

Algunas observaciones críticas al concepto de aplicabilidad como explicación a la aplicación de normas jurídicas irregulares

*Marcela Chahuán Zedan**

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto un análisis crítico del concepto de aplicabilidad como respuesta a la aplicación de normas jurídicas creadas de modo irregular. Se sostiene que, si bien es una herramienta conceptual útil para explicar ciertos elementos de los sistemas jurídicos, carece del rendimiento explicativo suficiente para dar cuenta de un modo completo del fenómeno al que se refiere. Lo anterior, debido a que omite vincular la producción de efectos jurídicos de normas que pueden ser interpretadas como irregulares con el diseño institucional de los sistemas jurídicos en relación con los mecanismos del control de la regularidad normativa, aspecto que parece decisivo para el análisis.

Aplicabilidad – validez – normas irregulares

On the concept of applicability as an explanation to the phenomenon of the application of irregular legal rules. Some critical observations

ABSTRACT

The object of this work is a critical analysis of the concept of applicability as an answer to the application of legal rules irregularly enacted. I will assert that, even it is a useful conceptual tool to explain some elements of legal systems, it lacks explanatory effectiveness enough to give a thorough account of the phenomenon I refer. The reason is that the concept of applicability overlooks the connection between legal effects arising out of rules that might be interpreted as irregulars and the institutional design of legal systems in relation to the mechanisms that control the regular enactment of legal rules. I consider this issue to be crucial to the analysis of this matter.

Applicability – validity – irregular norms

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Doctora en Derecho, Universidad de Girona, España. Profesora de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez, Chile. Correo electrónico: marcela.chahuan@uai.cl

Artículo recibido el 24 de octubre de 2018 y aceptado para su publicación en este número el 1 de agosto de 2019.

I. INTRODUCCIÓN

El positivismo jurídico ha destacado la importancia de mostrar el carácter dinámico del orden jurídico, en el sentido que regula su propia producción mediante normas que establecen condiciones para la creación normativa denominadas por los juristas “normas secundarias” o “normas sobre la producción jurídica”¹. La teoría jurídica ha ofrecido el concepto de “validez” para explicar este aspecto del derecho, esto es, la conformidad de una norma con las normas secundarias o acerca de producción normativa². En los sistemas jurídicos contemporáneos, las normas respecto de producción jurídica establecen requisitos formales relativos al órgano competente para crear normas jurídicas y el procedimiento que este debe seguir para ello y, además, contienen también algunos requisitos de carácter material, como son las normas que establecen límites al legislador respecto de los contenidos de las normas a producir. Si una norma ha sido producida conforme con todos y cada uno de los requisitos o condiciones (tanto de carácter formal como material) es una norma jurídica válida.

Las normas creadas de modo irregular son aquellas que no resultan conformes con todas y cada una de las condiciones establecidas por las normas de producción jurídica (entendidas en un sentido amplio³) de un sistema jurídico de referencia. Es decir, normas que (i) no se adecuan a los requisitos referidos a los sujetos u órganos competentes, (ii) resultan disconformes con una o más normas que establecen el procedimiento que aquellos deben seguir para la creación normativa, o (iii) resultan contradictorias con alguna norma que limita o impone un determinado contenido de las normas a producir.

Las normas cuya irregularidad consiste en no haber sido creadas por el órgano competente siguiendo un mínimo de reglas procedimentales que permitan distinguirlo como tal, difícilmente producen efectos jurídicos, porque los órganos aplicadores no las reconocen como normas jurídicas. En cambio, las normas irregulares que son formuladas por las autoridades competentes actuando como tal⁴, pero que al crearlas no se ajustan a alguna otra de las otras condiciones de validez, adquieren existencia jurídica, en el sentido

¹ KELSEN, 1960, pp. 201 y ss.; HART, 1961, pp. 99 y ss.; GUASTINI, 1996, pp. 307 y ss.; GUASTINI, 2016, pp. 107-109.

² Sobre los distintos sentidos del término validez, véase BULYGIN, 1990; 2005; 2006.

³ GUASTINI, 1996, p. 319; GUASTINI, 2016, pp. 221-222.

⁴ El concepto de órgano competente se concibe en sentido estricto, es decir, como aquellos sujetos a los que se atribuye poderes normativos, de modo que es una condición necesaria, pero no suficiente para la validez. El desarrollo de una concepción de este tipo puede verse en FERRER, 2000. Ahora bien, de acuerdo con el funcionamiento de la mayoría de los sistemas jurídicos actuales, para ser reconocido como un órgano competente actuando en su rol, los sujetos tendrán que contar con un poder normativo conferido por una norma del sistema jurídico y, además, ajustarse a un mínimo de reglas procedimentales que permiten distinguir los actos de un órgano competente actuando como tal, de los actos que los sujetos que componen a dicho órgano realizan como particulares. Establecer cuáles y cuántas reglas procedimentales son necesarias para identificar a una autoridad normativa actuando en su rol, es una cuestión que no admite una fórmula teórica *a priori*, pues depende de una serie de hechos sociales complejos, y de la estructura de cada sistema jurídico en concreto.

de que pueden producir consecuencias jurídicas⁵. Los órganos aplicadores del derecho deben utilizar como fundamento de sus decisiones las normas creadas por las autoridades competentes para la producción jurídica, sin poder cuestionar su validez, al menos, en los sistemas jurídicos que cuentan con un control concentrado de la regularidad de la normativa, o cuyo cuestionamiento no produce efectos jurídicos generales (sino solo para el caso del que conocen), en los sistemas jurídicos que cuentan con un control difuso.

El fenómeno problemático que se intenta explicar es precisamente este último, es decir, que normas creadas irregularmente por autoridades normativas puedan producir efectos jurídicos, mientras no sean expulsadas del orden jurídico mediante la decisión de invalidación de los órganos competentes.

Una buena parte de los teóricos del derecho explica la producción de efectos jurídicos de normas creadas de modo irregular mediante el concepto de aplicabilidad. A continuación me referiré a la propuesta de Bulygin, y luego expondré algunas observaciones críticas. Aunque es cierto que el concepto de aplicabilidad fue introducido para explicar no solo la producción de efectos jurídicos de normas creadas de modo irregular (sino también, por ejemplo, para explicar la aplicación de normas del derecho extranjero) me referiré exclusivamente a este fenómeno, con la finalidad de proponer algunos elementos de análisis que la propuesta de Bulygin no considera, y que me parecen centrales para dar cuenta de la aplicación de normas jurídicas irregulares.

II. EL CONCEPTO DE APLICABILIDAD COMO ALTERNATIVA TEÓRICA A LA NOCIÓN DE OBLIGATORIEDAD OFRECIDA POR HANS KELSEN

Eugenio Bulygin introduce el concepto de aplicabilidad⁶ sobre la base de las críticas que formula a la noción de validez de Hans Kelsen, especialmente dirigidas a la relación entre validez y obligatoriedad de las normas jurídicas. Previo a reconstruir la propuesta de Bulygin, me referiré a la noción de validez de Kelsen, y a las críticas que Bulygin formula al respecto, a efectos de explicar la incorporación y relevancia del concepto de aplicabilidad en la teoría jurídica.

Kelsen es uno de los autores que enfatiza el carácter dinámico del orden jurídico⁷. El criterio para determinar la validez de las normas es la conformidad con las normas superiores que regulan la producción normativa. Ello apunta a que el orden jurídico tiene una estructura escalonada o jerárquica, de acuerdo con ello, se encuentra conformado por

⁵ Respecto del concepto de existencia jurídica sigo a Guastini, quien la define como la formulación del órgano *prima facie* competente, y la concibe como una condición suficiente para la eficacia jurídica. GUASTINI, 1996, p. 321.

⁶ BULYGIN, 1982.

⁷ KELSEN, 1960, pp. 203-205. El carácter o principio dinámico se diferencia del carácter o principio estático. Siguiendo este último, el fundamento de validez de las normas jurídicas se deriva del contenido de las normas jurídicas superiores. Kelsen señala que los sistemas modernos son de carácter mixto, pero predomina el carácter dinámico. *Ibid.* pp. 83, 84.

normas de distinta jerarquía, en que las normas inferiores se encuentran subordinadas a las normas superiores que condicionan su producción⁸.

Kelsen insiste en que los criterios de validez son, principalmente, formales, es decir, prescindien del contenido de las normas, haciendo referencia exclusivamente a su forma de producción, especialmente al sujeto u órgano que las produce y, eventualmente, a los procedimientos. Sin embargo, reconoce que nada impide que en una Constitución estén regulados también criterios materiales de validez, así como ocurre en las Constituciones modernas, las que suelen contener un listado de derechos básicos que delimitan los contenidos de la producción normativa. En estos casos, las normas se encuentran también subordinadas a la jerarquía material de las normas superiores⁹.

Ahora bien, aun cuando Kelsen propone como criterio de validez de las normas jurídicas la conformidad con las normas respecto de la producción normativa, no define a la validez de la misma manera. Kelsen define validez indistintamente, algunas veces como la “existencia específica” de una norma, y otras veces como “fuerza obligatoria”. Según el autor de la *Teoría Pura del Derecho*, si una norma jurídica existe como tal, entonces, ha sido producida conforme con las normas acerca de producción jurídica, idea que lo conduce a no admitir la existencia jurídica de normas inválidas¹⁰. A su vez, según sostiene Kelsen, la validez entendida como conformidad con las normas superiores que condicionan la producción normativa, conlleva la obligatoriedad de cumplir con lo prescrito por las normas así producidas¹¹.

La pregunta concerniente a la validez en el sentido de la existencia específica de una norma responde a la pregunta de qué normas integran el sistema jurídico. Según Kelsen, solo las normas válidas existen o pertenecen al orden jurídico. La validez de toda norma depende de otra norma que regula su creación, la que debe también ser una norma válida y, por tanto, tiene que ajustarse, a su vez, a la norma de la que deriva, formándose así una cadena de validez. De este modo, si la validez es entendida como pertenencia, la validez de las normas superiores dependerá también de la pertenencia al sistema jurídico de las normas anteriores a estas y así sucesivamente, hasta llegar a la primera Constitución histórica, esto es, el conjunto de normas que se decide adoptar como base del orden jurídico. Al preguntarse por la validez de la primera Constitución, Kelsen responde con la tesis de la “norma fundamental básica”, la que se sitúa al final de la cadena de validez para dar sustento a todo el orden jurídico¹². Esta norma no es una norma de derecho positivo, una norma puesta, sino que es una norma pensada, un supuesto metodológico cuya función es dar unidad al orden jurídico¹³.

⁸ KELSEN, 1960, pp. 201, 232 y ss.

⁹ KELSEN, 1960, p. 234; KELSEN, 1988, p. 116.

¹⁰ “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, 1960, pp. 277. Esta misma idea está en KELSEN, 1945, pp. 115, 116, y 185.

¹¹ “Que una norma valga significa que obliga, que el hombre debe comportarse de la manera determinada por la norma”, KELSEN, 1960, p. 201.

¹² KELSEN, 1960, p. 139.

¹³ KELSEN, 1960, pp. 202-203.

La hipótesis de la norma fundamental ha sido criticada por varios autores positivistas¹⁴, quienes observan que carece de sentido preguntarse por el fundamento de validez (entendida como conformidad con las normas superiores) de la primera Constitución, pues en todo orden jurídico hay una primera norma que le da origen. Esta primera norma no es “supuesta” sino que es “puesta” por un poder constituyente, es decir, un poder *extra ordinem*¹⁵. La primera Constitución no puede ser válida ni inválida, porque no deriva de norma positiva alguna que pueda fundamentar su validez¹⁶. En esta línea, Bulygin destaca que la tesis de la norma fundamental de Kelsen es superflua a efectos de fundar la validez como pertenencia de la primera Constitución, en tanto esta última es la que define al sistema como una unidad independiente, de modo que no se requiere de ninguna norma supuesta para justificar su pertenencia al sistema¹⁷. Por su parte, y como se verá enseguida, argumenta que es una tesis insuficiente para justificar la validez como obligatoriedad de la primera Constitución.

La pregunta por la validez en sentido de fuerza obligatoria responde a la cuestión de por qué las normas son obligatorias, es decir, consiste en una justificación del deber de cumplir con lo que las normas jurídicas prescriben. Si la respuesta a esta última pregunta depende también de la conformidad con las normas superiores, como en la noción de validez como pertenencia, se forma una cadena de validez. Al final de la cadena surge la pregunta por la validez de la primera Constitución. Si el deber de cumplir con una norma solo puede ser impuesto por otra norma que debe, a su vez, ser obligatoria, y la primera Constitución es la primera norma del derecho positivo, la justificación del deber de cumplir con esta no puede derivar de una norma del derecho positivo. Ante esta cuestión, y con el objeto de completar la cadena de justificación, Kelsen acude nuevamente a la tesis de la norma fundamental, la que establecería la obligatoriedad de las normas originarias y, también, de todas las otras normas del orden jurídico.

A diferencia de la pregunta por la pertenencia de la primera Constitución, la pregunta por la justificación del deber de cumplir con esta y las otras normas de un sistema jurídico no resulta insensata. El problema principal de la noción de validez como fuerza obligatoria de Kelsen es confundir la pregunta por la justificación de un deber de cumplir con las normas jurídicas (incluso cuando pueda configurarse como un deber jurídico basado en la existencia de otra norma que así lo imponga) con la noción de validez en el sentido de conformidad con las normas superiores que condicionan la producción normativa¹⁸.

Bulygin, entre otros autores, detecta la ambigüedad con que Kelsen utiliza el término validez¹⁹, y advierte que la validez entendida como conformidad con las normas

¹⁴ Entre ellos: HART, 1958, ROSS, 1969; RAZ, 1974, BOBBIO, 1975, NINO, 1985; CARACCILO, 1994; CELANO, 1999; PAULSON, 1998; BULYGIN, 2005; MARMOR, 2011; GUASTINI, 2013.

¹⁵ GUASTINI, 2013: 63 y ss.

¹⁶ Es una norma soberana, independiente o no derivada. Al respecto VON WRIGHT, 1963, p. 192; ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1971, pp. 73-74; ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1979, p. 74; CARACCILO, 1988, p. 31.

¹⁷ BULYGIN, 1990, pp. 512-514; GUASTINI, 1996, pp. 86.

¹⁸ En un sentido similar, CELANO, 2009, pp. 77-126; FERRER Y RODRÍGUEZ, 2011, p. 54.

¹⁹ La literatura crítica sobre la confusión validez y obligatoriedad es extensa, cito a modo de ejemplo: HART, 1958; ROSS, 1969; RAZ, 1979; NINO, 1985; BULYGIN, 1990; 2005; 2006; GUASTINI, 1992; 2013; MORESO Y NAVARRO, 1993; CELANO, 1999.

superiores que condicionan la producción jurídica no conlleva la obligatoriedad de las normas jurídicas. Además, Bulygin objeta a Kelsen que su noción de obligatoriedad consiste en una justificación moral de obedecer el derecho, lo que resulta ajeno a su plan positivista de describir el derecho vigente²⁰. Al respecto, Bulygin sigue a Alf Ross, quien planteaba que la noción de obligatoriedad se traduce en un deber moral de obedecer el derecho propio de las doctrinas del derecho natural. Ross argumenta que, si la fuerza obligatoria consistiera en un deber jurídico, sería una cuestión superflua, atendido que se estaría sosteniendo que la validez de las normas consiste en reiterar lo que estas prescriben. Si la fuerza obligatoria consiste en un deber moral, entonces, sostiene Ross, esta tesis resultaría incompatible con el positivismo jurídico en tanto teoría que afirma la separación conceptual entre el derecho y la moral²¹. En la línea de Ross, Bulygin rechaza el nexo entre fuerza obligatoria y la validez jurídica, y afirma que la pregunta acerca de si existe una obligación moral de obedecer el derecho no puede ser contestada por la teoría jurídica mediante un mero análisis de la estructura del ordenamiento jurídico y de sus normas²².

Ahora bien, a diferencia de Ross, Bulygin sostiene que la obligatoriedad sí puede reconstruirse como un concepto que describa un deber jurídico, de modo que pueda ser compatible con una teoría positivista del derecho²³, y que no sea superfluo. De esta manera subraya la diferencia entre la pregunta por la validez en el sentido de conformidad con las normas respecto de producción jurídica, y la pregunta por la obligatoriedad de las normas jurídicas. Además, Bulygin propone reemplazar el concepto de obligatoriedad por un concepto descriptivo como el concepto de aplicabilidad. Este último no consiste en imponer un deber dirigido a los ciudadanos, sino en describir deberes jurídicos dirigidos a los jueces²⁴. Mediante el concepto de aplicabilidad, Bulygin constata que los sistemas jurídicos contienen normas que ordenan a los órganos aplicadores utilizar como fundamento de sus decisiones otras normas, aun cuando no pertenezcan a este.

A su vez, Bulygin observa que la confusión entre validez y obligatoriedad de las normas jurídicas condujo a Kelsen a sostener la tesis de la cláusula alternativa tácita (en adelante, CAT). Según esta polémica tesis de Kelsen, aun cuando las normas que disciplinan la producción y el contenido de las leyes o de las sentencias futuras obligan aparentemente al legislador o al juez a dictar una ley general o una sentencia, respectivamente, en conformidad con las primeras, en realidad contienen tácitamente una autorización que habilita al legislador y al juez a producir normas irregulares, si es que el control de la regularidad de las normas que producen no está a cargo de un órgano

²⁰ BULYGIN, 2006, pp. 96-98.

²¹ ROSS, 1969, pp. 17, 29, 39-43.

²² BULYGIN, 2006, pp. 96-98.

²³ BULYGIN, 2005, pp. 110; BULYGIN, 2006, p. 99.

²⁴ Jordi Ferrer y Jorge Rodríguez advierten que es posible articular una noción descriptiva de fuerza obligatoria (distinta a la aplicabilidad) siempre que se limite a afirmar la existencia de una norma que impone a los ciudadanos el deber de cumplir con otra norma, sin que ello implique un compromiso con el deber de cumplir con esta. FERRER Y RODRÍGUEZ, 2011, p. 55.

diverso²⁵. En cambio, si es que el control de la regularidad normativa está a cargo de un órgano distinto, será este quien decida definitivamente las normas que pueden producir o continuar produciendo efectos jurídicos. Debido a que solo la decisión interpretativa de los órganos con competencias de control puede producir la expulsión del orden jurídico de las normas interpretadas por estos como inválidas, las normas irregulares deben ser utilizadas como fundamento de las decisiones de los órganos aplicadores mientras no sean positivamente invalidadas por los órganos competentes.

Esta tesis de Kelsen ha causado un notorio impacto en la teoría jurídica, siendo rechazada y criticada por bastantes teóricos del derecho, entre ellos Eugenio Bulygin. A grandes rasgos, señala que la CAT es una tesis contradictoria con la idea base de la teoría del derecho de Kelsen de concebir a los sistemas jurídicos como dinámicos y jerárquicamente ordenados. De seguirse esta supuesta habilitación, según señala Bulygin, las normas inferiores no tendrían que ajustarse a las normas superiores, y las normas individuales de los jueces tampoco se encontrarían sujetas a las normas generales. Lo anterior conduciría a que los jueces gocen de una absoluta discrecionalidad, derrumbándose el proyecto kelseniano de situarse en una posición intermedia entre el formalismo y el decisionismo²⁶.

En esta oportunidad no ahondaré pertinente a las críticas a la CAT, ni tampoco expondré algunos argumentos que sirven para rescatar la tesis de Kelsen²⁷. Por el momento me interesa subrayar que sobre la base de las críticas formuladas a las nociones de obligatoriedad y de CAT propuestas por Kelsen, Bulygin introduce el concepto de aplicabilidad para explicar, entre otras cuestiones, la producción de efectos jurídicos de normas irregulares. En el esquema conceptual propuesto por Bulygin, las normas irregulares son normas inválidas, no pertenecientes al orden jurídico, pero que pueden resultar aplicables.

III. APLICABILIDAD DE NORMAS JURÍDICAS. LA PROPUESTA DE EUGENIO BULYGIN

El concepto de aplicabilidad permite explicar que los sistemas jurídicos pueden contener normas dirigidas a los órganos aplicadores que imponen el deber de aplicar otras normas jurídicas, aun cuando no pertenezcan al sistema jurídico de referencia²⁸. El deber impuesto por las normas de aplicación no se superpone al deber impuesto por las normas cuya aplicación se prescribe, pues las normas de aplicación imponen un deber distinto a lo prescrito por las normas cuya aplicabilidad es ordenada. Bulygin propone la siguiente definición de aplicabilidad:

²⁵ Véase KELSEN, 1960, pp. 277 y ss. Antes también en KELSEN, 1934, pp. 93-120; KELSEN, 1945, pp. 401-407.

²⁶ El desarrollo de estas críticas puede consultarse en: NINO, 1985, pp. 32-34; MORESO, 1993; GIANFORMAGGIO Y PAULSON, 1995; RUIZ MANERO, 1990, pp. 65-67; RUIZ MANERO, 1995; BULYGIN, 1995.

²⁷ En defensa de la CAT se han pronunciado COMANDUCCI, 1998; 2012; y RATTI, 2014. Al respecto, CHAHUAN, 2017; 2018.

²⁸ BULYGIN, 2006, p. 99.

“Una norma N_1 sería aplicable a un caso C , si y solo si otra norma N , perteneciente a un sistema S_j prescribe el deber de aplicar N_1 en C ”²⁹.

En consecuencia, una norma es aplicable solo si existe otra norma que obliga o autoriza a los jueces a aplicarla en determinados casos. Esto implica que, cuando no hay una norma de aplicación que ordene/autorice la aplicación correspondiente, la aplicabilidad no puede predicarse respecto de la norma en cuestión³⁰, pues la aplicabilidad responde a la pregunta acerca de qué normas son aplicables a un caso determinado³¹. Así, los criterios o normas últimas de aplicación no son en sí aplicables, como tampoco las normas soberanas o independientes³². De este modo, se evita el problema de una cadena infinita de aplicabilidad que se formaría si se exigiera que la norma N_2 que ordena aplicar la norma N_1 sea también aplicable, ya que luego debería haber otra norma N_3 que sea aplicable y así hasta el infinito. El estatus de los criterios últimos de aplicabilidad es análogo al de las normas soberanas o independientes respecto de su pertenencia. Así como las normas supremas pertenecen al sistema jurídico por definición, los criterios últimos de aplicabilidad son aplicables por definición³³.

La aplicabilidad y la pertenencia de las normas jurídicas son conceptos independientes entre sí. La validez indica la regularidad en la creación, lo que, según Bulygin, implica la pertenencia al sistema jurídico. El sistema de normas válidas de un sistema jurídico en un momento determinado no necesariamente coincide con el sistema de normas que resultan aplicables a un caso. Ahora bien, los criterios de aplicabilidad tienen que pertenecer al sistema vigente al momento en que el juez dicta la sentencia³⁴. Una norma perteneciente a un sistema jurídico puede no resultar aplicable, por ejemplo, si es que no regula el caso, o si es que se encuentra en periodo de *vacatio legis*. A su vez, puede haber normas que no pertenecen a un determinado sistema jurídico, pero que pueden ser utilizadas como fundamento de una decisión judicial siempre que otra norma que sí pertenece al sistema de referencia ordene su aplicación. Este sería el caso de las normas del derecho internacional privado que ordenan la aplicación de normas del derecho extranjero, las que resultan aplicables porque otra norma, que sí pertenece al sistema jurídico, ordena su aplicación. Bulygin explica que el concepto de aplicabilidad es útil para explicar instituciones como la del reenvío (que puede ser doble, o triple, etc.), mediante esto, una norma del sistema jurídico de un país determinado establece para ciertos casos la aplicabilidad de una norma de un sistema extranjero. A su vez, dicho sistema puede establecer una nueva remisión al sistema anterior o a otro³⁵.

²⁹ BULYGIN, 1982, p. 196.

³⁰ BULYGIN, 2005, pp. 114-115.

³¹ BULYGIN, 1982, p. 198; BULYGIN, 2006, p. 99.

³² BULYGIN, 1982, p. 115.

³³ En este sentido, FERRER Y RODRÍGUEZ, 2011, p. 60.

³⁴ BULYGIN, 1982, p. 202; BULYGIN, 1991, p. 267.

³⁵ BULYGIN, 2006, p. 100.

También, según presenta Bulygin, las normas irregulares son normas que no pertenecen al orden jurídico, pero que pueden resultar aplicables³⁶. Al respecto hay que considerar que Bulygin asimila la validez con la pertenencia de una norma a un sistema jurídico. Según el autor, pertenecen a un sistema jurídico las normas que han sido creadas conforme con todas las normas que condicionan la creación normativa y, también, todas las normas que sean consecuencias lógicas de estas³⁷. Según argumenta, las normas creadas de modo irregular son normas inválidas y, por tanto, no pertenecientes al sistema jurídico, pero que los jueces tienen el deber jurídico de aplicar, siempre que así lo prescriban otras normas que sí pertenecen al sistema³⁸.

IV. ALGUNAS CRÍTICAS AL CONCEPTO DE LA APLICABILIDAD COMO EXPLICACIÓN AL FENÓMENO DE LA APLICACIÓN DE NORMAS IRREGULARES

¿Cómo se determina la irregularidad de una norma jurídica? Para responder esta pregunta puede ser útil explicitar qué se entiende por norma, advirtiendo desde ya que hago alusión a normas expresas (salvo explícita indicación), como así que no abordo a las normas de fuente consuetudinaria.

Haciendo uso de la ya asentada distinción de la literatura jurídica entre normas y disposiciones, se entiende por normas a los contenidos significativos de las últimas. Las disposiciones son los enunciados normativos contenidos en una fuente del derecho, que una vez que son objeto de una operación de interpretación, traen como resultado o “expresan” una norma³⁹.

Si se considera la distinción entre disposiciones y normas, puede señalarse que la aplicación de una disposición significa su interpretación, un acto de atribución de significado del que se extrae una norma⁴⁰. La aplicación de una norma es, por su parte, utilizarla como fundamento o premisa de una decisión⁴¹.

La irregularidad de una norma es producto de una decisión interpretativa, que produce o no efectos jurídicos dependiendo de si el intérprete es un órgano al que se le atribuye competencias para ello. Mediante esta decisión de atribución de significado se determina que una norma resulta contradictoria con una o más disposiciones que han sido también interpretadas, esto es, las normas que establecen los requisitos o condiciones

³⁶ BULYGIN, 1991, p. 266.

³⁷ ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1971, pp. 86-89; ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1979, pp. 73-76. Críticas a la propuesta de la deducibilidad como criterio de pertenencia a los sistemas jurídicos, pueden revisarse en CARACCIOLO, 1988, p. 66-67. RODRÍGUEZ, 2011, pp. 135-138.

³⁸ BULYGIN, 1982, p. 199.

³⁹ ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1971, p. 37; GUASTINI, 1996, pp. 92 y ss.

⁴⁰ GUASTINI, 2011, pp. 399-405.

⁴¹ GUASTINI, 2010, p. 283; PINO, 2012, pp. 59-63.

para la creación normativa. Es decir, se establece que existe una antinomia entre normas de diversa jerarquía⁴².

La afirmación de que la irregularidad de las normas jurídicas es producto de una decisión interpretativa, nada dice acerca de si tal decisión pueda (en todos, algunos o ningún caso) estar sometida a ciertas pautas de corrección, en virtud de las cuales pueda afirmarse o no que los intérpretes pueden equivocarse. Esta es una discusión diversa que no incide en lo que se ha sostenido en este punto: enfatizar que hay ciertas decisiones interpretativas que producen consecuencias jurídicas y otras no, según el diseño de un sistema jurídico. Cuando los órganos competentes para ejercer el control de la regularidad de las normas resuelven sobre la misma, determinan si es que una norma puede continuar siendo aplicada por los demás órganos de ese sistema jurídico. Esta decisión puede considerarse correcta o incorrecta, según algún parámetro de corrección, o bien, no sujeta a estos.

La aplicación de una norma es diversa a lo que se describe mediante el concepto de aplicabilidad. La primera es una constatación fáctica acerca de la eficacia de una norma. La aplicabilidad, en cambio, es un concepto que describe la existencia de ciertos elementos de un sistema jurídico que pueden justificar normativamente que una norma pueda ser aplicada⁴³. No es lo mismo decir que una norma sea *aplicable* (hay una norma específica que impone el deber de aplicarla) y decir que una norma es *aplicada*, es decir, que funciona como premisa de la decisión.

En mi opinión, sin perjuicio de que la aplicabilidad es una herramienta útil para constatar que los sistemas jurídicos contienen normas de aplicación, es una respuesta insuficiente para explicar la aplicación de normas jurídicas irregulares. Por una parte, esta respuesta no aborda la aplicación de normas irregulares respecto de las cuales no existen normas de aplicación. Por otra parte, no toma en consideración ciertos elementos estructurales de los sistemas jurídicos que considero imprescindibles para dar cuenta de este fenómeno, estos son, los mecanismos de control de la regularidad.

La existencia de normas de aplicación es una cuestión contingente que depende de que en un sistema jurídico en concreto haya normas que impongan a los órganos aplicadores el deber de aplicar otra norma en específico. Por ello, el concepto de aplicabilidad propuesto por Bulygin puede explicar solo aquellas situaciones en las que efectivamente existen dichas normas, pero no cubre la aplicación de hecho de normas

⁴² Las normas pertinentes a producción jurídica tienen una jerarquía estructural o formal respecto de las normas producidas, en tanto las primeras establecen los requisitos o condiciones para su creación. La jerarquía estructural de las normas de producción es también una jerarquía lógica respecto de las normas producidas, puesto que las primeras versan metalingüísticamente sobre las segundas. Además, cuando las normas de producción establecen limitaciones a los contenidos de las normas a producir, las primeras tienen una jerarquía material sobre las segundas. GUASTINI, 1996, pp. 376-387; 2011, pp. 165-172.

⁴³ Moreso y Navarro han introducido la distinción entre aplicabilidad interna y aplicabilidad externa. La primera coincide con el concepto de aplicabilidad presentado por Bulygin. En cambio, la aplicabilidad interna no requiere, necesariamente, de la pertenencia de otra norma al sistema jurídico que ordene su aplicación. De acuerdo con Moreso y Navarro, una norma sería internamente aplicable a los eventos o estados de cosas regulados en su propio "ámbito de validez". MORESO Y NAVARRO, 1996, pp. 125 y ss. Críticas a esta distinción pueden revisarse en FERRER Y RODRÍGUEZ, 2011, pp. 58 y ss.

que pueden resultar irregulares respecto de las cuales no existe una norma que ordene su aplicación. De esta manera, puede ocurrir, como de hecho ocurre, que en un sistema jurídico existan normas de aplicación respecto de algunas normas, pero que haya varias otras normas respecto de los cuales no las hay. Estas últimas serían inaplicables, pero pueden igualmente ser aplicadas, es decir, utilizada como premisa de las decisiones judiciales⁴⁴. Esto puede explicarse por el diseño institucional de los sistemas jurídicos: las autoridades normativas son las que deciden las normas que pueden ser utilizadas como fundamento de las decisiones judiciales.

Las normas de aplicación explicadas mediante el concepto de aplicabilidad aluden a normas positivas que establecen un deber específico de aplicar otra norma en concreto, y no a una norma que establezca un deber general dirigido a los jueces de aplicar las normas de ese sistema jurídico. Bulygin considera trivial el establecimiento de un deber de este tipo⁴⁵. Señala que, cuando no hay una norma que ordene la aplicación de otra norma para determinados casos no puede decirse que esta última sea aplicable⁴⁶, pues la aplicabilidad responde al interrogante de qué normas son aplicables a un caso determinado⁴⁷.

De este modo, pareciera que el concepto de aplicabilidad propuesto por Bulygin no alude a instituciones como la presunción de conformidad constitucional, entendida como un deber general dirigidos a los jueces de aplicar las normas creadas por el legislador, aun cuando duden acerca de su constitucionalidad. Mediante la presunción de constitucionalidad se dan por válidas todas las normas aprobadas y promulgadas por el legislador. Esto se traduce en que los órganos aplicadores deben aplicarlas como fundamento de sus decisiones, si es que regulan el caso, sin que estén autorizados para dejar de hacerlo porque cuestionan su constitucionalidad, caso en el que deben solicitar al órgano al que se le atribuye competencias de control para que se pronuncie al respecto. Dicha presunción solo puede ser derrotada por la decisión del órgano competente para controlar la regularidad constitucional.

Resulta interesante preguntarse si es que la presunción de constitucionalidad puede reconstruirse como una norma de aplicación. La situación con la que Bulygin ejemplifica la existencia de normas de aplicación respecto de normas irregulares es la siguiente: un tribunal constitucional crea una norma de aplicación cuando conoce de una cuestión de constitucionalidad, y en su sentencia ordena a los jueces que conocen de un caso aplicar una determinada norma que ha sido sometida a su examen que, según su interpretación, se ajusta a la Constitución.

“Puede suceder incluso que una norma sea aplicable a un determinado caso, a pesar de que esa norma no pertenezca a ningún sistema del orden jurídico en cuestión y

⁴⁴ En un sentido similar, NAVARRO, ORUNESU, RODRÍGUEZ Y SUCAR, 2000, p. 145.

⁴⁵ Véase BULYGIN, 1967.

⁴⁶ BULYGIN, 2005, pp. 114-115; BULYGIN, 2006, pp. 99-100.

⁴⁷ BULYGIN, 1982, p. 198.

tampoco a ningún sistema de ningún otro orden jurídico. Esto sucede, por ejemplo, con una ley inconstitucional, es decir, una ley promulgada por una autoridad incompetente. La autoridad puede ser incompetente por tres motivos distintos: a) por tratarse de un órgano distinto del autorizado, b) por no haberse seguido el procedimiento adecuado y c) por entrar la norma promulgada en conflicto con algún principio o garantía constitucional; este último es el caso más frecuente. Y, sin embargo, una ley de estas características puede ser aplicable, por ejemplo, si el Tribunal Constitucional la declaró constitucional. Ahora bien, la constitucionalidad de una ley no depende de lo que diga el Tribunal Constitucional y una ley que no fue dictada por una autoridad competente sigue siendo inconstitucional, aunque el Tribunal diga lo contrario. Pero es el pronunciamiento del Tribunal Constitucional el que determina la aplicabilidad de la ley. Si el Tribunal dice (erróneamente) que la ley es constitucional, la ley será aplicable, aunque no sea válida en el sistema”⁴⁸.

No problematizaré en este punto acerca de si las normas irregulares pertenecen a los sistemas jurídicos y los criterios de identificación que ello supone *versus* otros criterios, ni sobre la noción de competencia que asume Bulygin (que incluye a todas las condiciones de validez), como tampoco la cuestión acerca de si la decisión sobre la regularidad de una norma está sujeta o no a parámetros de corrección. En este punto me interesa abordar otras cuestiones. Pues bien, previo a que exista una sentencia de un órgano como un tribunal constitucional ¿son aplicables las normas creadas de modo irregular por el legislador?

Si bien es cierto que el propio Bulygin no considera esta cuestión, al menos expresamente, otros autores han conectado el concepto de aplicabilidad con la presunción de conformidad con la Constitución, pero para dar cuenta de situaciones respecto de las cuales no opera dicha presunción. En este sentido, José Juan Moreso en *Sobre las normas inconstitucionales* asume que la presunción de constitucionalidad es una norma de aplicación, y observa que el concepto de aplicabilidad funciona para explicar las situaciones en que los jueces están obligados a aplicar las normas de ese sistema jurídico, aun cuando sean consideradas inválidas. Sin embargo, no explica las situaciones en que los órganos aplicadores están obligados a aplicar solamente las normas conformes con la Constitución. Observa que en el ordenamiento jurídico español los jueces ordinarios no están autorizados para dejar de aplicar las normas de rango legal que consideren contrarias a la Constitución, caso en el que deben plantear una cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Ahora bien, respecto de los actos de la administración, hay en el derecho español una regla distinta: si bien es cierto que se establece también una presunción de legalidad de los actos administrativos a los efectos de su ejecución, los jueces controlan también la regularidad, pues solo deben aplicar los reglamentos que resulten válidos⁴⁹.

⁴⁸ BULYGIN, 1991, p. 267.

⁴⁹ MORESO, 1993, pp. 101-103.

Una situación similar es la del ordenamiento jurídico chileno en que la presunción de conformidad constitucional opera como una construcción doctrinal sobre la base del diseño de los mecanismos de control de la regularidad constitucional. A partir de la reforma constitucional del 2005, se establece que los jueces actuando de oficio o a petición de parte pueden solicitar al Tribunal Constitucional que los autorice a dejar de aplicar una norma por considerar su aplicación en un caso particular contraria a la Constitución⁵⁰. Respecto de los actos de la administración, a partir del 2003 se encuentra establecida legalmente la presunción de legalidad de los actos de la administración a efectos de su ejecución, pero como ocurre en el sistema jurídico español, tanto la administración como los jueces ordinarios controlan también la regularidad de estos⁵¹.

Lo que me interesa mostrar es que, tanto la existencia de una norma de aplicación proveniente de un tribunal constitucional, así como la presunción de conformidad con la Constitución están estrechamente vinculadas al diseño institucional relativo a los mecanismos de control de la regularidad normativa. En efecto, la falta de autorización de los jueces para dejar de aplicar una norma de fuente legislativa por considerarla irregular se explica porque el control de regularidad se concentra en otro órgano que tiene la competencia exclusiva para decidir al respecto. En el caso de los reglamentos provenientes de la administración, en cambio, estos pueden dejar de ser aplicados por los jueces ordinarios o por la propia administración, precisamente, porque a los órganos aplicadores se les atribuye también una cuota de competencia en el control de la regularidad.

En este punto creo que se puede advertir la crítica más relevante que, en mi opinión, puede formularse a la propuesta de Bulygin: no hacer referencia a los mecanismos de control de la regularidad. Entiendo por mecanismos de control de la regularidad el establecimiento de instituciones mediante normas jurídicas que confieren poderes a determinados órganos para pronunciarse acerca de la regularidad de las normas jurídicas. Es decir, órganos competentes para controlar que las normas jurídicas sean producidas de conformidad con las condiciones que el propio sistema jurídico establece. La configuración y funcionamiento de estos permiten explicar que una norma, aun interpretada como irregular, produzca efectos jurídicos al ser utilizada como fundamento de las decisiones de los órganos aplicadores, mientras no sea expulsada del orden jurídico por la decisión del intérprete privilegiado, es decir, el órgano al que se atribuye la competencia para decidir respecto de la validez.

En el contexto de constituciones rígidas⁵², hay ciertas variables que permiten distinguir entre diversos tipos de mecanismos de control⁵³. Una de estas variables dice

⁵⁰ Artículo 93 la Constitución Política de Chile.

⁵¹ Los artículos 3 y 53 y ss. de la Ley 19.880, 2003.

⁵² Constituciones rígidas son aquellas que gozan de un régimen jurídico especial, pues no pueden ser modificadas ni derogadas si no es mediante un procedimiento especial de reforma que tiene requisitos y quórum de aprobación que son calificados respecto de la legislación ordinaria. A su vez, la adecuación a las normas constitucionales es una condición de validez de las normas jurídicas, estableciéndose mecanismos de control de la constitucionalidad. GUASTINI, 2001, pp. 51, 55, 155, 186 y ss.

⁵³ La regularidad puede estar condicionada también en otros niveles del sistema jurídico. Así, en bastantes sistemas jurídicos los actos provenientes del ejecutivo no solo están subordinados a la Constitución,

relación con el momento en que se ejerce el control, pudiendo ser *a priori*, esto es, previo a la entrada en vigor de una norma, o *a posteriori*, es decir, una vez que ya ha podido ser aplicada. Los mecanismos de control se distinguen también dependiendo de quién sea el órgano competente para decidir de la regularidad, distinguiéndose entre el control centralizado en un solo órgano con competencia exclusiva para decidir al respecto, y el control difuso a cargo de varios órganos. Otro factor alude a los efectos de la decisión del órgano competente, esto es, si la decisión solo produce efectos para el caso concreto y entre las partes de un juicio, o si en cambio es una decisión en abstracto con efectos *erga omnes*. La fuente de la norma, es decir, si es de origen legislativo, administrativo, o si es una norma de creación judicial, puede también variar el tipo de control en el marco de un mismo sistema jurídico.

En gran parte de los órdenes jurídicos contemporáneos, las normas de fuente legislativa están sujetas a un control por parte de un órgano diverso al legislador, el que suele ser de tipo judicial⁵⁴. Es frecuente distinguir entre tres modelos de control de la regularidad constitucional que, a grandes rasgos, son los siguientes⁵⁵:

Un primer modelo es aquel que se basa en el sistema norteamericano, el que cuenta con un control de constitucionalidad *a posteriori*, de modo que no impide que una norma sea introducida al sistema jurídico y pueda ser aplicada por los órganos respectivos. Es ejercido por todos los jueces cuando conocen de casos en concreto por vía de una excepción. A este mecanismo se le denomina difuso, en tanto todos los jueces tienen competencias de control, lo que implica que cualquier juez está autorizado para desaplicar una norma que interprete como incompatible con la Constitución. Una característica importante de este tipo de control es que la decisión sobre la regularidad, por regla general, solo tiene efectos *interpartes*, esto es, circunscritos al caso respecto del que se decide, de modo que los otros jueces no quedan inhabilitados para aplicar la norma que ha sido sometida a control, salvo que se trate de una decisión de la Corte Suprema.

Un segundo modelo es conocido como el “modelo kelseniano” o europeo⁵⁶ que rige en países como España, Italia, Alemania. Es un control de constitucionalidad que también se ejerce *a posteriori*, pero está concentrado en un solo órgano, el que tiene la competencia exclusiva para pronunciarse con efectos jurídicos *erga omnes* respecto de la constitucionalidad de una norma. La decisión de inconstitucionalidad del órgano competente puede producir la expulsión de la norma en cuestión,

sino que, también, a los actos provenientes del poder legislativo (principio de legalidad o *rule of law* de la administración).

⁵⁴ Críticas al control judicial de las decisiones de un legislador democrático, pueden revisarse en ATRIA, 2000; BIECKEL, 1986; HABERMAS, 2008; WALDRON, 2005.

⁵⁵ A modo general puede verse, FAVOREU, 1994; RUIZ MIGUEL, 2000; FERRERES COMELLÀ, 1997; RUBIO LLORENTE, 1997; PEGORARO, 1998; PRIETO SANCHÍS, 2009.

⁵⁶ No todos los países europeos tienen un control concentrado de constitucionalidad. Así, por ejemplo, Grecia, Suecia, Dinamarca y Noruega cuentan con un mecanismo de control difuso.

impidiendo que los órganos aplicadores puedan continuar utilizándola como fundamento de sus decisiones. El órgano al que se le atribuye competencia de control suele ser de tipo judicial, sea un tribunal constitucional, o la suprema corte que, junto con otras funciones, asume el rol de control de la constitucionalidad de las normas.

Un tercer modelo es aquel de tipo concentrado y abstracto, pero que se ejerce *a priori*, es decir, previo a la entrada en vigor de una norma. El órgano encargado del control preventivo de constitucionalidad puede ser un tipo político, como ocurre en Francia (a cargo del Consejo Constitucional), o un órgano jurisdiccional, como ocurre en Chile (a cargo del Tribunal Constitucional). Habitualmente no todas las normas, sino solo las de determinadas fuentes, están sometidas a un control previo de carácter obligatorio⁵⁷.

No hay duda de que estos modelos han sido construidos sobre la base del diseño de los mecanismos de control de ciertos sistemas jurídicos, muchos de estos han incorporado rasgos de otros modelos. Así, por ejemplo, en el sistema norteamericano, las decisiones de la Corte Suprema constituyen un precedente obligatorio para los órganos aplicadores (*stare decisis*), teniendo en cuenta, además, que hay algunas situaciones para las que se contempla un control en abstracto⁵⁸.

A su vez, en los sistemas que contienen un control concentrado (*a priori* o *a posteriori*) y de efectos *erga omnes*, si bien los jueces comunes no tienen competencia para decidir acerca de la constitucionalidad de las normas, generalmente se contemplan figuras como la cuestión de constitucionalidad, en la que cumplen un rol de “filtro previo”. Tanto en el sistema jurídico español, italiano, alemán, francés, y chileno se establece que cuando un juez está conociendo de un caso concreto y cuestiona la constitucionalidad de una norma aplicable al caso, o se reclama por una de las partes, el juez debe elevar la cuestión al tribunal constitucional o a la suprema corte (según quién sea el órgano competente), para que se pronuncie respecto de constitucionalidad y autorice al juez a no aplicar la norma en cuestión⁵⁹. En todos estos casos, aun cuando el juez del caso

⁵⁷ En Chile el Tribunal Constitucional controla preventiva y obligatoriamente las leyes que interpretan la Constitución, las leyes orgánicas y los tratados internacionales que traten materias propias de estas últimas (artículo 93 N° 1 de la Constitución). A requerimiento de ciertos órganos controla preventivamente proyectos de ley, de reforma constitucional, y de los tratados sometidos a aprobación del Congreso (artículo 93 N° 3). Respecto de los decretos con fuerza de ley, estos pasan por un control previo ejercido por la Contraloría General de la República, denominado “toma de razón”. Del pronunciamiento sobre la constitucionalidad de los decretos de la Contraloría puede reclamarse ante el Tribunal Constitucional (artículo 93 N° 9).

⁵⁸ Así, se contempla un procedimiento para declarar la inconstitucionalidad de normas jurídicas por violación de la Primera Enmienda (vulneración de la libertad de expresión o de la libertad de prensa). De los matices del sistema norteamericano puede verse VÍRGALA FORURIA, 2001, pp. 77-124.

⁵⁹ En el sistema jurídico español, la cuestión de constitucionalidad está consagrada en el artículo 163 de la Constitución, y regulada en la LOTC (artículos 35 y ss.). En Italia, la ley constitucional de 1948 consagra el control concentrado y *a posteriori* por vía de la excepción, y la cuestión de constitucionalidad está regulada en el artículo 23 de la ley 87/1953. Respecto de Alemania, véase el artículo 100, párrafo 1°, número 2 de la Constitución, y los artículos 80 y ss. de la ley del Tribunal Constitucional Federal. A partir del 2008

no decide referente a la constitucionalidad, ejerce una cuota de control, debido a que es quien resuelve elevar la cuestión al órgano competente si es que considera que es plausible la inconstitucionalidad.

Además, como se señaló páginas atrás, en los sistemas jurídicos de control concentrado puede ocurrir que respecto de algunas normas se aplique también un control difuso, como ocurre en España respecto de las normas provenientes de la administración, pues los jueces pueden no aplicar una norma administrativa si consideran que fue creada de modo irregular.

Existen también mecanismos híbridos o mixtos, como ocurre en Brasil, en que se contempla tanto un control difuso a cargo de todos los jueces, quienes pueden inaplicar una norma al caso del que conocen por considerarla inconstitucional, y también, un control concentrado y abstracto, mediante este se puede reclamar directamente por vía de una acción la inconstitucionalidad de una norma ante el Supremo Tribunal Federal de Brasil, quien resuelven con efecto *erga omnes*⁶⁰.

Con lo recién expuesto pertinente a los diversos modelos me interesa poner de manifiesto que, según cuál sea el mecanismo de control de la regularidad de las normas jurídicas, y de cómo se encuentre estructurado y organizado, dependerá que estas puedan producir consecuencias jurídicas. Respecto de los efectos jurídicos de la decisión de inconstitucionalidad con efectos *erga omnes*, se pueden hacer algunas precisiones.

Cuando por medio de una sentencia del órgano competente se decide que una norma es incompatible con la Constitución por no adecuarse a los requisitos formales de validez, generalmente traerá como consecuencia que se elimine todo el texto que la contiene, independientemente de la interpretación sustancial de sus disposiciones. Una sentencia de un tribunal constitucional o suprema corte en la que se decide que una norma es irregular por razones de invalidez material, en cambio, involucra necesariamente una actividad de interpretación sustancial de las disposiciones que la contienen, pero pueden darse distintas situaciones.

Una de estas situaciones es que, como consecuencia de la decisión de inconstitucionalidad de una norma, se elimine todo el texto que las contiene, porque se estima que expresa normas que son todas incompatibles con la Constitución. También puede ocurrir que se eliminen algunas, pero no todas las disposiciones de un texto. Incluso puede que se elimine solo una parte de una disposición que se considera incompatible con la Constitución, pero que se mantenga el resto de la disposición, así como el texto de que la contiene. Ahora bien, también puede ocurrir que se decida que una disposición puede

en Francia existe un control concreto en que los jueces pueden presentar cuestiones de inconstitucionalidad, previa aprobación del Tribunal de Casación o del Consejo de Estado (artículo 61-1(1) de la Constitución francesa). En Chile se establece que los jueces ordinarios están autorizados para solicitar al Tribunal Constitucional la inaplicabilidad de una norma de fuente legal (artículo 93 Nº 6 y 7 de la Constitución), o de los decretos (artículo 93 Nº 4), y también de las normas administrativas de los tribunales (93 Nº 2) y del Presidente de la República (artículo 93 Nº 9 y 16). Además, una vez que el Tribunal Constitucional autoriza a los jueces a inaplicar una norma por considerarla inconstitucional, podrá iniciarse una acción de inconstitucionalidad para anularla, incluso de oficio (artículo 93 Nº 7, y 93 inciso 11 de la Constitución).

⁶⁰ Artículos 102 y 103 de la Constitución brasileña.

interpretarse de diversas maneras, una de esas interpretaciones es incompatible con las normas constitucionales, pero no las demás. En estos casos, no se elimina la disposición, sino que se impide a los órganos aplicadores interpretar de una determinada manera a la disposición, es decir, de modo que exprese una norma irregular⁶¹.

Estas cuestiones interpretativas que giran en torno a la decisión de la regularidad constitucional de una norma muestran que el órgano al que se atribuye competencia de control de regularidad es el intérprete que decide finalmente que una norma pueda producir o continuar produciendo efectos jurídicos. Este aspecto hace falta en la propuesta de Bulygin, y en mi opinión, lo que se puede rescatar de la tesis de la CAT presentada por Kelsen. No hay duda de que fue formulada de modo paradójico producto de ciertas confusiones conceptuales, creo que Kelsen acierta en vincular la cuestión acerca de la inconstitucionalidad con los mecanismos de control. En esta línea Kelsen afirma:

“[...] la pregunta referente a si una norma producida por un órgano jurídico corresponde a la norma superior que determina la forma de su producción o también su contenido, no puede separarse de la pregunta sobre quién esté facultado por el orden jurídico para resolver la pregunta previa”⁶².

Una evaluación política atinente al diseño institucional de los mecanismos de control, es decir, la valoración de la decisión de depositar el control de las normas jurídicas en uno u otro tipo de órgano es una interesante discusión política que no he abordado en este trabajo. Me he limitado a intentar mostrar que la pregunta acerca de quién decide con efectos jurídicos sobre la regularidad, así como los alcances de dicha decisión son indispensable para un completo análisis sobre el fenómeno de la aplicación de las normas que puedan ser interpretadas como irregulares.

V. CONCLUSIÓN

Una norma puede resultar irregular por no adecuarse a alguno(s) requisito(s) establecidos en otras normas del mismo sistema jurídico que condicionan la producción normativa. La irregularidad es el resultado de una actividad interpretativa consistente en la atribución de significado de las disposiciones que expresan la norma en cuestión, como también de las disposiciones que expresan las normas sobre producción jurídica. Las normas irregulares pueden ser de hecho aplicadas, es decir, utilizadas como fundamento de las decisiones de los órganos aplicadores del derecho, pues solo la decisión de algunos intérpretes (a los que se atribuye la competencia para decidir sobre la regularidad de una norma) impide que estas puedan producir o continuar produciendo consecuencias jurídicas. El hecho de que las normas irregulares tengan efectos jurídicos es una cuestión

⁶¹ En se sentido véase GUASTINI, 2011, pp. 302 y ss.

⁶² KELSEN, 1960, p. 274.

que se encuentra estrechamente vinculada a un aspecto estructural de cada sistema jurídico: los mecanismos de control de la regularidad que el mismo dispone y de cómo se encuentren configurados. Los aspectos que han sido recién mencionados no son abordados por el concepto de aplicabilidad, y como puede observarse, son relevantes a la hora de analizar a las normas irregulares. En conclusión, puedo señalar que el problema del concepto de Bulygin para analizar a las normas irregulares no está en lo que Bulygin afirma, sino en lo que omite.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, 1971: *Normative Systems*, tr. cast.: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires: Astrea, 1987.
- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, 1979: *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Valencia (Venezuela): Universidad de Carabobo.
- ATRIA, Fernando, 2000: "Revisión judicial. El síndrome de la víctima insatisfecha", en *Estudios Público* Nº 79, invierno del 2000, pp. 347-402.
- BIECKEL, Alexander, 1986: *The least dangerous branch*, New Haven: Yale University Press.
- BOBBIO, Norberto, 1975: "Per un lessico di teoria generale del diritto", en *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova: Cedam, 1975, pp. 47-55.
- BULYGIN, Eugenio, 1967 "Sentenza giudiziaria e creazione di diritto", tr. cast.: "Sentencia judicial y creación del derecho", en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis Lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 355-370.
- BULYGIN, Eugenio, 1982: "Time and Validity", tr. cast.: "Tiempo y Validez", en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis Lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 195 y ss.
- BULYGIN, Eugenio, 1990: "An antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law", tr. cast.: "Validez y positivismo", en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis Lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 499-520.
- BULYGIN, Eugenio, 1991: "Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 9, 1991, pp. 257-270.
- BULYGIN, Eugenio, 1995: "Cognition and Interpretation of Law", en Gianformaggio, Letizia y Paulson, Stanley (eds.), *Cognition and interpretation of law*, Torino: Giappichelli, 1995, pp. 11-35.
- BULYGIN, Eugenio, 2005: "El problema de la validez en Kelsen", en Kelsen, Hans, Bulygin, Eugenio., y Walter, Robert: *Validez y eficacia del derecho*, Buenos Aires: Astrea, 2005, pp. 99-124.
- BULYGIN, Eugenio, 2006: *El positivismo jurídico*, México D.F.: Fontamara.
- CARACCILO, Ricardo, 1988: *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- CARACCILO, Ricardo, 1994: *La noción de sistema jurídico en la teoría del derecho*, México D.F.: Fontamara.
- CELANO, Bruno, 1999: *La Teoria del diritto di Hans Kelsen: una introduzione critica*, Bologna: Il Mulino.
- CELANO, Bruno, 2009: *Derecho, justicia, razones: ensayos 2000-2007*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- COMANDUCCI, Paolo, 1998: "Kelsen e la clausola alternativa tacita", en *Assagi di metaetica due*, Torino: Giappichelli, 1998, pp. 139-158.

- COMANDUCCI, Paolo, 2012: "Tomando a Kelsen en serio", en Ramírez Cleves, Gonzalo (ed.): *Ecos sobre Kelsen*, Bogotá: Universidad Externado, 2012, pp. 439-460.
- CHAHUÁN, Marcela, 2017: "Legislación de excepción. Una propuesta de análisis sobre la base de la teoría del derecho de Hans Kelsen", en *Diritto & Questioni Pubbliche*, vol. 17/2, 2017, pp. 57-78.
- CHAHUÁN, Marcela, 2018: "Sobre la tesis de la cláusula alternativa tácita. Aspectos realistas que rescatar", en *Análisi e Diritto 2017*, pp. 257-299, Barcelona, Madrid: Marcial Pons.
- FERRER BELTRÁN, Jordi, 2000: *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- FERRER BELTRÁN, Jordi y RODRÍGUEZ, Jorge Luis, 2011: *Jerarquías normativas y la dinámica de los sistemas jurídicos*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons.
- FERRERES COMELLÁ, Víctor, 1997: *Justicia constitucional y democracia*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- FISS, Owen, 2007: *El derecho como razón pública*. Madrid, Marcial Pons.
- GIANFORMAGGIO, Letizia y PAULSON, Stanley, 1995: *Cognition and interpretation of law*, Torino: Giappichelli.
- GUASTINI, Riccardo, 1992: *Dalle fonti alle norme*, Torino: Giappichelli.
- GUASTINI, Riccardo, 1996: *Distinguendo: studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino: Giappichelli, trad. cast. Ferrer Beltrán, Jordi.: *Distinguendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona: Gedisa.
- GUASTINI, Riccardo, 2001: *Lezioni di teoria costituzionale*, Torino: Giappichelli.
- GUASTINI, Riccardo, 2010: *Le Fonti del Diritto. Fondamenti teorici*, Milano: Giuffrè.
- GUASTINI, Riccardo, 2011: *Interpretare e argumentare*, Milano: Giuffrè.
- GUASTINI, Riccardo, 2013: "The Basic Norm Revisited", en Duarte D'almeida, Luis, Gardner, John, y Green, Leslie (eds.): *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law*, Oxford and Portland, Oregon Hart Publishing, 2013, pp. 63-76.
- GUASTINI, Riccardo, 2016: *La sintaxis del Derecho*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons.
- HABERMAS, Jürgen., 2008: *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*, Madrid: Trotta.
- HART, Herbert, 1958: "Positivism and the Separation of Law and Morals", en *Harvard Law Review*, vol. 71, No. 4, Feb. 1958, pp. 593-629.
- HART, Herbert, 1961: *The concept of Law*, Oxford: Clarendon Press.
- KELSEN, Hans, 1934: *Reine Rechtslehre* (1ª Ed.), tr. cast.: *Teoría Pura del Derecho. Introducción a la Ciencia del Derecho*, Buenos Aires: Editorial Universitaria, 1960.
- KELSEN, Hans, 1945: *General Theory of Law and State*, tr. cast.: *Teoría General del Derecho y del Estado*, México D. F.: UNAM, 1989.
- KELSEN, Hans, 1960: *Reine Rechtslehre* (2 ed.), tr. cast.: *Teoría Pura del Derecho*, México D. F.: UNAM, 1986.
- KELSEN, Hans, 1962: "Derogation", en Weinberg, O. (ed.): *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Dordrecht-Boston: D. Reidel, 1973, pp. 261-275.
- KELSEN, Hans, 1965: *Law and Logic*, tr. cast.: *Derecho y Lógica*, México D. F.: UNAM, 1978.
- KELSEN, Hans, 1979: *Allgemeine Theorie der Normen*, tr. ing.: *General Theory of Norms*, Oxford: Clarendon Press, 1991.
- KELSEN, Hans, 1988: *La garantía jurisdiccional de la Constitucional (la justicia constitucional)*, en *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo*, Madrid: Debate, 1988, pp. 109-156.
- MARMOR, Andrei, 2011: *Philosophy of Law*, Princeton: Princeton University Press.
- MORESO, José Juan, 1993: "Sobre las normas inconstitucionales", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 13, núm. 38, mayo-agosto de 1993, pp. 81-115.

- MORESO, José Juan y NAVARRO, Pablo, 1993: *Orden jurídico y sistema jurídico. Una investigación sobre la identidad y la dinámica de los sistemas jurídicos*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- MORESO, José Juan y NAVARRO, Pablo, 1996: “Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas”, en *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 5 octubre de 1996, pp. 119-139.
- NAVARRO, Pablo, ORUNESU, Claudina, RODRÍGUEZ, Jorge Luis y SUCAR, Germán, 2000: “La aplicabilidad de las normas jurídicas”, en *Análisis e Derecho 2000*, pp. 113-152.
- NINO, Carlos, 1985: *La validez del derecho*, Buenos Aires: Astrea.
- PAULSON, Stanley, 1998: “Introduction”, en Paulson, Stanley y Litschewesky Paulson, Bonnie. (eds.), *Normativity and Norms. Critical perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford: Oxford University Press, 1998, pp. xxiii-xxvii.
- PEGORARO, Lucio, 1998: *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Torino Giappichelli.
- PINO, Giorgio, 2012: “La aplicabilidad de las normas jurídicas”, en Moreso, José Juan y Martí, José Luis (eds.): *Contribuciones a la Filosofía del Derecho. Imperia en Barcelona*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2012, pp. 57-96.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, 2009: *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid, Trotta.
- RATTI, Giovanni, 2014: “Un poco de realismo sobre inconstitucionalidad y derogación”, en *Discusiones*, 14, 2014, pp. 253:276.
- RAZ, Joseph, 1974: “Kelsen’s theory of the basic norm”, en Raz, Joseph, 1979, pp. 122-145.
- RAZ, Joseph, 1979: *The authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford: Oxford University Press.
- RODRÍGUEZ, Jorge Luis, 2011: “Algunas dificultades en la reconstrucción de la dinámica jurídica”, en Ferrer Beltrán, Jordi y Ratti, Giovanni: *El realismo jurídico genovés*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2011, pp. 117-146.
- ROSS, Alf, 1958: *On the Law and Justice*, London: Stevens & Sons, tr. cast. Carrió, Genaro, *Sobre el Derecho y la Justicia* (2ª ed.), Buenos Aires, Eudeba, 1997.
- ROSS, Alf, 1969: *El concepto de validez y otros ensayos*, Buenos Aires. Centro Editor de América Latina.
- RUBIO LORENTE, Francisco, 1997: “Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa”, en VVAA, *Manuel Fraga, Homenaje Académico*, Madrid: Fundación Cánovas del Castillo, 1997, pp. 1411 y ss.
- RUIZ MANERO, Juan, 1990: *Jurisdicción y normas*, Madrid: Centros de Estudios Políticos y Constitucionales.
- RUIZ MANERO, Juan, 1995: “On the tacit Alternative Clause”, en Gianformaggio, Letizia y Paulson, Stanley (eds.), 1995, pp. 247-256.
- VON WRIGHT, Georg Henrik, 1963: *Norm and Action. A logical Inquiry*, London: Routledge & Keagan Paul.
- VÍRGALA FORURIA, Eduardo, 2001: “Control abstracto y recurso directo de inconstitucionalidad en los Estados Unidos”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 21, núm. 62, mayo-agosto, 2001, pp. 77-124.
- WALDRON, Jeremy, 2005: *Derecho y desacuerdos*, Madrid: Marcial Pons.