las normas creadas sin autorización son inválidas):

Llamamos normas jurídicas determinantes a aquellas normas jurídicas que determinan la forma y el contenido de otras normas jurídicas, puesto que estas normas no pueden y no deben llegar a existir de forma diversa a la predeterminada y presuponen, en todo caso, la existencia de aquellas otras normas a las cuales deben su propia validez.

Merkel mantiene con firmeza la tesis de que una norma creada sin autorización no es una norma válida (no es una norma jurídica): «La mínima desviación de la ley... impide ya hablar de acto jurídico o de acto de un órgano estatal» (1918b: 312), «el juez que yerra, en cuanto tal, no es juez, puesto que no aplica el Derecho y no es un órgano del Estado, es una persona privada» (1925: 349). A tal efecto, según Merkel, no importa que falte un solo requisito procedimental o que se regule un contenido no autorizado, en ambos casos la norma es inválida (Merkel, 1918a: 114, y 1927: 256) (6); las sentencias que no están de acuerdo con la ley no son Derecho (1918b: 298).

En cambio, Merkel discrepa de Kelsen en relación a la tesis 4). Según Merkel, ninguna norma jurídica autoriza a crear normas sin seguir las «determinaciones» establecidas expresamente por la norma de autorización. Esto es, Merkel no suscribe la tesis de Kelsen según la cual las normas de competencia constitucionales son normas alternativas. Según Merkel (1918a: 113):

La supuesta norma, de acuerdo a la cual cualquier desviación de aquello que está autorizado..., crea Derecho cuando no hay ya ningún medio de impugnación disponible, en realidad no existe.

(6) Merkel (1918: 114) sostiene que un órgano, por ejemplo un juez, sólo es tal cuando actúa en el ámbito de sus competencias, determinadas por las normas jurídicas. Obrar de otra manera: identificar al juez (u otro órgano) mediante otros elementos (el uso de la toga, el seguimiento de algunos procedimientos, el nombramiento, etc.) nos llevaría, según Merkel, cerca del reconocimiento de actos válidos a los actos del «capitán de Köpenick»: en 1906, en la ciudad de Köpenick (hoy día un distrito de Berlín) W. Voigt se apoderó del uniforme de un capitán, tomó a varios soldados de la calle, entró en el edificio del Ayuntamiento, arrestó al alcalde y secuestró el Ayuntamiento.

La institución de la *res iudicata* no debe entenderse, según Merkl, como una autorización al órgano de aplicación de decidir como le plazca, ya que «sería sumamente ilógico querer individualizar mediante la razón una única disposición concreta de Derecho sustantivo y, después, mediante la cosa juzgada, conferir un poder ilimitado al juez de aplicar el Derecho e incluso de no aplicarlo» (1918a: 118).

Para Merkl (1931: 293), las normas creadas de forma irregular no son normas jurídicas y, en este sentido, no comparte la tesis de Kelsen de acuerdo a la cual estas normas son anulables, pero no son nulas *ab initio*, «el mínimo alejamiento de los requisitos [establecidos por las normas de autorización] aparece como un vicio jurídico [*inen rechtlichen Fehler*] que tiene como consecuencia la nulidad [*Nichtigkeit*] del acto en cuestión en el sentido de inexistencia jurídica [*von mangeldern rechtlicher Existenz*]».

Pensar de otra forma sería, de acuerdo a Merkl, aceptar en el ámbito jurídico el dogma de la «infalibilidad de la iglesia» (1919: 340). Para Merkl (1918a: 117 y 1925: 355), en cualquier acto de creación de Derecho subordinado, la aplicación del Derecho es el *prius* lógico y la formación de la *cosa juzgada* —entendiendo ahora la expresión *Rechtskraft* en sentido amplio, no sólo referida a las sentencias, sino a todas las normas de algún nivel o grado subordinado; véase Merkl, 1931: 291-292—, el *posterius*. Esto significa, al parecer, que —en algunas ocasiones y en virtud de la cosa juzgada— algunas normas *a priori* inválidas son *a posteriori* convalidadas.

En resumen, según Merkl: 1) las normas creadas sin autorización son inválidas (no son jurídicas), y 2) algunas de estas normas devienen jurídicas cuando adquieren valor de «cosa juzgada» (*Rechtskraft*). El Derecho aparece así distinto a los ojos del conocimiento jurídico que a los ojos de los órganos de aplicación —un artículo de Merkl citado en este trabajo lleva el elocuente título de «Das doppelte Rechtsantlitz» (1918a)—.

En mi opinión, el tratamiento de la cuestión que Merkl lleva a cabo es altamente sugerente, pero quedan —al menos— dos cuestiones por resolver: 1) la ciencia jurídica debe también dar cuenta de aquellas normas que, aunque han sido creadas sin autorización, se usan y aplican en una determinada sociedad, y 2) ¿cómo explicar adecuadamente el «milagro» (Merkl, 1918b: 311) por el cual el instituto de la cosa juzgada convierte lo inválido en válido?

Ahora bien, frente a Kelsen, Merkl parece ser consecuente con la concepción jerárquica del Derecho, al precio de no dar una explicación suficiente de las normas creadas de forma irregular.

Es curioso observar que, desde otro tipo de presupuestos filosóficos, G. H. von Wright (1963: 195 y sigs.) ha llegado a resultados semejantes a Merkl. Para Von Wright «la validez de una norma significa que una norma existe y

que además existe otra norma que permitió a la autoridad de la primera emitirla... La validez de una norma, en el sentido que ahora consideramos significa la legalidad del acto de emitir esta norma» y «una norma es inválida si la promulgación de esa norma le está prohibida a la autoridad que la promulgó... [La] invalidez de una norma significa la ilegalidad del acto de promulgar tal norma». Von Wright evita la circularidad (que atenaza la concepción de Kelsen, véase nota 4) afirmando que las últimas normas de la cadena de subordinación no son válidas ni inválidas (las denomina normas *soberanas*) y pertenecen al sistema por definición. De esta forma, la promulgación de una norma inválida (1963: 203) marca una retirada del sistema, es decir, las normas inválidas no pertenecen a la cadena de subordinación.

Sin embargo, según Von Wright, existe un supuesto en el cual una norma inválida de acuerdo a una determinada cadena de subordinación, puede originar una nueva cadena de normas: puede devenir una norma soberana. Se trata del supuesto de actos *revolucionarios* (Von Wright 1963: 201-202), esto es, de actos prohibidos por una norma válida, pero que consiguen disolver las relaciones normativas establecidas por la primera autoridad, y «si el usurpador triunfa en el sentido de que sus mandatos ilegales devienen efectivos» (1963: 202), entonces instituye una nueva cadena de subordinación: un nuevo orden jurídico (7).

Curiosamente tanto Merkl como Kelsen explicaban de forma semejante las rupturas de orden jurídico. Kelsen escribió (RR2: 218; véase también GTLS: 137-138):

Una revolución, en el sentido amplio de la palabra, que abarca también el golpe de Estado, es toda modificación no legítima de la Constitución —es decir, no efectuada conforme a las disposiciones constitucionales— o su reemplazo por otra. Visto desde un punto de vista jurídico, es indiferente que esa modificación de la situación jurídica se cumpla mediante un acto de fuerza dirigido contra un Gobierno legítimo o efectuado por miembros del mismo Gobierno; que se trate de un movimiento de masas populares o sea cumplido por un pequeño grupo de individuos. Lo decisivo es que la Constitución sea modificada de una manera o reemplazada enteramente por una nueva Constitución, que no se encuentra prescrita en la Constitución hasta entonces válida.

(7) Una valoración distinta de esta explicación de las rupturas en los órdenes jurídicos (de las «revoluciones jurídicas») en la obra de Von Wright puede verse en Moreso, 1991, y Navarro, 1990.

Y Merkl (1926: 246):

La eficacia adquirida por nuevas normas constitucionales sin observar las normas sobre la modificación constitucional contenidas en la Constitución precedente o incluso simplemente en ausencia de tales normas (que son las únicas por las que el nuevo contenido constitucional está formalmente conectado con la Constitución precedente) disuelve la unidad del ordenamiento estatal, rompe la estricta continuidad del Derecho estatal.

Tanto en el caso de Kelsen como en el de Merkl y Von Wright estas opiniones tienen difícil cabida en su concepción de las normas inválidas.

En el caso de Kelsen, parece que las disposiciones de reforma constitucional, contrariamente al resto de normas constitucionales de competencia, no tienen una forma alternativa y, por tanto, las normas constitucionales no dictadas de acuerdo a ellas no pueden extraer de ellas su validez. Es decir, Kelsen admite que hay normas inconstitucionales (no dictadas de acuerdo a las normas de reforma de la Constitución) y que, si devienen eficaces (8), estas normas inauguran un nuevo orden jurídico (producen la modificación de la norma básica, RR2: 219). Si Kelsen hubiera aplicado su tesis de las disposiciones alternativas a la cuestión de la reforma constitucional hubiera concluido que no pueden existir *revoluciones jurídicas*, puesto que cualquier cambio de la Constitución sería un cambio válido. Pero la tesis es dejada aquí de lado, y se acepta en este supuesto la existencia de normas inválidas que, si consiguen alcanzar eficacia, devienen válidas en el sentido que una nueva norma básica autoriza la realización de esos nuevos actos de creación normativa (véase también Weyland 1986: 257). En este sentido debe entenderse la afirmación de Kelsen de acuerdo a la cual «el principio de legitimidad está limitado por el principio de efectividad» (RR2: 219).

Merkl (1926: 235) se da cuenta del paralelismo existente entre las normas inválidas de rango inferior al constitucional y las normas constitucionales inválidas: «En sentido amplio, es un acto revolucionario todo acto de infracción del Derecho que se impone como Derecho, en sentido estricto sólo se considera revolución desde el punto de vista jurídico la sustitución de una Constitución por otra [sin seguir los mecanismos de reforma previstos por ella].» Cabe aquí preguntar por qué mientras la eficacia de las nuevas (e inválidas) normas constitucionales rompe el anterior orden jurídico e instaura uno nuevo no ocurre lo mismo con la eficacia de las normas irregulares de rango inferior al constitucional. Parece ser que tanto Merkl como Von Wright consideran que la unidad de un orden jurídico depende de la identidad de las

(8) En relación a la eficacia de las normas constitucionales en el pensamiento de Kelsen, véase Moreso-Navarro, 1991.

normas *soberanas* (las normas de la primera Constitución) y de la legalidad de los actos de creación y eliminación de normas. Si las normas soberanas dejan de «existir» (dejan de ser eficaces o bien se disuelven las relaciones normativas por ellas creadas) entonces se produce el cambio del orden jurídico. De esta forma, para Merkl (1926: 215), «a un Estado, en el sentido histórico-político corresponden, en determinadas circunstancias, una pluralidad de Estados en el sentido jurídico, los puntos de fractura de la continuidad jurídica y de la identidad estatal los individualizan las revoluciones».

En relación a este punto cabe referirse a una nueva dificultad (Hart, 1983: 318 y sigs.; Raz, 1970: 102 y sigs., y 1979: 127-129; Caracciolo, 1988b: 71-72). Hay casos en los que el mantenimiento de la identidad de unas normas soberanas y del criterio de legalidad en la creación de normas no son suficientes para argumentar la continuidad del Estado desde el punto de vista jurídico: es lo que ocurre en los casos de emancipación pacífica de un nuevo Estado. En estos supuestos, las normas que autorizan a los órganos de un nuevo Estado a dictar normas (incluso una nueva Constitución para el territorio de la ex colonia) son normas válidas de acuerdo a la Constitución originaria. Sin embargo, las autoridades del nuevo y del viejo Estado y sus destinatarios identifican un nuevo Estado y un nuevo orden jurídico, con lo cual parece que puede haber ruptura del orden jurídico con mantenimiento de las relaciones de legalidad y mantenimiento del orden jurídico con ruptura de las relaciones de legalidad (sin reforma constitucional, lo que Merkl llamaba revoluciones «en sentido amplio»). La ruptura de las relaciones de legalidad no parece ni condición necesaria ni suficiente de la aparición de un nuevo orden jurídico o de un nuevo Estado (en el sentido jurídico).

IV. VALIDEZ Y VIGENCIA DE LAS NORMAS

El problema de las normas «inválidas» está estrechamente conectado con la determinación de los criterios de identificación de normas pertenecientes a un determinado *corpus* (llamaré de esta forma a un conjunto de normas *jurídicas*). Para Kelsen, el principio dinámico (o criterio de legalidad) forma parte del criterio de identificación de las normas pertenecientes a un *corpus*. Reformularé este criterio con el fin de evitar los problemas de circularidad que subsisten (a pesar de la norma básica) en la concepción de Kelsen y prescindiré de otros aspectos del pensamiento de Kelsen (la eficacia, la coacción) para establecer dicho criterio:

Criterio de pertenencia a un «corpus» C (CPC):

- 1) Todas las normas de la Constitución originaria (las normas soberanas) pertenecen a C (son válidas).
- 2) Si una norma N perteneciente a C (válida) autoriza a un órgano x a promulgar la norma N' y x promulga N', entonces N' pertenece a C (es válida).
- 3) Si una norma N perteneciente a C (válida) autoriza a un órgano x a derogar la norma N' y x deroga N', entonces N' deja de pertenecer a C (es inválida a partir de ese momento).
- 4) Sólo pertenecen a C las normas creadas de acuerdo a 1) y 2), y sólo dejan de pertenecer a C las normas eliminadas de acuerdo a 3).

Si se toma este criterio de pertenencia a un *corpus* (CPC), entonces la conclusión de Merkl se impone: las normas inconstitucionales son inválidas (no pertenecen a C) y la solución de Kelsen, de acuerdo a la cual las cláusulas 2) y 3) autorizan a promulgar y derogar cualquier norma, vacía de contenido el criterio.

Algunos autores han tratado de mantener el criterio con algunas variaciones para hacer más adecuada la concepción kelseniana. Analizaré dos de estas posibilidades: a) la primera consiste en distinguir dos nociones de autorización: *autorización formal* y *autorización material* y exigir solamente la primera para la pertenencia de las normas, y b) la segunda consiste en distinguir entre *pertenencia* y *aplicabilidad* de las normas, afirmando que las normas inválidas no pertenecen aunque son aplicables.

a) S. Paulson (1980) ha sostenido que es posible distinguir entre *autorización formal* y *autorización material* (9). La idea parece discurrir de la siguiente manera: las normas de competencia autorizan a un órgano, mediante un procedimiento, a regular determinado contenido; la autorización formal se refiere sólo al órgano competente (y tal vez al procedimiento; esto no queda claro en la exposición de Paulson) y con esta autorización basta para considerar que una norma pertenece a un *corpus*. Que el contenido se adecúe o no a la norma de competencia sirve sólo para activar los mecanismos para eliminar esa norma o, en todo caso, para criticar esa norma como «inadecuada» (como un ejemplo de los *errata* jurídicos) (10).

(9) No voy a discutir hasta qué punto esta distinción refleja un punto de vista expresado por Kelsen de forma adecuada. Véase, al respecto, AS: 351 y sigs., y RR2: 161 y sigs., 201-202 y 243-245.

(10) Paulson expone como un caso claro de falta de autorización material (pero de norma del *corpus*, por autorización formal) la decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Korematsu v. United States* (1944), 323, U. S. 214, en el cual la Corte mantenía la constitucionalidad de la obligación de permanecer en un «área militar», en la costa Este de los

R. Caracciolo (1988b: 87; véase también 1988a: 65-66) mantiene una posición semejante (aunque sin referencia a Kelsen y al tratar de la identificación de las normas *judiciales*):

Considerar que *para* la identificación de una norma judicial basta la satisfacción de un requisito formal no significa excluir la importancia del contenido de las decisiones en la tarea de dar cuenta del funcionamiento del Derecho. Un tribunal de revisión puede dejar sin efecto una sentencia previamente reconocida usando como razón de la derogación el apartamiento de la decisión del contenido del Derecho vigente... Mientras que el criterio formal de validez, que se sustenta en el cumplimiento de la obligación de decidir, obra como condición suficiente de *identificación* de las normas judiciales, el criterio material, que apunta a la satisfacción de la obligación de fundamentar el contenido, es un instrumento de *crítica* de las decisiones.

De esta forma, las normas de competencia a las que se refieren las cláusulas 2) y 3) del CPC autorizan (formalmente) a un órgano determinado, y tal vez siguiendo un determinado procedimiento a regular cualquier materia, y si lo hacen, dicha regulación es una norma válida, aunque puede ser eliminada o, en todo caso, censurada si no se adecúa a los requerimientos sustantivos de la autorización material. Esta solución parece contar con dos virtudes en relación a la posición kelseniana tal y como aquí ha sido descrita: 1) por una parte, CPC sigue siendo un criterio adecuado para identificar las normas pertenecientes a un *corpus C*, y 2) por otra, este criterio no presupone la tesis de la cláusula alternativa tácita y da cuenta de la pertenencia al *corpus* de normas dictadas de forma irregular por lo que hace a la autorización material.

Sin embargo, siguiendo a Weyland (1986: 265-266, con referencia a las tesis de Paulson), la identificación de las normas válidas a través de la noción de autorización formal es claramente insuficiente y no da cuenta de problemas importantes. Debe recordarse que en el Derecho no sólo pueden revocarse decisiones en los que el órgano ha decidido de forma contraria a lo establecido en las normas generales aplicables (o se ha equivocado al establecer los hechos), sino también cuando el órgano ha actuado más allá de su jurisdicción: los problemas de competencia son importantes en el Derecho. Y también en

Estados Unidos, en el año 1942, de los ciudadanos (de nacionalidad americana, como Korematsu, o no) de ascendencia japonesa, contrariamente a una orden de evacuación sólo efectiva, al parecer, para ciudadanos que no tenían ascendencia japonesa. En realidad, la cuestión de los ciudadanos de ascendencia japonesa en la costa Este de Estados Unidos durante la Segunda Guerra Mundial fue grave puesto que unos 112.000 de ellos fueron confinados en *detention centres* por períodos de hasta cuatro años. Sin embargo, la Corte no tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la constitucionalidad de estos «internamientos».

este caso las normas del órgano inferior deben ser revocadas por otro órgano para considerarse anuladas. Como Hart (1961: 29-30) ha señalado, es importante distinguir entre ambos supuestos (lo que en Derecho inglés se conoce como *reversal* de una sentencia por desacuerdo con el Derecho aplicable o por problemas en relación con los hechos declarados probados y lo que se conoce como *quashing* por falta de jurisdicción), pero en ambos supuestos es necesaria la revocación para considerar la norma anulada. Con lo cual tampoco la clara determinación del órgano y del procedimiento en una norma habilitante sirven para identificar las normas válidas; es posible que normas dictadas por órganos incompetentes sean consideradas como normas del *corpus*.

En este sentido, Kelsen tenía razón: lo que vale para el contenido vale para el órgano y el procedimiento. Cuándo es necesaria la declaración de nulidad posterior a la emisión de una norma es una cosa dudosa, pero la duda no la resuelve la distinción entre autorización formal y material (11). ¿Es preciso apelar una sentencia dictada por un órgano competente y con el procedimiento adecuado si impone una pena de treinta años de cárcel a una persona por no saludar a otra (en el supuesto que ninguna norma del *corpus* impone esa sanción por esa conducta)?, ¿o más bien se considerará una decisión jurídicamente irrelevante como sería la dictada por un loco? Y, por otra parte, ¿debemos recurrir una decisión que puede ser (materialmente por el contenido) adecuada a Derecho, pero dictada por un órgano incompetente, que carece de jurisdicción? En el primer caso existe autorización formal, pero parece que ello no basta para identificarla como norma del *corpus*; en el segundo caso no existe autorización formal, aunque parece que basta para identificarla como norma del *corpus*.

En suma, la noción de autorización formal no permitiría identificar como normas del *corpus* determinadas normas «irregulares formalmente», y no daría cuenta en este punto de un buen número de normas «irregulares». Es por ello, como afirma Weyland (1986: 265), «que Kelsen aplica la teoría de las alternativas normativas a ambos tipos de autorización».

b) La segunda vía consiste en sostener que si bien las normas creadas sin autorización no son válidas de acuerdo al CPC, son «válidas» en el sentido

(11) Véase también Merkl (1927: 256-257): «Al definir... el acto vicioso como aquel que no corresponde, en todos sus extremos, a su regla de producción podemos concretar todavía esta definición diciendo que un acto vicioso es aquel que no corresponde a la totalidad de las condiciones formales y materiales. Y como se presume que el sentido de toda condición jurídica de un acto estatal es condición para el nacimiento de este acto, resulta que basta un solo defecto, esto es, que no se cumpla una sola condición del supuesto acto para que éste no se haya producido».

de que existe la obligación de aplicarlas. E. Bulygin (1967, 1982, 1991a) y J. W. Harris (1977, 1979: 87-88) sustentan este punto de vista.

Bulygin (1967: 173-174) y Harris (1977: 353) distinguen dos sentidos en que puede afirmarse que una norma es válida. Según el primer sentido, una norma es válida si y sólo si ha sido dictada por una autoridad competente (una autoridad normativa es competente para dictar una norma si y sólo si existe otra norma —superior— que permite dictar aquélla). Según el segundo sentido, una norma es válida (validez como obligatoriedad) si y sólo si las autoridades encargadas de su aplicación tienen el deber (prescrito por otra norma) de aplicarla (12).

Las normas inconstitucionales, por ejemplo, no son válidas (ni están autorizadas) en el primer sentido de la expresión validez, pero puede existir la obligación (impuesta por otra norma) de aplicarlas, y en el segundo sentido, son válidas.

Tampoco esta solución, según creo, consigue dar cuenta de todos los problemas planteados por las normas inválidas. En algunos sistemas jurídicos los jueces tienen la obligación de aplicar las leyes sólo si están de acuerdo con la Constitución. Sin embargo, es posible que apliquen también «leyes» que no están de acuerdo con la Constitución. Esas leyes no son válidas ni existe la obligación de aplicarlas; sin embargo, también debe darse cuenta de ellas para describir adecuadamente el derecho de una sociedad determinada (13).

(12) Bulygin (1967: 175-176) escribe: «En un primer sentido de «validez» (el de la concordancia con la norma superior, es decir, legalidad), una ley inconstitucional o una sentencia ilegal son claramente inválidas. Pero como tales normas son obligatorias y «obligatorio» es, para Kelsen, sinónimo de «válido», resulta que son válidas e inválidas a la vez. Si bien en realidad no hay contradicción alguna, pues la palabra «válido» tiene diferente significado en cada caso, Kelsen (que no advierte la ambigüedad) se ve constreñido a recurrir a un remedio dramático: para eliminar la aparente contradicción introduce su famosa cláusula alternativa tácita, mediante la cual otorga competencia a todos los órganos jurídicos para dictar normas con cualquier contenido».

Y Harris (1977: 353): «Si una prescripción es subsumible bajo una regla general de un sistema normativo en virtud de que la regla general condiciona la existencia de deberes a que la prescripción haya sido emitida, puede hablarse de que el órgano tiene autorización; pero ello no es inconsistente con afirmar que el sistema normativo en cuestión prohíbe el acto de prescribir ese contenido. Esta situación no es bien descrita por la doctrina de Kelsen de la autorización alternativa».

(13) En el Derecho español, como en muchos otros, los jueces no tienen autorización para dejar de aplicar las leyes contrarias a la Constitución (aunque pueden plantear una cuestión de constitucionalidad), pero sí tienen la obligación de controlar la legalidad de los reglamentos; es decir, un reglamento ilegal no es válido en el sentido de que no está autorizada su creación, y los jueces tienen la obligación de no aplicarlo. ¿Pero qué ocurre si lo aplican? ¿Cómo damos cuenta de este fenómeno? Y, por otra parte, la Administración —que aplica también los reglamentos— no tiene la autorización para no aplicarlos aunque sean ilegales.

La obligación de aplicar determinadas normas por parte de los órganos de aplicación es una obligación relativa a tipos de casos (según el momento temporal en el que ocurren, según si tienen elementos de extranjería, etc.) y a tipos de órganos (no obligan las mismas normas al Tribunal Constitucional que a los jueces y tribunales ordinarios, ni las mismas a éstos que a los órganos administrativos, etc.). Por tanto, sostener que existe obligación de aplicar las normas inválidas no resuelve el problema: hay ocasiones en que existe la obligación de aplicar algunas normas inválidas por algún órgano, pero no por otro órgano distinto y hay ocasiones en que no existe obligación de aplicar normas inválidas; pero a pesar de ello se aplican.

Sin embargo, la distinción entre validez (como legalidad) y obligatoriedad (como obligación de aplicar una norma) es importante y permite explicar, según creo, la función de instituciones jurídicas como la «cosa juzgada». No se trata de que por un «milagro» (como Merkl se cuestionaba) la cosa juzgada convierta normas inválidas en normas válidas. Las normas inválidas (en el sentido de creadas de forma irregular) lo siguen siendo digan lo que digan los tribunales. Ahora bien, una vez una sentencia adquiere el valor de cosa juzgada es, en virtud de normas, una norma de obligatoria aplicación para determinados órganos (por ejemplo, órganos de ejecución). En este punto, según creo, Bulygin y Harris llevan razón: no hay contradicción en sostener que una norma es inválida y a la vez afirmar que determinado órgano tiene la obligación de aplicarla. Las normas que establecen la cosa juzgada no son normas que autorizan a crear normas «inválidas» y que, una vez creadas, les atribuyan validez; son normas que establecen determinadas obligaciones sobre determinados órganos. Como Hart (1961: 138-144) sostiene con agudeza, es preciso distinguir entre la definitividad de una decisión y su infalibilidad: una decisión con valor de cosa juzgada es definitiva, en el sentido de que en el Derecho no existen mecanismos para revocarla, pero no es infalible: puede ser perfectamente inválida.

Tal vez los problemas que acechan a todos estos intentos provengan de que los CPC propuestos todos son parasitarios de lo que establezcan determinadas normas. Una norma pertenece a un *corpus C* si existe otra norma que autoriza (formal o materialmente) su creación. Una norma es obligatoria (y, en este nuevo sentido, pertenece a un *corpus C*) si existe otra norma que impone a un órgano la obligación de aplicarla. Necesitamos, para describir adecuadamente el derecho de una sociedad, un criterio que no sea parasitario de normas de ese derecho, un criterio externo.

Este criterio puede ser el de «normas en vigor» o «normas vigentes». Antes de continuar es preciso hacer la siguiente advertencia: esta noción no se identifica con la noción de «estar en vigor, según el Derecho», no es una

noción dependiente de lo que otras normas establecen para la entrada en vigor de las normas (a los veinte días de su publicación, etc.), puesto que esta noción es otra vez interna: dependiente de normas (14).

Llamaré a este nuevo criterio de pertenencia de normas a un *corpus C* (CPC'):

Una norma N pertenece al *corpus C* de la sociedad S si, y sólo si, es *vigente* en la sociedad S. Una norma es *vigente* en la sociedad S si, y sólo si, ha sido promulgada con éxito y no ha sido eliminada con éxito.

Es difícil contestar a la pregunta de cómo se promulgan con éxito normas jurídicas en una sociedad S. Al parecer, normalmente sólo aquellos órganos de los que existe la *creencia* de que tienen autorización para dictar normas, según el Derecho, o hacia los que se tenga la actitud de disposición a obedecerles, pueden promulgar *con éxito* normas o eliminarlas *con éxito*. Sin embargo, creer que el órgano *x* es una autoridad según el Derecho no significa que *x* lo sea, y tener una actitud dispuesta a obedecer a una autoridad, tal vez sea suficiente para calificarla como autoridad *de facto*, pero sin duda es insuficiente para calificarla como autoridad *de iure*. El valor de verdad del enunciado «N es una norma jurídica vigente en la sociedad S» no depende de lo que digan otras normas jurídicas, sino que depende de una multitud de hechos sociales complejos, entre los cuales las creencias de los individuos tienen un lugar importante (15).

Obviamente que esta noción de *corpus* de normas jurídicas no permite

(14) Esta noción, a mi juicio, es parasitaria de la noción de aplicabilidad: una norma N está en vigor, según el Derecho, si y sólo si exista otra norma N' que obliga a determinados órganos de aplicación a usarla para aplicar el Derecho.

(15) La obra de Ross (1958: 29 y sigs.; 1968: 78 y sigs.) presenta una interesante vía de reconstrucción de esta noción de vigencia. Bulygin (1963 y 1967) ha presentado esta noción de Ross afirmando que la vigencia es una propiedad disposicional: una norma N es vigente cuando hay buenas razones para afirmar que la norma será aplicada en el caso en que se den las condiciones para su aplicación.

También Hart (1961: 107) presenta su tesis al respecto de la existencia de un «sistema jurídico» como dependiente de lo que denomina la *regla de reconocimiento* que existe sólo como una práctica compleja de los tribunales, los órganos administrativos y las personas privadas de identificación del Derecho. Su existencia es una materia de hecho. (En Ruiz Miguel 1988: 147-154, se encuentran algunas sugerencias interesantes para relacionar el problema que nos ocupa con la regla de reconocimiento.)

Ross mismo se ha ocupado (1961: 25-32) de señalar las posibles ambigüedades que la versión inglesa de *Sobre el Derecho y la Justicia* podía conllevar al usar la expresión *valid* como traducción de la expresión danesa *goeldende*. La expresión *goeldende* hace referencia a una noción, dice Ross, externa: «El enunciado no es un juicio jurídico, sino una aserción fáctica que se refiere a un conjunto de hechos sociales».

establecer una estructura entre las normas. Un *corpus* se parece más en este caso a una caja donde se consigue introducir y sacar normas (16). Un *corpus* es un conjunto de normas entre las que no se presupone que haya ninguna relación (un *corpus* no es necesariamente un sistema).

Esta idea puede servirnos para mostrar que Kelsen perseguía con su concepción objetivos incompatibles (Weyland 1986: 249). Por una parte, pretendía identificar el Derecho con un criterio semejante a CPC y, por otra, pretendía dar cuenta de las normas vigentes en una sociedad S. El defecto de su concepción consiste, según creo, en pensar que un mismo criterio puede dar cuenta de ambos aspectos. El doble rostro del Derecho, al que se refería Merkl (véase también Guibourg, 1986: 72-77), es fruto del uso de dos criterios de identificación del Derecho: CPC, que identifica un conjunto de normas válidas, y CPC', que identifica un conjunto de normas vigentes.

Una solución muy semejante es propuesta por Weyland (1986: 268) (17):

Una vez se admite que el concepto de Kelsen de sistema jurídico no puede dar cuenta de todo lo que tiene la apariencia de ser válido, las normas que no satisfacen las condiciones de validez de Kelsen y que tienen, sin embargo, efectos jurídicos, deben ser consideradas parte de una noción más amplia de Derecho positivo y debe usarse un término diferente para describirlas. Yo propongo llamarlas «normas en vigor» [*norms in force*] y definirlas como normas que ...han sido promulgadas por individuos que parece que actúan como órganos jurídicos competentes aunque no cumplan con los requisitos establecidos por una o más de las normas que regulan su conducta.

V. MUNDOS JURIDICOS OPTIMOS

Podemos tomar la situación S, en la que se crea una Constitución originaria (un conjunto de normas soberanas) como un punto de partida. Los mundos posibles a partir de S se dividen en un amplio (tal vez infinito) abanico. Llamaré mundo jurídico óptimo (MJO) a aquel mundo posible en el cual

(16) Recientemente C. E. Alchourrón (1991) ha escrito: «Cuando una autoridad usa un enunciado deóntico prescriptivamente para normar una acción su actividad es como la de *poner algo en una caja*. Cuando α , o algún otro usa el enunciado deóntico descriptivamente, su actividad es como la de *realizar un dibujo de α poniendo algo en una caja*... Promulgar una norma es como poner algo en una caja. Es una forma de crear algo, de construir una parte de la realidad...»

(17) Véase también, con referencia a Kelsen, Amselek (1978: 15 y 1981: 473) y Bulygin (1967: 174). Y una distinción entre «norma válida» y «norma vigente» en el sentido aquí propuesto en: Von Wright, 1963: 195-196, 1983:72; Hoerster, 1983: 585-596; Kliemt, 1986: 193-195; Ferrajoli, 1989: 355 y sigs., y Moreso-Navarro, 1992.

todas las autoridades que crean normas (con apariencia de normas jurídicas) lo hacen en virtud de una norma previa que les autoriza a ello (18).

Esta idea permite establecer una jerarquía entre los mundos jurídicos posibles. La jerarquía viene determinada por el criterio *dinámico* (o criterio de legalidad). Un mundo en donde todos los actos de creación de leyes *vigentes* son actos válidos (en el sentido de que existe una norma válida que los autoriza), y todos los actos de derogación de leyes *vigentes* son actos válidos (o autorizados) es el mundo jurídico óptimo (19). Cuanto más normas vigentes pero inválidas se promulgan (o cuanto más normas válidas se derogan por actos de eliminación con éxito pero no autorizados: por disposiciones derogatorias vigentes, pero inválidas) más defectuoso es el mundo jurídico en cuestión.

En MJO, el poder legislativo sólo dicta leyes de acuerdo a la Constitución; el Poder ejecutivo sólo dicta reglamentos autorizados por las leyes (prescindamos aquí de los llamados reglamentos independientes), y el Poder judicial (o la Administración) sólo dicta sentencias (o resoluciones administrativas) de acuerdo y conforme a las normas válidas. En MJO no hacen falta mecanismos como el control de constitucionalidad o la apelación de sentencias.

MJO es claramente un mundo ideal. Un mundo que encarna algunos aspectos del ideal del «Estado de Derecho», del ideal de ser gobernados por leyes y no por hombres (20).

Desgraciadamente nuestros mundos jurídicos reales no suelen ser mundos como MJO. La realidad nos enseña que, a pesar del ideal, las leyes las hacen los hombres. Instituciones como el control de constitucionalidad pueden entenderse precisamente como intentos de convertir un mundo jurídico no óptimo (o defectuoso MJD) en un MJO. Sin embargo, estos mecanismos son, a su vez, susceptibles de fallar y, por tanto, vale la pena ver las posibilidades en

(18) En realidad, MJO es el nombre de una *clase* de mundos jurídicos óptimos, puesto que a partir de S pueden producirse no un solo mundo, sino muchos mundos respetando el criterio de legalidad.

(19) Aunque la idea de mundo jurídico óptimo tal vez lleve a pensar en algún criterio axiológico de carácter sustantivo, debe quedar claro que la jerarquía entre mundos es sólo deudora del criterio de legalidad —un MJO puede ser muy defectuoso desde algún otro criterio valorativo.

(20) En Paulson, 1980: 183-188 se imagina un diálogo entre un teórico kelseniano y un representante del realismo jurídico. En un momento, el teórico kelseniano expone la concepción del mundo jurídico óptimo: «Imagina, por ejemplo, un mundo jurídico ideal, un mundo en el cual no se plantea ninguna cuestión de adecuación entre los actos del legislador y las normas de autorización material. El legislador es, digamos, a la vez omnisciente y profundamente respetuoso del criterio de legalidad (*the Rule of Law*). Sabe qué puede y qué no puede hacer en los límites fijados por la autorización material y, lo que es más importante, tiene toda la intención de permanecer dentro de esos límites».

las que nos encontramos con una institución como el control de constitucionalidad. En primer lugar, asignaremos los valores +/- (validez o constitucionalidad/invalidéz o inconstitucionalidad) a las normas que pretenden el rango de ley, y veremos que ocurre bajo la posibilidad de que se active (+) o no (-) un mecanismo de control. En el caso de que se active, analizaremos que ocurre según el mecanismo acabe con una declaración de constitucionalidad (+) o de inconstitucionalidad (-).

	<i>Validez de las normas</i>	<i>Procedimiento de control</i>
1)	+	+
2)	+	-
3)	-	+
4)	-	-

Los casos 1) y 3), en los cuales el mecanismo de control se activa, serán analizados después. El caso 2) es un caso en el que se ha creado una norma de acuerdo a la Constitución y no se ha iniciado ningún mecanismo de control: estamos en una situación de MJO y seguiremos en ella. En el caso 4), en cambio, estamos en un MJD, y al no activarse ningún procedimiento de control, seguiremos irremediamente en él. Este caso muestra la primera limitación de los mecanismos de control: si no se activan y la situación es la de un mundo jurídico defectuoso seguimos irremediamente en él.

Analicemos ahora los casos 1) y 3) según cuál sea el resultado que se obtiene después de realizado el control:

	<i>Validez de las normas</i>	<i>Procedimiento de control</i>	<i>Resultado</i>
1a)	+	+	+
1b)	+	+	-
3a)	-	+	+
3b)	-	+	-

El caso 1a) es un supuesto en el que para una norma de acuerdo con la Constitución se inicia un procedimiento de control y el resultado que se obtiene es la declaración de constitucionalidad. En este supuesto partíamos de un MJO y llegamos a un MJO (el procedimiento de control era innecesario).

El caso 1b) es un supuesto en el que para una norma de acuerdo con la Constitución se inicia un procedimiento de control que termina con la declaración de inconstitucionalidad. En este caso nuestro procedimiento produce

un efecto perverso: a pesar de que el órgano sólo es competente para declarar inconstitucionales las normas que no están de acuerdo con la Constitución, aquí ha declarado inconstitucional una norma que está de acuerdo con la Constitución. Hemos pasado de un MJO a un MJD (este MJD tiene una norma en vigor menos que el MJO que le corresponde y, desde otro punto de vista, la norma contenida en la sentencia —una norma irregular— convierte también un MJO en un MJD).

El caso 3a) es un supuesto en el que tenemos una norma inconstitucional, se activa el control y se obtiene como resultado la declaración de constitucionalidad. En 3a) el mecanismo de control fracasa y seguimos en un MJD.

El caso 3b) es un supuesto en el que partimos de una norma inconstitucional, activamos el control y obtenemos una declaración de inconstitucional. En 3b) el control tiene éxito y hemos restablecido un MJO a partir de un MJD (21).

La concepción jerárquica del Derecho (entendiendo por jerarquía la establecida por el criterio de legalidad) es, desde el punto de vista expuesto, una concepción que pretende preservar mundos jurídicos óptimos. La concepción de Kelsen, sin embargo, hace a cualquier mundo jurídico un MJO por definición (22), con el coste de sacrificar el criterio de legalidad y convertirlo en un expediente inútil: si cualquier norma puede derivar su validez de la Constitución, no es la Constitución la que nos permite identificar las normas válidas, sino algún otro criterio nunca especificado por Kelsen. La concepción de Merkl sostiene que sólo son jurídicos los MJO (y tal vez los MJD, una vez que fracasan los mecanismos de control, en virtud de la cosa juzgada).

La concepción expuesta en el apartado IV permite preservar la concepción jerárquica del Derecho como explicitación de un MJO (de un ideal) y dar

(21) Si la norma en cuestión ha estado en vigor en algún momento de la historia del orden jurídico surgido de la Constitución en la situación originaria, este mundo siempre será más defectuoso que el mundo correspondiente en el que esta norma nunca ha estado en vigor. Desde este punto de vista, el recurso previo de inconstitucionalidad (mecanismo de control existente en España durante los primeros años de funcionamiento del Tribunal Constitucional posteriores a la Constitución de 1978, más tarde suprimido) y el control de constitucionalidad previo del *Conseil Constitutionnel* en la Constitución francesa de 1958, son instrumentos más útiles para preservar los MJO: impiden, si logran su propósito, que entren en vigor normas irregulares.

(22) En algunos trabajos anteriores a la primera edición de la *Teoría pura*, Kelsen comparaba los intentos de la teoría jurídica de hacer compatible la existencia de normas y actos irregulares en el Derecho (imputables al Estado) con la teodicea, con la vieja polémica teológica de hacer compatible la existencia de un Dios omnisciente, omnipotente y bondadoso con la presencia del mal en el mundo (véanse US: 972, y GUS: 190). La solución de Kelsen en este punto, si seguimos con el símil, no está lejana a la de la teodicea de Leibniz: nuestro mundo jurídico real es el mejor de los mundos jurídicos posibles.

cuenta a la vez de la existencia de mundos jurídicos defectuosos. Para describir el mundo jurídico de la realidad (el *corpus C* vigente en una sociedad S) es preciso usar el criterio de la vigencia. El criterio de la validez es preciso, en cambio, reservarlo para la evaluación y crítica de este *corpus*, según sea su adecuación a su correspondiente mundo jurídico óptimo.

APENDICE:

SOBRE EL VALOR DE LAS DECLARACIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD

Me ocuparé, finalmente, de dos cuestiones: del valor declarativo o constitutivo de las declaraciones de inconstitucionalidad y de la distinción entre declaración de inconstitucionalidad y derogación.

A menudo se dice que la declaración de inconstitucionalidad tiene como consecuencia la expulsión de una norma del ordenamiento jurídico. En este sentido, la declaración *constituye* la no pertenencia de una norma. Sin embargo, el Tribunal Constitucional sólo tiene competencia para declarar inconstitucional la norma que no está de acuerdo con la Constitución. De esta forma, la sentencia *declara* la validez o invalidez de una norma. Hasta tal punto somos conscientes de ello, que a veces las resoluciones del Tribunal son criticadas; criticadas porque, cabe suponer, *erró* en su declaración. Nadie puede errar al constituir algo (es esta una cuestión íntimamente relacionada con el análisis de la filosofía del lenguaje de los actos realizativos —véase Austin, 1962: 53 y sigs.—), nadie yerra cuando promete o bautiza u otorga testamento: puede fracasar y «no conseguir» realizar una promesa, un bautizo o un testamento. En cambio, puede errarse al decir que una norma está o no de acuerdo con otra (23).

Otra vez es preciso distinguir aquí entre normas *en vigor* y normas *válidas*. El Tribunal *constituye* la eliminación del vigor de la norma (siempre que el Tribunal tenga la «capacidad» de eliminar normas de manera exitosa), pero el Tribunal *declara* la validez o invalidez de la norma y, en este segundo sentido, puede equivocarse: si se equivoca no restituye el MJO.

En resumen: las sentencias de un Tribunal Constitucional tiene valor

(23) Obviamente que hay muchos *hard cases* y que la mayoría de 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. Pero esta es una cuestión de la que no quiero ocuparme aquí: la hipótesis de los MJOs presupone la capacidad de asignar significados precisos a las formulaciones normativas.

declarativo en lo que respecta a la validez de las normas, pero tienen valor constitutivo en lo que respecta a su vigor o, mejor, al cese de su vigor (24).

Respecto a la cuestión de la distinción entre la noción de derogación y la noción de declaración de inconstitucionalidad también se plantean algunas cuestiones (véase Guastini, 1991: 96-97). Se acostumbra a decir que ambas nociones conllevan el cese de la pertenencia de una norma a un determinado conjunto de normas («deja de estar en vigor», «se expulsa del ordenamiento», etcétera). Y en este sentido parecen nociones muy cercanas. Sin embargo, a veces las normas derogadas son aplicables —es decir, hay una norma que obliga a los órganos de aplicación a aplicarlas— (por ejemplo, a casos ocurridos durante la pertenencia de la norma) mientras las normas declaradas inconstitucionales, habitualmente se dice, no son más aplicables. Por otra parte, se ha planteado (25) la posibilidad de que una norma ya derogada sea declarada inconstitucional, con lo cual —al menos en este caso— la declaración de inconstitucionalidad no puede significar lo mismo que la derogación.

En mi opinión, es preciso distinguir entre eliminación de la pertenencia y cese de la aplicabilidad. Mientras la derogación, si tiene éxito, siempre conlleva eliminación de la pertenencia, el cese de la aplicabilidad depende de otras consideraciones (a veces cesa de ser aplicable para todos los casos, a veces sólo para los casos que ocurran en el futuro, etc.). En cambio, la declaración de inconstitucionalidad —si produce efectos *ex tunc*— siempre conlleva cese de la aplicabilidad (a cualquier caso que se plantee en el futuro, haya ocurrido o no con anterioridad a la declaración de inconstitucionalidad), pero sólo produce la eliminación de la pertenencia en los supuestos en que la norma en cuestión todavía pertenece a un conjunto de normas (no se puede eliminar del *corpus* una norma que ya no pertenece a él). Entre eliminación y cese de la aplicabilidad, por tanto, se pueden dar las siguientes relaciones:

(24) Una consideración muy semejante a ésta se halla en Guastini 1992a: 235. Sin embargo, Guastini (1992b:200-201), en un trabajo dedicado a las normas irregulares, sostiene que en los sistemas de control de constitucionalidad *a posteriori* la declaración de que una norma es constitucional «constituye» su validez para siempre, otorgando así valor *constitutivo* sobre la validez a determinadas sentencias de un Tribunal Constitucional. Como he tratado de mostrar, también en este caso el Tribunal puede declarar constitucional (válida) una norma que no lo es. Su declaración será definitiva, pero no infalible.

(25) Véase STC 60/1986, de 20 de mayo; Pibernat, 1987, y Díez Picazo, 1990: 260 y sigs. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional español declara inconstitucional una norma que, en el momento del pronunciamiento del Tribunal, ya había sido derogada (en otras sentencias, el mismo Tribunal reconoce la distinción entre los efectos del mecanismo de la derogación y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad: véase STC 14/1981, de 29 de abril, y STC 140/1986, de 11 de noviembre).

	<i>Eliminación</i>	<i>Cese de la aplicabilidad</i>
1)	+	+
2)	+	-
3)	-	+
4)	-	-

Un ejemplo del supuesto 1) es la declaración de inconstitucionalidad (con efectos *ex tunc*) de una norma en vigor: la norma deja de pertenecer (si ha sido eliminada con éxito) y cesa de ser aplicable, como efecto atribuido a la declaración (26).

Un ejemplo del supuesto 2) es la derogación ordinaria de una norma. La norma deja de pertenecer al *corpus*, deja de estar en vigor, pero puede seguir siendo aplicable a supuestos ocurridos durante la vigencia de la norma en virtud de otra norma que así lo establece (27).

Un ejemplo del supuesto 3) es el anteriormente comentado de una declaración de inconstitucionalidad de una norma ya derogada. En este supuesto la declaración no elimina la pertenencia puesto que la norma ya no pertenece al *corpus*, sino que hace cesar la aplicabilidad de la norma. En virtud de la declaración, una norma que —aunque ya no pertenecía al *corpus*— era aplicable a casos ocurridos durante su vigencia, deja de ser aplicable para cualquier caso (deja de producir lo que los juristas suelen denominar «efectos jurídicos»).

En cambio no existen supuestos del caso 4), puesto que una Disposición

(26) Esta consideración, como las siguientes, vale para los sistemas de control de constitucionalidad concentrado, como el español, en los cuales la declaración de inconstitucionalidad produce efectos *erga omnes* y tiene como consecuencia la llamada «expulsión del ordenamiento» de la norma. En los sistemas de control difuso sería preciso hacer algunas salvedades, puesto que en dichos sistemas no es claro que la declaración de un tribunal produzca la expulsión de la norma del ordenamiento, sino solamente —si es un Tribunal Supremo— la obligación de inaplicarla.

(27) Tal vez por no aceptar esta distinción, Guastini sostuvo que la derogación no elimina la pertenencia de una norma a un sistema jurídico. Una de las razones que presenta para esta conclusión es que la pertenencia es condición necesaria de aplicabilidad (Guastini, 1987a: 15-16). Pero, como señalan Jori, 1987; Luzzati, 1987, y Pollastro, 1987, y reconoce el mismo Guastini, 1987b: 100-101, la pertenencia no es condición necesaria de aplicabilidad (a veces, en virtud de una norma de un *corpus* C a un determinado supuesto son aplicables normas de otro *corpus* —así ocurre cuando una norma de conflicto, en los casos regulados por el Derecho internacional privado, obliga a los jueces a aplicar normas de otros ordenamientos—) ni tampoco es condición suficiente: una norma puede pertenecer a un *corpus* C y no ser aplicable a determinados supuestos, por ejemplo, porque esa norma está en el llamado período de *vacatio legis*.

derogatoria que no consiga eliminar una norma o una declaración de inconstitucionalidad que no consiga el cese de la aplicabilidad, es un acto que no consigue tener éxito, y en este sentido es un acto cuyo resultado no es una norma vigente (aunque, eventualmente, pudiera ser una norma válida).

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

A) OBRAS CITADAS DE HANS KELSEN

- US: «Über Staatsunrecht», *Grünhutsche Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, 40 (1914), 1-114 [reeditado en H. Klecatsky, R. Marcic, H. Schambeck (Hrsg.): *Die Wiener Rechtstheroretische Schule*, Wien, Europa Verlag, 1968, págs. 957-1057, por donde se cita].
- GUS: «Gott und Staat», *Logos*, 11 (1922-23), 261-284 [reeditado en H. Klecatsky, R. Marcic, H. Schambeck (Hrsg.): *Die Wiener Rechtstheroretische Schule*, Wien, Europa Verlag, 1968, págs. 171-195, por donde se cita].
- AS: *Allgemeine Staatslehre*, Berlín, Julius Springer, 1925 (traducción de Luis Legaz y Lacambra: *Teoría general del Estado*, México, Editora Nacional, 1979, por donde se cita).
- RR1: *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig-Wien, Franz Deuticke, 1934 (sin indicación de traductor: *La teoría pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del Derecho*, México, Editora Nacional, por donde se cita).
- GTLS: *General Theory of Law and State*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1945 (trad. de Eduardo García Máynez: *Teoría general del Derecho y del Estado*, México, UNAM, 1979, por donde se cita).
- TPD: *Théorie pure du Droit. Introduction à la science du droit*, Neuchâtel, Editions de la Baconnière, 1953 (traducción de Moisés Nilve: *Teoría pura del Derecho. Introducción a la ciencia del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1977, por donde se cita).
- RR2: *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*, Wien, Franz Deuticke, 1960 (traducción de Roberto Vernengo: *Teoría pura del Derecho*, México, UNAM, 1979, por donde se cita).
- NLD: *The Natural-Law Doctrine Before the Tribunal of Science* [1948], en *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*, Berkeley University of California Press, 1971, págs. 137-174, por donde se cita (existe traducción castellana de Albert Calsamiglia: *La doctrina del Derecho natural ante el Tribunal de la Ciencia*, en *¿Qué es Justicia?*, Barcelona, Ariel, 1991, 2.ª edición).
- DER: *Derogation* [1962], en *Essays in Legal and Moral Philosophy*, ed. O. Weinberger, translated by P. Heath, Dordrecht-Boston, D. Reidel, 1973, 261-275.
- LL: *Law and Logic* [1965], en *Essays in Legal and Moral Philosophy*, ed. O. Weinberger, translated by P. Heath, Dordrecht-Boston, D. Reidel, 1973, 228-251, por

donde se cita (existe trad. castellana: *Derecho y Lógica*, trad. de U. Schmill y J. Castro, México, UNAM, 1978).

ATN: *Allgemeine Theorie der Normen*, eds. K. Ringhofer/R. Walter, Wien, Manzsche Verlags-und Universitäts-buchhandlung, 1979, por donde se cita (existe trad. italiana: *Teoria generale delle norme*, ed. Mario G. Losano, trad. M. Torre, Turín, Einaudi, 1985, y trad. inglesa: *General Theory of Norms*, trad. M. Hartney, Oxford, Oxford University Press, 1991).

B) OTRAS OBRAS CITADAS

- ALCHOURRON, Carlos E. (1991): *Philosophical Foundations of Deontic Logic and the Logic of Conditionals*, versión modificada del texto presentado en Amsterdam en diciembre de 1991 a las sesiones de Deon '91 organizadas por la Vrije Universitet.
- ALCHOURRON, Carlos E./BULYGIN, Eugenio (1971): *Normative Systems*, Wien-New York, Springer, por donde se cita (existe versión castellana de los autores: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1975).
- (1979): *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Valencia (Venezuela), Universidad de Carabobo.
- AMSELEK, Paul (1978): «Réflexions critiques autour de la conception kelsénienne de l'ordre juridique», *Revue de Droit Public*, 94, 5-19.
- (1981): «Kelsen et les contradictions du positivisme juridique», *Revue Internationale de Philosophie*, 138, 460-473.
- AUSTIN, J. L. (1962): *How to Do Things with Words*, Oxford, Oxford University Press (existe trad. castellana: *Cómo hacer cosas con palabras*, trad. de G. R. Carrió y E. A. Rabossi, Barcelona, Paidós, 1982).
- BULYGIN, Eugenio (1963): «El concepto de vigencia en Alf Ross», *Revista del Colegio de Abogados de la Plata*, 1-16 (ahora, en C. ALCHOURRÓN/E. BULYGIN: *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 339-353).
- (1967): «Sentenzia giudiziaria e creazione di diritto», *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, 44, 164-180.
- (1982): *Time and Validity*, en A. A. MARTINO (ed.): *Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems*, Amsterdam, North-Holland Publishing Company, 65-81.
- (1990): «An Antinomy in Kelsen's Legal Theory», *Ratio Juris*, 3, 29-45.
- (1991a): «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos», *Doxa*, 9, 257-280.
- (1991b): *Sobre las normas de competencia*, en C. E. ALCHOURRÓN/E. BULYGIN: *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 485-499.
- CALSAMIGLIA, Albert (1977): *Kelsen y la ciencia jurídica*, Barcelona, Ariel.
- CARACCILO, Ricardo (1988a): «Justificación normativa y pertenencia. Modelos de decisión judicial», *Análisis filosófico*, 8/1, 37-67.
- (1988b): *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

- DÍEZ PICAZO, Luis (1990): *La derogación de las leyes*, Madrid, Civitas.
- FERRAJOLI, Luigi (1989): *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza.
- GRAY, John Chipman (1909): *The Nature and Sources of Law*, Gloucester, Mass., Peter Smith, 1972 (por donde se cita).
- GUASTINI, Riccardo (1987a): *In tema di abrogazione*, en C. LUZZATI (dir.): *L'abrogazione delle leggi. Un dibattito analitico*, Milán, Giuffrè, 3-32.
- (1987b): *Replica*, en C. LUZZATI (dir.): *L'abrogazione delle leggi. Un dibattito analitico*, Milán, Giuffrè, 97-113.
- (1991): *Quindici lezioni di diritto costituzionale*, Turín, Giappichelli.
- (1992a): *Dalle fonti alle norme*, Turín, Giappichelli.
- (1992b): *L'illegittimità delle disposizioni e delle norme*, en R. GUASTINI/P. COM-MANDUCCI (dirs.): *Analisi e Diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Turín, Giappichelli, 175-202.
- GUIBOURG, Ricardo A. (1986): *Derecho, sistema y realidad*, Buenos Aires, Astrea.
- HARRIS, J. W. (1977): «Kelsen's Concept of Authority», *Cambridge Law Journal*, 36, 353-363.
- (1979): *Law and Legal Science*, Oxford, Oxford University Press.
- (1986): *Kelsen and Normative Consistency*, en R. TUR/W. TWINING (eds.), *Essays on Kelsen*, Oxford, Oxford University Press, 201-228.
- HART, H. L. A. (1961): *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, por donde se cita (existe trad. castellana: *El concepto de Derecho*, trad. G. R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1968).
- (1983): *Kelsen's Doctrine of the Unity of Law [1968]*, en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 309-342.
- HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael (1984): *El Derecho como dogma*, Madrid, Tecnos.
- (1986): *Historia de la Filosofía del derecho contemporánea*, Madrid, Tecnos.
- HOERSTER, Norbert (1983): «Wirksamkeit», «Geltung» und «Gültigkeit» von Normen. *Ein empiritischer Definitionsvorschlag*, en D. MAYER-MALY/P. M. SIMONS (Hrsg.), *Das Naturrechtsdenken heute und morgen. Gedächtnisschrift für René Marcic*, Berlín, Duncker & Humblot, 585-596.
- JORI, Mario (1987): *Abrogazione, validità, atti linguistici*, en C. LUZZATI (dir.): *L'abrogazione delle leggi. Un dibattito analitico*, Milán, Giuffrè, 47-64.
- KLIEMT, Harmut (1986): *Las instituciones morales*, trad. castellana de J.M. Seña, Barcelona, Alfa.
- LUZZATI, Claudio (1987): *Abrogazione e indeterminatezza dell'ordinamento giuridico*, en C. LUZZATI (dir.): *L'abrogazione delle leggi. Un dibattito analitico*, Milán, Giuffrè, 65-76.
- (1991): *Dinamicità e certezza del diritto in Kelsen*, en L. GIANFORMAGGIO (dir.), *Sistemi normativi statici e dinamici. Analisi di una tipologia kelseniana*, Turín, Giappichelli, 165-202.
- MAHER, G. (1981): «Customs and Constitutions», *Oxford Journal of Legal Studies*, 1, 167-176.

- MERKL, Adolf J. (1918a): «Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechts», *Juristische Blätter*, 47, 425-427, 444-447, 463-465 (existe trad. italiana: *Il duplice volto del diritto*, en *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniani e altri saggi*, trad. C. Geraci, Milán, Giuffrè, 1987, 99-128, por donde se cita).
- (1918b): «Das Recht im Lichte seiner Anwendung», *Deutsche Richterzeitung*, 37, 3-42 (existe trad. italiana *Il Diritto dal punto de vista applicativo*, en *Il duplice volto...*, cit., 281-324, por donde se cita).
- (1919): «Zum Problem der Rechtskraft in Justiz und Verwaltung», *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1, 456-467 (existe trad. italiana: *Il problema del giudicato nella giurisdizione e nell'amministrazione*, en *Il duplice volto...*, cit., 325-340, por donde se cita).
- (1925): «Justizirrtum und Rechtswahrheit», *Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft*, 45, 452-465 (existe trad. italiana: *Errore giudiziario e verità legale*, en *Il duplice volto ...*, cit., 341-359, por donde se cita).
- (1926): «Das Problem der Rechtskontinuität und die Forderung des einheitlichen rechtlichen Weltbildes», en *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 5, 497-527 (existe trad. italiana: *Il problema della continuità giuridica e l'esigenza di un quadro giuridico mondiale unitario*, en *Il duplice volto...*, cit., 211-254, por donde se cita).
- (1927): *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien- Berlin: Julius Springer (existe trad. castellana: *Teoría general del Derecho administrativo*, México, Editora Nacional, 1980, por donde se cita).
- (1931): *Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues*, en *Gesellschaft, Staat und Recht. Festschrift Hans Kelsen zum 50. Geburtstag gewidmet*, Wien, Springer, 252-294 (reedición Liechtenstein, Topos, 1983, por donde se cita).
- MORESO, José Juan (1991): «Disposiciones de reforma constitucional», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 10, 201-222.
- MORESO, José Juan/NAVARRO, Pablo (1991): «Eficacia y Constitución: Algunas reflexiones acerca de "La teoría pura del Derecho"», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 10, 49-58.
- (1993): «Some Remarks on the Notions of Legal Order and Legal System», *Ratio Juris*, 6, 48-63.
- NAVARRO, Pablo E.: «La validez de las normas en "Norma y acción"», en *Análisis filosófico*, 10/2, 171-178.
- NINO, Carlos S.: *La validez del Derecho*, Buenos Aires, Astrea.
- PAULSON, Stanley (1980): «Material and Formal Authorisation in Kelsen's Pure Theory», *Cambridge Law Journal*, 39, 172-193.
- PIBERNAT DOMENECH, Xavier (1987): «Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad», *Revista Jurídica de Cataluña*, 4, 141-154.
- POLLASTRO, Piero (1987): *Su annullamento e abrogazione*, en C. LUZZATI (dir.): *L'abrogazione delle leggi. Un dibattito analitico*, Milán, Giuffrè, 93-97.
- RAZ, Joseph (1971): *The Concept of a Legal System*, Oxford, Oxford University Press.
- (1979): *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University Press.

- ROSS, Alf (1958): *On Law and Justice*, Londres, Stevens and Sons (existe traducción castellana: *Sobre el Derecho y la Justicia*, trad. G. R. Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1963, por donde se cita).
- (1961): «Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law», *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 46-93 (hay traducción castellana: *El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el Derecho natural*, en *El concepto de validez y otros ensayos*, trad. de G. R. Carrió y O. Paschero, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1969, 9-32, por donde se cita).
- (1968): *Directives and Norms*, Londres, Routledge & Kegan Paul (hay traducción castellana: *Lógica de las normas*, Madrid, Tecnos, 1971, por donde se cita).
- RUIZ MANERO, Juan (1990): *Jurisdicción y normas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso (1988): «El principio de jerarquía normativa», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 8/24, 135-154.
- VERNENGO, Roberto J. (1985): «Validez y verdad en “La teoría general de las normas”», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 25, 3-27.
- WEINBERGER, Ota (1986): *Logic and the Pure Theory of Law*, en R. TUR/W. TWINING (eds.), *Essays on Kelsen*, Oxford, Oxford University Press, 187-200.
- WEYLAND, Inés (1986): *Idealism and Realism in Kelsen's Treatment of Norms Conflict*, en R. TUR/W. TWINING (eds.), *Essays on Kelsen*, Oxford, Oxford University Press, 249-272.
- WRIGHT, Georg Henrik von (1963): *Norm and Action. A Logical Enquiry*, Londres, Routledge & Kegan Paul, por donde se cita (existe trad. castellana: *Norma y acción*, trad. P. García Ferrero, Madrid, Tecnos, 1971).
- (1983): *The Foundations of Norms and Normative Statements*, en *Practical Reason*, Oxford, Basil Blackwell, 130-209.

