

V. *Dinámica jurídica*

35. La construcción escalonada del orden jurídico

- h) El negocio jurídico 264
 - α) El negocio jurídico como hecho productor de derecho 264
 - β) El contrato 265
- i) La administración 269
- j) Conflicto entre normas de diverso nivel 303
 - α) La sentencia contra ley 303
 - β) La ley inconstitucional 277
- k) Nulidad y anulabilidad 283

h) *El negocio jurídico*

a) *El negocio jurídico como hecho productor de derecho.* La norma jurídica individual que la sentencia judicial representa, estatuye la sanción que, en caso de una sentencia penal, tendrá carácter de pena, o en caso de una sentencia civil, el de una ejecución civil. La finalidad de la sanción civil es la reparación, especialmente: la reparación de un daño.¹⁵⁴ La conducta que provoca un daño es ilícita, constituye un delito civil, en tanto es condición de una ejecución civil. Pueden distinguirse dos tipos de causa de daños, según se encuentren en conexión con un negocio jurídico precedente, o se produzcan sin esa relación. Daños causados en la segunda forma aparecen, por ejemplo, cuando alguien, deliberada o negligentemente, daña o destruye un objeto de propiedad de otro, o cuando alguien infiere un daño a otro mediante un delito penal, como lesiones o hurto. En el último caso mencionado, la sanción civil se suma a la sanción penal. Daños causados en la primera forma aparecen, por ejemplo, cuando dos personas han celebrado un contrato, ocasionando una de las partes en el contrato un daño a la otra al no cumplir con su obligación contractual. En este caso, el hecho condicionante de la sanción civil se compone de dos partes: la celebración de un contrato y de una conducta violatoria del contrato. O expresándolo en términos más generales: de la realización de un negocio jurídico y de una conducta contraria a lo convenido.

Una conducta puede considerarse contraria a lo convenido sólo en tanto el sentido subjetivo de los actos, o del acto que configuran un negocio jurídico, es una norma; sólo en tanto el negocio jurídico es un hecho productor de normas. En la terminología jurídica tradicional, la expresión "negocio jurídico" sirve tanto para designar el acto productor de la norma, como la norma producida por el acto. El negocio jurídico típico es el contrato. En un contrato acuerdan las partes contratantes deber comportarse recíprocamente de determinada manera. Este deber es el sentido subjetivo del acto en que se da el negocio jurídico, pero también constituye su sentido objetivo, es decir, este acto es un hecho productor de normas jurídicas, en tanto y en cuanto el orden jurídico otorgue a ese hecho esa calidad, y se la otorga en tanto hace de la realización del hecho del negocio jurídico, junto con una conducta contraria a él, condición de una sanción civil. Al establecer el orden jurídico al negocio jurídico como un hecho productor de derecho, autoriza a los individuos sujetos al negocio a regular sus relaciones recíprocas, en el marco de las normas jurídicas generales producidas por vía de legislación o costumbre, por las normas que son producidas mediante el negocio jurídico. Estas normas convencionalmente producidas, que no estatuyen sanciones, sino una conducta cuyo opuesto es una condición de la sanción estatuida por las normas jurídicas generales, no son normas jurídicas independientes. Constituyen normas jurídicas sólo en su rela-

¹⁵⁴ Cf. *supra*, pp. 115 y s., 128 y s.

ción con las normas jurídicas generales que estatuyen sanciones. El tribunal civil que resuelve un litigio surgido de un negocio jurídico, tiene que establecer no sólo la validez de la norma jurídica general sobre cuya base se llevó a cabo el negocio, sino también el hecho de que el negocio jurídico efectivamente se realizó, que se da una conducta contraria a lo pactado y que el daño así causado no ha sido reparado, para dictar, en mérito a esas comprobaciones, la norma individual, conforme a la cual, si el daño determinado por el tribunal no es reparado dentro de un plazo determinado, se deberá llevar a cabo una sanción estatuida en la norma jurídica general. La sanción estatuida en la norma jurídica general constituye en obligación principal a la obligación de omitir la conducta contraria al pacto, y de causar así un daño, y como obligación accesoria, la de reparar el daño provocado por el incumplimiento de la obligación principal. La sanción puede ser evitada mediante el cumplimiento de la obligación que el negocio jurídico inmediatamente estatuye, o, en caso de su incumplimiento, mediante el cumplimiento de la obligación sustitutiva de reparar el daño que, en este caso, es una obligación accesoria. Lo mismo sucede cuando el daño no es causado por una conducta contraria a la convención negociada, sino es causada por una conducta que tampoco es punible. Si, en cambio, el daño resulta de una conducta que ella misma es condición de una sanción penal —como una lesión corporal grave—, entonces no puede evitarse esa sanción mediante el cumplimiento de la obligación de reparar el daño causado por el delito punible; en esos casos, la obligación constitutiva de la sanción civil se agrega a la sanción penal, consistente en la obligación de omitir el delito punible. En relación con esta obligación, la obligación de reparar el daño no constituye una obligación sustitutiva.

El negocio jurídico es, igualmente como el delito consistente en el comportamiento contrario a la convención, y el delito de no reparar los daños provocados de esa manera, condición de la sanción civil. Se distingue del delito en que, conforme al orden jurídico, produce la norma que constituye su sentido, mientras que el delito no es un hecho que el orden jurídico establezca como productor de normas. El acto coactivo de la sanción civil no está dirigido contra el individuo que ha efectuado un negocio jurídico, sino sólo contra el individuo que, luego de haber realizado un negocio jurídico, se comporta contra lo convenido, u omite reparar el daño causado por la conducta contraria a lo pactado.

β) *El contrato*. Según que el hecho del negocio jurídico está constituido por el acto de un individuo, o por los actos de dos o más individuos, se distingue entre negocios jurídicos unilaterales, y negocios bi o multilaterales. El negocio jurídico de lejos más importante en el derecho moderno es el negocio jurídico, bi o multilateral, el contrato.

El hecho del contrato se configura con las declaraciones concordantes de voluntad de dos o más individuos, dirigida a una determinada conducta de los

mientos. El orden jurídico puede, aunque no necesita hacerlo, prescribir determinada forma para esas declaraciones, de suerte que constituyan un contrato con fuerza obligatoria —es decir, para producir normas que obliguen y faculden a los individuos contratantes—, por ejemplo, estableciendo que ha de celebrarse por escrito, y no sólo verbalmente o a través de gestos. En todo caso las partes tienen que expresar de alguna manera su voluntad, es decir, darle alguna exteriorización. De no ser así, el hecho de que el contrato ha sido celebrado no podría comprobarse en un procedimiento de aplicación de derecho y, especialmente, en un procedimiento judicial.

Entre la voluntad efectiva de una parte, y su expresión efectuada en alguna forma, puede aparecer una discrepancia en tanto la formulación puede ser interpretada por la otra parte contractual, o por el órgano de aplicación, en sentido distinto del que la parte pretendía expresar con esa formulación. Cuáles sean las consecuencias de tal discrepancia sólo puede determinarse por el mismo orden jurídico, y no por la ciencia del derecho. El orden jurídico puede determinar que no se considerará realizado un contrato cuando una parte pueda demostrar que el sentido que pretendía dar a la formulación de su voluntad, es distinto del que le otorga la otra. Pero el orden jurídico puede también establecer que tal discrepancia carezca de significado para la validez de la norma producida convencionalmente; que la misma es jurídicamente irrelevante; que sólo interesa el sentido que la formulación, en caso de litigio, podría atribuirse normalmente a la otra parte en opinión del órgano de aplicación. El orden jurídico puede dar más peso a la formulación externa que a la voluntad efectiva, o, al revés, dar más peso a la voluntad efectiva que a la formulación externa. Cual sea, entre ambas soluciones de este problema, la preferible, depende de los principios jurídico-políticos que determinan al legislador. El ideal de la seguridad de las transacciones puede conducir a una, mientras que el ideal de la libertad individual puede llevar a la otra solución.

Para que se produzca el contrato, la declaración de voluntad de una parte tiene que estar dirigida a la otra, y ésta tiene que aceptar la declaración que se le formula. El contrato se configura, como se suele decir, en una oferta y en su aceptación. La oferta es un ofrecimiento cuya aceptación otorga validez a una norma que regula el comportamiento recíproco de las partes contratantes. Cuando esa norma estatuye una obligación de la parte oferente, la oferta reviste el carácter de una promesa. La distinción entre oferta y aceptación supone que ambas declaraciones de voluntad no se producen simultáneamente. La oferta tiene que preceder a la aceptación. Surge así la pregunta si la voluntad exteriorizada por la parte oferente en su declaración, tiene que mantenerse hasta el instante de la aceptación, de suerte que en el momento de la aceptación las voluntades de ambas partes tengan que coincidir, y, por ende, si así no es el caso, porque el oferente ha modificado en el ínterin su voluntad, manifestando ese cambio de voluntad mediante el retiro de la oferta, no se produce

contrato alguno; o bien si la modificación de voluntad, luego de formulada la oferta, es irrelevante, puesto que la oferta no puede ser retractada; y cuando ella no puede ser dejada sin efecto, cuánto sea el tiempo por el cual el oferente queda obligado con su oferta. Estas preguntas también pueden ser contestadas sólo de acuerdo con las determinaciones positivas del orden jurídico. Si éste admite la retractación de la oferta, en cualquier momento antes de la aceptación, la celebración de contratos entre ausentes se hace muy difícil. Para superar esta dificultad, a veces el orden jurídico determina que el oferente, en ciertas condiciones, quede obligado por un tiempo determinado a mantener su oferta. Ello significa que el contrato se celebra válidamente si la oferta es aceptada dentro de ese lapso, aun cuando el oferente haya modificado entre tanto su voluntad declarada en la oferta. Entonces la aceptación de la oferta puede producir una norma que obliga al oferente, inclusive contra su voluntad.

Para que se realice un contrato, se requiere que se formulen declaraciones de voluntad coincidentes de las partes contratantes, declaraciones según las cuales las partes quieren lo mismo. Mediante este hecho se produce una norma, cuyo contenido estará determinado por las declaraciones coincidentes. El contrato, como hecho, productor de normas jurídicas, y la norma producida por ese hecho, deben mantenerse nítidamente diferenciadas. Pero en la terminología tradicional, la palabra "contrato" es empleada para designar ambas cosas. Se habla de la celebración de un contrato, aludiéndose así a los actos que constituyen el hecho productor de normas. Se habla de la validez de un contrato, aludiéndose a la norma producida por ese hecho, puesto que sólo una norma, y no un acto, puede tener "validez". El dominio de validez temporal de la norma producida contractualmente puede estar determinado en su contenido; un contrato puede ser celebrado con validez para cierto lapso determinado. La norma puede contener también la disposición de que la validez del contrato pueda ser terminada en cualquier momento por una declaración unilateral de una de las partes. Ello puede suceder también, conforme al derecho válido, cuando el contrato ha sido celebrado con una validez temporal indeterminada. Si el término de validez de la norma contractualmente producida se encuentra determinada en el contrato mismo, no puede ser terminado por la declaración unilateral de una de las partes contratantes. Entonces su terminación, antes del transcurso del plazo establecido, sólo puede producirse mediante una norma creada por las mismas partes contratantes, o, para expresarlo con otras palabras, entonces el contrato sólo puede ser dejado sin efecto mediante un nuevo contrato celebrado por las mismas partes.

Mediante una norma producida contractualmente, normalmente sólo pueden estatuirse obligaciones y derechos de las partes. Así recibe expresión el principio de la llamada autonomía privada. Pero un orden jurídico puede autorizar también contratos denominados a favor, o a cargo, de terceros, es decir, normas contractualmente producidas que obligan o facultan a individuos que

no han participado en el hecho productor de derecho. La norma contractualmente producida puede imponer a las partes en el contrato iguales obligaciones y otorgar iguales derechos. Pero puede también imponer obligaciones distintas a las distintas partes en el contrato, o sólo imponer una obligación a una de las partes del contrato, otorgando a la otra sólo un derecho. Pero tal contenido tiene que haber sido querido siempre por todas las partes en el contrato, o bien estar contenido en la declaración concordante de voluntades de todas las partes. La norma producida contractualmente tiene carácter individual, como en caso de una compraventa, mediante la cual una parte se obliga a entregar una única vez una determinada cosa, y la otra se obliga a pagar una única vez determinada suma de dinero.

Pero el contrato puede tener también carácter general, es decir, obligar, no a una prestación única, o a una única prestación y única contraprestación, sino a un número indeterminado de prestaciones, o prestaciones y contraprestaciones; como, por ejemplo, el contrato en el cual una sociedad de seguros se obliga con respecto de un individuo a pagarle los costos del tratamiento médico en cada caso de enfermedad, obligándose el individuo asegurado a pagar mensualmente a la sociedad de seguros cierta contribución en dinero.

En el derecho internacional, la cláusula de admisión desempeña en algunos convenios cierto papel. Por esa cláusula cualquier Estado, o ciertos Estados, quedan facultados para ingresar a un convenio. El ingreso al pacto puede producirse mediante una declaración unilateral, o mediante una solicitud que tiene que ser aceptada por las partes contratantes existentes, su mayoría, o por uno de los órganos establecidos por la norma pactada. En este último caso, la admisión se produce mediante un nuevo contrato; en el primer caso, mediante la aceptación unilateral a la norma del tratado. Mediante la admisión, la norma convencional adquiere validez para el ingresante.

Un tipo especial de contratos mediante los cuales se producen normas generales son aquellos mediante los cuales se instaura, conforme al derecho interno de un Estado, un estatuto social, o, según el derecho internacional general, la carta de una organización internacional, como la Sociedad de las Naciones o las Naciones Unidas. Se habla entonces de una asociación. La admisión a la sociedad, o la organización internacional, es ingresar a la asociación mediante la cual se estableció la sociedad o la organización internacional. Si el ingreso a la sociedad o a la organización internacional sólo es posible con el acuerdo de un órgano social, o de la organización internacional, entonces la admisión depende de un contrato celebrado entre la sociedad o la organización y el miembro ingresante, contrato cuyo contenido constituye el estatuto de la sociedad o la carta de la organización internacional. Si la admisión puede producirse por la declaración unilateral del ingresante, tenemos la aceptación de un orden jurídico parcial válido. Mediante el acto del ingreso toman validez para el sujeto admitido las normas del estatuto social, o la carta de la organización

internacional, lo que significa que esas normas son producidas con validez para ese sujeto.

Ese ingreso de una persona privada en una sociedad, o de un Estado a una organización internacional es —a diferencia de un contrato— un negocio jurídico unilateral. En el terreno del derecho privado tenemos algo semejante en la llamada promesa de premio, esto es, la promesa públicamente notificada de otorgar un premio por determinada prestación. En ambos casos el acto de un sujeto produce una norma, o normas, mediante la cual el sujeto que instaura la norma queda obligado. Por ello se distinguen los negocios jurídicos unilaterales de los actos legislativos, las sentencias judiciales y los actos administrativos, que producen normas que obligan a sujetos diferentes de los que las establecieron.

i) *La administración.* Junto a la legislación y la jurisdicción, la administración es designada como una de las tres funciones que la teoría tradicional considera como las funciones esenciales del Estado. La legislación y la jurisdicción son funciones jurídicas en sentido estricto, es decir, funciones mediante las cuales se producen y aplican las normas del orden jurídico estatal, donde la aplicación de una norma jurídica consiste en la producción de otra norma, o en la ejecución del acto coactivo estatuido por una norma.¹⁵⁵ Los individuos que desempeñan esas funciones son órganos de derecho. Que tales sean órganos del Estado, es decir pues, que su función sea atribuida al “Estado”, es decir, a la comunidad jurídica constituida por el orden jurídico estatal, significa que son referidos a la unidad del orden coactivo constituyente de esa comunidad. Este orden coactivo es un orden jurídico “estatal” en tanto y en la medida en que establece órganos que funcionan mediante una división del trabajo, habiendo sido designados, mediata o inmediatamente, para el desempeño de sus funciones, es decir, como órganos relativamente centrales, limitados en su dominio de validez territorial a un espacio firmemente delimitado —el llamado territorio del Estado—, supuesto como orden supremo, o sólo subordinado al orden jurídico internacional. Pero debe advertirse que las funciones jurídicas —esto es, la producción y aplicación de normas del orden jurídico estatal— no se cumplen únicamente en órganos centrales, sino también mediante procedimientos descentralizados; así, la producción de normas jurídicas generales a través de la costumbre, y la de normas jurídicas individuales y generales mediante negocios jurídicos. Los individuos que desempeñan esas funciones jurídicas son tan órganos jurídicos como el órgano legislativo, o los tribunales, y su función puede igualmente bien ser referida, como la legislación y la jurisdicción, a la unidad del orden jurídico estatal, como atribuida a la comunidad constituida mediante ese orden jurídico, el Estado. La terminología tradicional —como se mostró anteriormente en otro contexto— no se adecua a esto. Las normas jurí-

¹⁵⁵ Cf. *supra*, p. 157.

dicas producidas por la costumbre, o por negocio jurídico, no son designadas como derecho producido por el Estado, aunque esas normas pertenezcan igualmente al orden jurídico estatal, como las normas producidas mediante legislación o por resoluciones judiciales. La terminología tradicional tiene la tendencia, anteriormente caracterizada, de designar sólo órganos estatales a los órganos jurídicos más o menos centralizados, es decir, la de atribuir al Estado, a la comunidad jurídica, sólo la función desempeñada por esos órganos. Característico es, en este respecto que, como ya se recordó, que sí el parlamento, pero no el cuerpo electoral o los electores individualmente, es considerado órgano del Estado.¹⁵⁶

La actividad denominada administración estatal es, en buena parte, del mismo tipo que la legislación y la actividad judicial, es decir, una función jurídica en sentido estricto de producción y aplicación de normas jurídicas. La función del órgano administrativo superior, el gobierno, reside en la participación que la constitución le delega en la legislación; en el ejercicio de las facultades otorgadas por la constitución de celebrar tratados con otros Estados; en la promulgación, conforme a la constitución, de ordenanzas y resoluciones administrativas dirigidas a los órganos administrativos inferiores y a los súbditos —es decir, en la producción y aplicación de normas generales e individuales. Entre una ley administrativa, que al estatuir sanciones obliga a los sujetos sometidos al derecho a determinada conducta en el terreno de la salud, la actividad profesional o del tráfico, y una ley penal o civil no aparece, desde un punto de vista técnico-jurídico, ninguna diferencia. Los organismos administrativos inferiores del gobierno, en especial, los órganos policiales, tienen que aplicar normas jurídicas que estatuyen sanciones penales generales, función que no se diferencia de la jurisdicción de los tribunales por su contenido, sino por la naturaleza del órgano que la cumple. El juez es, en el cumplimiento de su función, independiente, es decir, sólo está obligado por la norma jurídica general que debe aplicar, mientras que el órgano administrativo, al ejercer su función, debe observar las instrucciones impartidas por un órgano superior. Pero esta diferencia no es, en modo alguno, una diferencia absoluta, puesto que también los órganos administrativos superiores —a falta de órganos supremos a ellos— son tan independientes como los tribunales. Haciendo abstracción de la independencia de los órganos judiciales, no hay ninguna diferencia entre la función de un tribunal que en caso de hurto impone una pena de privación de libertad, o en caso de injuria al honor, impone una multa, y la función del órgano administrativo que en caso de violación de prescripciones fiscales, sanitarias o de tráfico, ordena la ejecución de sanciones análogas. Por lo demás, la ejecución de la sanción, aun cuando ha sido ordenada por un tribunal, constituye un acto administra-

¹⁵⁶ Cf. *supra*, p. 157.

tivo, puesto que el órgano de ejecución no es un tribunal, sino un órgano administrativo.

Una diferencia funcional entre la función judicial y la administrativa —tratándose con todo siempre de una función jurídica en sentido estricto, como producción y aplicación de normas judiciales— aparece entonces cuando el acto coactivo no tiene carácter de sanción, tratándose de la aplicación de normas jurídicas que estatuyen la internación coactiva de enfermos, la expropiación forzosa o la destrucción de propiedades, y actos coactivos análogos, que no aparecen como reacción contra una conducta humana determinada por el orden jurídico.¹⁵⁷

Esencialmente diferente de los dos tipos hasta ahora evocados de actividad administrativa estatal, que representan funciones jurídicas en sentido estricto, es la consistente, no en la producción o aplicación de normas jurídicas, sino en el cumplimiento de normas jurídicas por parte de individuos específicamente calificados, a saber: los “funcionarios del Estado”. Esta actividad designada como administración estatal es del mismo tipo que la actividad económica y cultural de individuos privados. Así como éstos, puede el Estado construir y explotar ferrocarriles, erigir escuelas y hospitales, impartir enseñanza y atender enfermos. Como administración estatal, esta actividad se diferencia de la actividad similar de personas privadas, no por su contenido, sino porque los individuos que realizan esas actividades se encuentran jurídicamente calificados como funcionarios estatales. Es decir, bajo determinadas condiciones, a saber: cuando son realizadas por determinados individuos calificados, esas funciones son atribuidas, no a los individuos que efectivamente las desempeñan, sino al Estado. En qué consiste esa calificación, es cosa que se mostrará más adelante.¹⁵⁸ Aquí corresponde destacar que esta actividad, interpretada como administración estatal, es el contenido de obligaciones profesionales específicas. Estos deberes profesionales son constituidos por normas jurídicas que enlazan al incumplimiento, o al mal cumplimiento de las funciones del cargo, penas específicas, denominadas sanciones disciplinarias. Según los usos lingüísticos corrientes, se atribuye al Estado solamente la función resultante del cumplimiento de una obligación derivada del cargo, pero no la obligación profesional misma, del mismo modo que no se considera la pena disciplinaria impuesta por incumplimiento de ese deber profesional como dirigida contra el Estado. Cuando en una ley se establece que el Estado debe construir y explotar un ferrocarril, interpretándose esta disposición como una “obligación” del Estado, no es la obligación profesional de los órganos la que aquí entra en consideración, lo que se atribuye al Estado. Esas obligaciones de los cargos administrativos existen también cuando el Estado, según el tenor literal de la ley, sólo está facultado para construir y explotar un ferrocarril. Cuando se habla aquí de una

¹⁵⁷ Cf. *supra*, pp. 41 y ss.

¹⁵⁸ Cf. *infra*, pp. 299 y ss.

obligación del Estado, no se trata de una obligación en el sentido estrictamente jurídico del término.¹⁵⁹ Si la actividad que se entiende como administración del Estado no consiste en la producción o aplicación, sino en el cumplimiento de normas jurídicas, es decir, en el cumplimiento de obligaciones de cargo por parte de órganos burocráticos; si, por tanto, no se atribuye al "Estado" una función de producción o aplicación de derecho, sino una función de cumplimiento del derecho, entonces la conducta que se atribuirá al Estado como comunidad jurídica no será sólo la determinada en el orden jurídico constitutivo de la comunidad, sino también la correspondiente a una función determinada al efecto por el orden jurídico, a saber: la de un individuo calificado de "funcionario", que funciona de manera específica mediante una división del trabajo, y que ha sido designado para esa función determinante de su situación jurídica personal. Debe advertirse, con todo, que también puede ser deber profesional del individuo así calificado el desempeñar funciones de producción y de aplicación de derecho. Puesto que no sólo los órganos administrativos, que desempeñan funciones jurisdiccionales, sino también los jueces independientes pueden tener el carácter de funcionarios; y a la actividad administrativa del Estado pertenece también la actividad productora de normas jurídicas a través de negocios jurídicos, así como el cumplimiento de las obligaciones creadas, y el ejercicio de los derechos resultantes de esos negocios jurídicos. Es decir, también esas funciones pueden ser atribuidas al Estado como el contenido de obligaciones jurídicas de órganos burocráticos (y, por ende, como funciones de cumplimiento del derecho), interpretadas como actos de la administración estatal. Tienen primeramente el carácter de funciones de cumplimiento del derecho, puesto que resultan del cumplimiento de las obligaciones del cargo por parte de órganos burocráticos y, en tanto se trata de actos consistentes en negocios jurídicos, sólo tienen secundariamente el carácter de funciones productoras de normas jurídicas.

Las normas que regulan el comportamiento de esos individuos, al establecer deberes profesionales específicos y otorgar competencias burocráticas específicas, constituyen, dentro del orden jurídico total que regula el comportamiento de todos los individuos que viven dentro de su dominio territorial de validez, un orden jurídico parcial, que constituye un grupo parcial de individuos calificados como funcionarios del Estado, a saber: el Estado como aparato burocrático de funcionarios, con el gobierno en la punta. Este concepto más estrecho de Estado tiene que distinguirse del concepto más amplio de Estado, al que pertenecen todos los individuos que habitan el territorio estatal. Este concepto incluye al primero. Uno es, la personificación del orden jurídico total, regulador del comportamiento de todos los individuos que viven en el territorio estatal; el otro, la personificación del orden jurídico parcial que regula la

¹⁵⁹ Cf. *infra*, p. 304.

función de los individuos calificados como funcionarios estatales. La atribución de esas funciones al Estado significa referirlas a la unidad de ese orden jurídico parcial. Pero al estar referidas a la unidad de ese orden jurídico parcial, están referidas también a la unidad del orden jurídico total que abarca al orden jurídico parcial. La atribución al Estado, en sentido estricto, implica la atribución al Estado en sentido amplio.

Si se considera finalidad del orden jurídico estatal —o, lo que es lo mismo, como un fin del Estado— obtener conductas conforme a derecho, que eviten sanciones y cumplan obligaciones, o el hacer jurídicamente posible determinada conducta estableciendo derechos en sentido técnico y permisiones positivas, entonces esa finalidad del Estado, en la medida en que ese comportamiento no sea atribuido al Estado, no es interpretado como función estatal, o sólo mediatamente, en cuanto se cumple la función estatal (o jurídica) consistente en estatuir y ejecutar actos coactivos. Sin embargo, si la conducta del órgano burocrático —como en el caso de la administración estatal, que no tiene, o no tiene primariamente, el carácter de producción o aplicación de derecho, sino el de cumplimiento de las normas jurídicas— es atribuida al Estado, interpretándosela como función del Estado (en sentido estricto), entonces el fin del Estado (en sentido amplio) es realizado inmediatamente con esa función estatal (en sentido estricto). Entonces cabe distinguir, en este sentido, una administración estatal mediata, cuya función no difiere de la jurisdicción, sino que, como ésta, es función de producción y aplicación de derecho, de la administración estatal inmediata (directa), que es esencialmente distinta de la función judicial, por tratarse de una función de cumplimiento del derecho. En la medida en que también es función de producción de derecho, tiene carácter de una función jurisdiccional, no en cambio el de un negocio jurídico.

De ahí resulta que, desde el punto de vista de un análisis estructural del derecho, con el nombre de administración del Estado se designen dos funciones entre sí diferentes, pasando el límite entre estas funciones por el medio del terreno que en la teoría tradicional distingue a la administración del Estado de la función estatal denominada jurisdicción o poder judicial. En la distinción tradicional no se expresa una diferencia de funciones, sino la distinción entre dos aparatos burocráticos —caracterizados como poder judicial y administración pública—, cuya constitución sólo puede ser históricamente explicada en el Estado moderno, pero que no corresponde justificar desde el punto de vista de una sistemática jurídica.

j) *Conflicto entre normas de diverso nivel*

a) *La sentencia contra ley.* 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 deter-

minante, surge el problema de un 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. Más aún, el derecho mismo pareciera tener que contar con un derecho contrario a derecho, confirmando su existencia por relacionarse con múltiples prescripciones cuya finalidad radicaría en la anulación de un derecho contrario a derecho. Si hubiera algo así como un derecho contrario a derecho, la unidad del sistema de normas, que se expresa en el concepto de orden jurídico quedaría eliminada. Pues una norma "contraria a norma" es una autocontradicción; y una norma jurídica en cuyo respecto pudiera afirmarse que no corresponde a la norma que determina su producción, no podría ser vista como norma jurídica válida, por ser nula, lo que significa que, en general, no constituye norma jurídica alguna. Lo que es nulo no puede ser anulado por vía del derecho. Anular una norma no puede querer significar anular el acto cuyo sentido esa norma es. Algo que fácticamente se ha producido, no puede convertirse en no acontecido. Anular una norma quiere decir privar a un acto, cuyo sentido subjetivo es una norma, del sentido objetivo que le da una norma; lo que equivale a decir: a poner término a la validez de esa norma mediante otra norma. Cuando el orden jurídico, por cualquier razón, anula una norma, tiene previamente que dejarla valer —como el análisis siguiente lo muestra— como una norma jurídica objetivamente válida, es decir, conforme a derecho.

Así como en la pregunta relativa a si un hecho aparece en un caso concreto, hecho al cual la norma jurídica enlaza determinadas consecuencias, tiene que ligarse a la pregunta de quién es competente para dar respuesta a la primera pregunta, también 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. De igual modo que la primera, la segunda pregunta sólo puede ser contestada por el órgano que determine el orden jurídico, conforme al procedimiento determinado en el orden jurídico. Afirmar que una sentencia judicial, o una resolución administrativa son contrarias a derecho, sólo puede querer significar que el procedimiento en que la norma individual fue producida no corresponde a la norma que determina ese procedimiento, o que su contenido no corresponde al contenido de la norma general determinante, producida por vía legislativa o costumbre. En homenaje a la brevedad, sólo se investigará aquí el caso en

que se cuestiona si la norma individual de una sentencia judicial corresponde a la norma general que aplica, determinante de su contenido. Si el orden jurídico facultara a todos a resolver esta cuestión, apenas si podría lograrse una sentencia judicial que obligara a las partes. De ahí que este interrogante —según el derecho estatal— sólo pueda ser resuelto por el tribunal mismo, o por un tribunal superior. Si un tribunal decide un caso concreto y afirma que al hacerlo ha aplicado determinada norma jurídica general, la cuestión queda resuelta en un sentido positivo, y permanece así resuelta mientras la sentencia no sea revocada por la decisión de un tribunal superior. Puesto que la sentencia del tribunal de primera instancia —y ello quiere decir, la norma individual producida con esa sentencia— no es nula, según el derecho tenido por válido, aun cuando el tribunal competente para resolver la cuestión la considere “contraria a derecho”. Sólo es anulable, es decir, puede solamente ser anulada mediante uno de los procedimientos determinados por el orden jurídico. Sólo cuando el orden jurídico prevé un procedimiento semejante, pueden las partes litigantes atacar la sentencia, planteando la cuestión de la “legalidad” de la sentencia. Si el procedimiento en el cual se recurre contra una sentencia judicial ha llegado a su fin; si existe un tribunal de última instancia cuyas decisiones ya no pueden ser recurridas, tendremos una sentencia que ha adquirido fuerza de cosa juzgada, de suerte que ya no cabe plantear la cuestión de la “legalidad” de esa sentencia. Pero ¿qué significa el hecho de que el orden jurídico otorgue fuerza de cosa juzgada a la sentencia de última instancia? Significa que incluso cuando guarda validez una norma general que el tribunal debe aplicar, norma que predetermina el contenido de la norma individual que la sentencia judicial debe producir, puede adquirir validez la norma individual producida por un tribunal de última instancia cuyo contenido no corresponde a esa norma general. El hecho de que el orden jurídico conceda fuerza de cosa juzgada a la sentencia judicial de una última instancia, significa que no sólo tiene validez la norma general que predetermina el contenido de la sentencia judicial, sino también una norma general según la cual el tribunal puede determinar él mismo el contenido de la norma individual que debe producir. Estas dos normas configuran una unidad; de modo que el tribunal de última instancia está facultado para producir o bien una norma jurídica individual, cuyo contenido se encuentra predeterminado por una norma general producida por vía legislativa o consuetudinaria, o bien, una norma jurídica individual cuyo contenido no está así predeterminado, sino que tiene que ser determinado por el tribunal mismo de última instancia. Y también el hecho de que las sentencias de los tribunales de primera instancia, y de todo tribunal que no sea de última instancia, sólo son anulables conforme a las disposiciones del orden jurídico, es decir, que mantienen validez mientras no sean anuladas por una instancia superior, significa que ese órgano superior se encuentra facultado por el orden jurídico para producir o bien una norma jurídica individual, cuyo contenido

la norma jurídica general predetermina, o bien una norma jurídica individual, cuyo contenido no está así predeterminado, sino que tiene que ser determinado por el tribunal mismo de última instancia. Y también el hecho de que las sentencias de los tribunales de primera instancia, y de todo tribunal que no sea de última instancia, sólo son anulables conforme a las disposiciones del orden jurídico, es decir, que mantienen validez mientras no sean anuladas por una instancia superior, significa que ese órgano superior se encuentra facultado por el orden jurídico para producir o bien una norma jurídica individual, cuyo contenido la norma jurídica general predetermina, o bien una norma jurídica individual, cuyo contenido no está predeterminado, sino que el órgano mismo deberá determinar, con la diferencia de que la validez de esta norma jurídica individual sólo es provisional, es decir, que puede ser eliminada mediante determinado procedimiento, lo que no corresponde con respecto del caso de la norma individual producida por un tribunal de última instancia que ha adquirido fuerza de cosa juzgada. Su validez es, entonces, definitiva. Pero la validez provisional de la una, así como la validez definitiva de la otra norma individual, reposa en el orden jurídico. Es decir, pues, que reposa en una norma general preexistente, previa a su producción, que, cuando determina el contenido de esa norma jurídica individual, lo hace con el sentido de la alternativa aquí expuesta. Una sentencia judicial, mientras mantenga validez, no puede ser contraria a derecho. No cabe hablar, por consiguiente, de un conflicto entre la norma individual producida mediante la sentencia judicial, y la norma general, producida por legislación o costumbre, que el tribunal debe aplicar. Ni siquiera en el caso de una sentencia judicial de primera instancia, recurrible, y, por ende, revocable (anulable). El fundamento objetivo de su anulabilidad no reside —como pudieran sostenerlo las partes litigantes, o inclusive el tribunal de apelación— en su ilegalidad, es decir, en el hecho de no corresponder a la norma general que debe aplicar —puesto que si eso hiciera, sería nula, es decir, jurídicamente inexistente, y no sólo meramente anulable—, sino en la posibilidad prevista por el orden jurídico de otorgar validez definitiva, mediante un procedimiento determinado para ello, a la otra alternativa no realizada en la sentencia recurrida. Si, en general, la norma jurídica individual producida por una sentencia judicial es recurrible, no sólo puede ser eliminada por la norma con fuerza de cosa juzgada de una sentencia de última instancia, cuando el tribunal de primera instancia hace uso de la alternativa de determinar él mismo el contenido de la norma por él producida con validez provisional, sino también cuando, conforme a la otra alternativa estatuida por el orden jurídico, el contenido de la norma individual producida por el tribunal de primera instancia corresponde a la norma general que lo predetermina. Si, en general, una sentencia judicial es recurrible, cabe entonces que partes litigantes la recurran objetivamente en cualquiera de los dos casos, pudiendo ser revocada por el tribunal superior, inclusive cuando las partes litigantes funden subjetivamente la apela-

ción en la circunstancia —y quizá sólo puedan fundarla así según el derecho procesal vigente— en que la sentencia no corresponde en su contenido a la norma general que la predetermina. Las partes litigantes pueden contar con el hecho de que, cuando una sentencia de última instancia adquiere fuerza de cosa juzgada según el derecho válido, nada puede impedir que adquiera validez una norma individual cuyo contenido no está predeterminado por ninguna norma jurídica general. Sólo hacen uso de la posibilidad de recurrir una sentencia judicial, cuando ésta no concuerda con sus intereses. Es totalmente indiferente que ellos consideren subjetivamente la sentencia como legal o ilegal, inclusive cuando la ley prescribe que sólo cabe recurrir una sentencia judicial cuando la misma es, en algún respecto, “ilegal”, contraria a derecho, lo que quiere decir, cuando las partes litigantes la consideren contraria a derecho. Dado que la cuestión de si la sentencia es “ilegal” no será resuelta por las partes litigantes, sino por un tribunal de apelación, adquiriendo en todos los casos fuerza de cosa juzgada la sentencia de última instancia. Si tuviera algún sentido hablar de sentencias judiciales “en sí” legales o ilegales, conformes o contrarias a derecho, debiera admitirse que también una sentencia legal, conforme a derecho, puede ser revocada por una sentencia con fuerza de cosa juzgada.

Ahí se muestra, con todo, que la posibilidad de predeterminar las normas individuales producidas por los tribunales, a través de normas generales producidas por vía de legislación o costumbre, está limitada significativamente. Pero este hecho no justifica la tesis, mencionada en lo anterior, de que antes de la sentencia judicial no hubiera derecho alguno, de que todo derecho es derecho judicial, de que, en general, sólo hay normas jurídicas individuales, y ninguna general.

β) *La ley “inconstitucional”*. La afirmación de que una ley válida es “inconstitucional” constituye una *contradictio in adjecto*. Puesto que una ley sólo puede ser válida fundándose en la constitución. Si hay alguna razón para suponer que una ley es válida, el fundamento de su validez se encuentra en la constitución. De una ley inválida no podría sostenerse que es inconstitucional, puesto que ley inválida no es ley alguna, siendo jurídicamente inexistente, sin que sobre ella sea posible formular ningún enunciado jurídico. Si la afirmación corriente en la jurisprudencia tradicional sobre una ley inconstitucional, puede tener algún sentido jurídico posible, no habría que tomarla al pie de la letra. Su significado sólo puede ser que la ley en cuestión puede ser derogada, conforme a la constitución, no sólo por el procedimiento acostumbrado, es decir, mediante otra ley de acuerdo con el principio *lex posterior derogat priori*, sino mediante un procedimiento especial previsto por la constitución. Mientras no sea derogada, tiene que ser considerada válida, y mientras sea válida, no puede ser inconstitucional.

Dado que la constitución regula los órganos y los procedimientos legislativos, y a veces también determina, hasta cierto grado, el contenido de leyes futuras, el constituyente tiene que contar con que las normas de la constitución —expresándolo en la manera usual— no serán mantenidas siempre y plenamente; con que aparezca un acto con la pretensión subjetiva de haber producido una ley, aunque el procedimiento en el cual el acto ha surgido, o el contenido de la ley producida mediante ese acto, no corresponda a las normas de la constitución. Se plantea entonces la cuestión de a quién deba facultar la constitución para resolver si, en un caso concreto, sus normas fueron respetadas, de si un documento, cuyo sentido subjetivo es una ley en el sentido constitucional, también puede valer como tal por su sentido objetivo.

Si la constitución autoriza a cualquiera a resolver este interrogante, apenas si podría contarse con leyes obligatorias para los sujetos y órganos de derecho. Si es menester impedir tal situación, la constitución sólo puede autorizar a un determinado órgano en ese respecto. Un procedimiento en varias instancias, análogo al procedimiento judicial, está excluido cuando sólo se constituye un órgano legislativo central. Entonces sólo el mismo órgano legislativo, o un órgano diferente —por ejemplo, el tribunal que tiene que aplicar la ley, o bien un tribunal especial— puede ser facultado a resolver la cuestión de la constitucionalidad de una ley. Si la constitución carece de disposiciones sobre quién tenga que examinar la constitucionalidad de las leyes, los órganos que la constitución autoriza a aplicar las leyes, y, por lo tanto, en especial los tribunales, serán los así facultados para emprender ese examen. Puesto que si están facultados para aplicar leyes, tienen que poder establecer si algo, cuyo sentido subjetivo es ser una ley, cuenta objetivamente también con ese sentido, y sólo tiene ese sentido objetivo, cuando corresponde a la constitución.

La constitución, sin embargo, puede facultar órganos para aplicar las leyes, excluyendo expresamente de esa autorización el examen de la constitucionalidad de las leyes aplicables. A veces las constituciones contienen disposiciones que impiden que los tribunales y los órganos administrativos examinen la constitucionalidad de las leyes que deben aplicar. Esta ilimitación, con todo, sólo es posible hasta cierto grado. Razonablemente los órganos llamados a aplicar la ley no pueden estar autorizados a aplicar todo lo que se presente subjetivamente como ley, como si fuera ley. Tiene que otorgárseles un mínimo de competencia para examinar la situación. 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. Para responder a estas preguntas puede estar autorizado el órgano designado para hacer la publicación, un órgano gubernamental diferente del órgano legislativo. Pero también sólo puede privarse, hasta cierto grado, a ese órgano de efectuar ese examen. El órgano gubernamental competente para efectuar la publicación, o —cuando no corresponde la publicación oficial— el órgano competente para aplicar la ley, debe por lo menos poder examinar si aquello que se presenta subjetivamente como ley, ha sido en general dictado por el órgano llamado por la constitución a legislar, aun cuando el órgano con competencia para efectuar aquel limitado examen, no pueda examinar el procedimiento en que la ley fue dictada, o si el contenido de la decisión es conforme a la constitución; no puede estar obligado a publicar como ley, o a aplicar como ley, todo aquello que se presente subjetivamente como ley. Entonces sólo quedaría el mismo órgano legislativo facultado para resolver si la ley que ha dictado es constitucional, es decir, si el procedimiento mediante el cual se adoptó la ley, y el contenido que se dio a la ley, corresponden a la constitución. Así la decisión positiva de esta cuestión queda incluida en la implantación misma de la ley por el órgano legislativo. Ello significa que todo aquello que el órgano legislativo emita como ley, tiene que valer como ley en el sentido de la constitución; que las normas que tienen el sentido subjetivo de actos impuestos por el órgano legislativo, tienen el sentido objetivo de normas jurídicas, inclusive cuando la ley —según la opinión de alguien— no haya respetado los procedimientos legislativos y el contenido de las leyes no corresponda a las normas constitucionales que los regulan. El órgano legislativo se encontraría entonces en posición análoga a la del tribunal de última instancia, cuya sentencia tiene fuerza de cosa juzgada. Ello significa, sin embargo, que el sentido de las normas constitucionales que regulan la legislación no es que las leyes válidas sólo pueden llegar a ser de la manera que la constitución directamente determina, sino también pueden llegar a ser a través de otra manera que el órgano legislativo mismo establecerá. 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. Estas normas de la constitución formulan sólo una de las dos posibilidades que la constitución crea. La otra posibilidad es creada por la constitución al no delegar en ningún otro órgano, salvo el legislativo, la decisión sobre la cuestión de si una ley promulgada por ese órgano es una ley en sentido constitucional. 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. Esta situación puede muy bien que no haya llegado a ser cons-

ciente en el constituyente, o en el legislador, o por lo menos, no plenamente consciente. Pero una descripción objetiva de la situación jurídica creada —consciente o inconscientemente— por una constitución, que delega el examen de constitucionalidad de las leyes en un órgano no diferente del propio órgano legislativo, no puede llevar a ningún otro resultado.

La situación jurídica es esencialmente diferente cuando la constitución delega en otro órgano, distinto del legislativo, el examen y resolución de la pregunta de si una ley corresponde a las determinaciones constitucionales que directamente regulan la legislación, facultándole a anular la ley que considere “inconstitucional”. Esta función puede ser conferida a un tribunal especial, o al tribunal supremo, o a todos los tribunales. Queda delegada, como arriba se dijo, en todos los órganos facultados para aplicar las leyes, especialmente, en los tribunales, cuando el examen de la constitucionalidad no está expresamente excluida de esa facultad. Cualquier tribunal está facultado para examinar la constitucionalidad de la ley que ha de aplicar en un caso concreto, si el tribunal puede, cuando considere a la ley “inconstitucional”, corrientemente hacer a un lado la aplicación de la ley al caso concreto, es decir, quitar validez a la ley para el caso concreto. La ley mantiene validez para todos los restantes casos a los que se refiere, y debe ser aplicada por los tribunales en todos esos casos mientras no excluya la aplicación en un caso concreto. Si el examen de la constitucionalidad de las leyes queda reservada a un único tribunal, éste puede estar facultado para quitar validez a la ley reconocida como “inconstitucional”, no sólo para un caso concreto, sino para todos los casos a los cuales la ley se refiere, es decir, para quitar validez a la ley misma. Pero hasta ese instante la ley es válida y debe ser aplicada por los órganos de aplicación del derecho. Una ley tal puede permanecer válida muchos años y ser aplicada, antes de ser eliminada por “inconstitucional” por el tribunal competente. Ello significa, empero, que las disposiciones de la constitución relativas a la derogación de leyes que no corresponden a las disposiciones directas reguladoras, en la constitución, de la legislación, tienen el sentido de que también las leyes que no correspondan a esas determinaciones, deben valer, mientras y entre tanto no sean eliminadas conforme al procedimiento prescrito en la constitución. Las llamadas leyes “inconstitucionales” son leyes conformes a la constitución, pero que pueden ser dejadas sin efecto mediante un procedimiento especial. También en estos casos las disposiciones constitucionales reguladoras de la legislación tienen el carácter alternativo arriba señalado; el órgano legislativo tiene la opción por dos caminos: el directamente determinado por la constitución, o el que él mismo tenga que establecer. La diferencia reposa en que las leyes producidas por la segunda vía son, ciertamente válidas, pero derogables mediante un procedimiento especial.

Así se expresa que la constitución, si bien no puede excluir el segundo camino, da preeminencia al primero. Ello puede suceder también en cuanto ciertas

personas que, conforme a la constitución, participan junto al parlamento en el procedimiento legislativo, como el jefe del Estado que promulga las leyes, o los ministros que refrendan sus actos, pueden ser responsabilizados y sancionados por la llamada inconstitucionalidad de una ley aparecida con su participación, responsabilidad y sanción que son hechas efectivas por un tribunal especial. Este procedimiento puede —pero no es necesario que lo sea— estar ligado a un procedimiento destinado a obtener la derogación de la ley.

La responsabilidad personal del órgano por la legalidad de la norma que él produzca entra menos en consideración en la relación entre constitución y ley, que en la relación entre constitución y ordenanza, y entre ley y ordenanza reglamentaria. La constitución puede facultar a ciertos órganos administrativos, en especial, al gobierno, para dictar normas jurídicas generales, en circunstancia bien determinada, bajo forma de ordenanzas, que no sirven para reglamentar con mayor detalle leyes ya existentes, sino que regulan ciertos objetos en lugar de las leyes. Si el gobierno dicta una ordenanza semejante bajo condiciones distintas de las constitucionalmente determinadas, los miembros del gobierno que dictaron la ordenanza pueden ser hechos responsables de ello y castigados. Este procedimiento puede, pero no es necesario que lo sea, estar ligado con un procedimiento destinado a obtener la revocación de la ordenanza. Igualmente pueden ser punibles los órganos administrativos facultados, con fundamento en ley, a promulgar ordenanzas, que dicten ordenanzas ilegales, sin que la ordenanza “ilegal” necesariamente tenga que ser revocada. Si la ordenanza mantiene validez hasta su revocación, o si, en absoluto no es derogada, ello significa que el órgano administrativo también está facultado para dictarlas, pero que el constituyente o el legislador prevén la promulgación de ordenanzas que correspondan a las determinaciones directas de la constitución, o que se mantengan dentro de las leyes.

En todos estos casos, el acto mediante el cual se producen normas jurídicas validas, representa un delito, puesto que es condición de una sanción. Estos casos muestran que el principio, aceptado muchas veces como válido por la jurisprudencia tradicional, *ex injuria jus non oritur*, tiene excepciones.

En lo anterior se estableció que el examen de la constitucionalidad de las leyes, por el órgano competente para su publicación, o para su aplicación, sólo puede ser limitado hasta cierto grado; pero no puede ser totalmente excluido, puesto que estos órganos por lo menos tienen que resolver la cuestión de si aquello que subjetivamente se da como ley, ha sido impuesto por el órgano constitucionalmente competente para ello. Si la cuestión es resuelta negativamente por el órgano competente, sea porque aquello que aparece con pretensión de ley obligatoria fue promulgado, no por el parlamento llamado a ello por la constitución, sino por un usurpador, el órgano competente para realizar el examen rechazará la publicación o la aplicación. Si tal cosa no se produce

y las normas generales emitidas por el usurpador se hacen efectivas de esta manera, tendremos una modificación revolucionaria de la constitución y, por ende, una ley constitucional correspondiente a la nueva constitución.

Así como la publicación o aplicación de lo que se presente subjetivamente como ley, pueden ser rechazadas por los órganos competentes para hacerlo, también la ejecución de aquello que subjetivamente aparece como una sentencia de un tribunal de última instancia, puede ser denegada por el órgano competente para ejecutar las sentencias judiciales, sea porque, en opinión del órgano, la sentencia no fue dictada por el individuo, o por el conjunto colegiado de individuos que según la constitución constituye el tribunal de última instancia, sino por individuos que han usurpado la posición de un tribunal supremo. Si estas sentencias, pese a todo, son ejecutadas, adquiriendo así eficacia, no tendremos, como en el primer caso, una modificación revolucionaria total de la constitución, sino sólo una enmienda revolucionaria parcial de la misma, y, por ende, una sentencia judicial constitucional.

La pregunta por la legalidad de una sentencia judicial, o la constitucionalidad de una ley es, formulada en términos generales, la pregunta sobre si un acto que se presenta con la pretensión de producir una norma, corresponde a la norma superior que determina esa producción o también su contenido. Si esa pregunta tiene que ser resuelta por un órgano competente al efecto, es decir, por un órgano facultado a ello por una norma válida, puede plantearse también la cuestión de si el individuo que de hecho ha tomado la decisión es efectivamente el órgano competente, el órgano facultado al efecto por una norma válida. Esta pregunta, a su vez, puede que tenga que ser resuelta por otro órgano, que por ello tendría que ser considerado como un órgano superior. Tiene que haber órganos supremos sobre cuya competencia no tengan que resolver ya órganos aun superiores, órganos sobre cuyo carácter como órganos supremos legislativos, gubernamentales (administrativos) o judiciales ya no se pueda plantear discusión. Se revelan como órganos supremos porque las normas por ellos implantadas son eficaces en términos generales. La norma, entonces, que los faculta a establecer esas normas, es presupuesta como constitución válida. El principio según el cual una norma sólo debe ser establecida por el órgano correspondiente, es decir, por el órgano facultado al efecto por una norma superior, es el principio de legitimidad. Está, como ya se mencionó, limitado por el principio de efectividad.

Del análisis anterior resulta que entre ley y sentencia judicial, constitución y ley, constitución y ordenanza, ley y ordenanza, o, formulado en términos enteramente generales, entre una norma superior y una norma inferior de un orden jurídico, no es posible conflicto alguno que suprima la unidad de ese sistema normativo, en tanto el análisis hace imposible describirlo en enunciados jurídicos que entre sí no se contradigan.

k) Nulidad y anulabilidad

De lo anterior resulta también que, dentro de un orden jurídico, no puede haber algo así como nulidad; que una norma jurídica perteneciente a un orden jurídico no puede ser nula, sino sólo anulable. Mas esta anulabilidad prevista en el orden jurídico puede tener distintos grados. Por lo común, una norma jurídica sólo es suprimida con efecto para el futuro, de suerte que los efectos jurídicos ya producidos bajo ella permanecen intocados. Pero puede ser suprimida con efecto retroactivo al pasado, de suerte que todos los efectos jurídicos producidos bajo ella son anulados; como, por ejemplo, la derogación de una ley penal con revocación de todas las sentencias judiciales dictadas con fundamento en ella, o la de una ley civil con revocación de todos los negocios jurídicos y sentencias judiciales civiles dictadas con fundamento en ella. Pero la ley fue válida hasta su supresión; no fue nula desde el comienzo. 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 uno constitutivo. El sentido del acto por el cual se anula una norma, es decir, se la priva de validez, es, al igual que el sentido del acto por el cual se produce una norma, también una norma. El orden jurídico puede facultar sólo a determinado órgano para anular la norma producida por otro órgano, pero también puede facultar a todos a resolver si aquello que se presenta con pretensión de ser una norma jurídica, tiene objetivamente ese significado, es decir, a resolver si la norma fue producida de la manera determinada por el orden jurídico y con el contenido determinado por el mismo, siendo así obligatoria para todos. Si la decisión al respecto es tan descentralizada —y así sucede cuando el orden jurídico, como por ejemplo, en el derecho internacional general, no establece órganos que funcionan con base en una división del trabajo, para la producción y aplicación de normas jurídicas— puede que aparezcan decisiones diferentes. Un individuo puede declarar que la norma en cuestión es una norma jurídica válida, mientras que otro le niega ese carácter. La decisión tiene, en tanto se cuestione en general la validez de una norma jurídica, un carácter constitutivo. La norma cuestionada no es nula desde el comienzo. La decisión de que es "nula", la anula con efecto retroactivo para el sujeto que toma la decisión. Tampoco dentro de un orden jurídico estatal relativamente centralizado cabe excluir que algún individuo considere "nulo" algo que subjetivamente se representa como una norma jurídica. Pero ese individuo sólo podría actuar así a su propio riesgo, es decir, corriendo el riesgo de que aquello que estima nulo sea declarado norma jurídica válida por el órgano correspondiente, y, en consecuencia, que se ordene la ejecución de la sanción estatuida en esa norma jurídica.

No puede negarse que hay casos en que algo --especialmente una orden-- que aparece con la pretensión de ser una norma jurídica, es decir, de ser una norma establecida por un acto conforme con la norma fundante básica, no necesite ser considerada tal por nadie, sin que el orden jurídico faculte al efecto a todos, sin que se requiera en general un acto de anulación especial previsto por el orden jurídico. Así, por ejemplo, cuando un internado en un manicomio emite una "ley". Si se supone que en estos casos se da una nulidad a priori, la misma escaparía al dominio de lo jurídico. Puesto que no es posible en absoluto, determinar jurídicamente estos casos. El orden jurídico no puede fijar las condiciones bajo las cuales algo, que aparece con la pretensión de ser una norma jurídica, tiene que valer como a priori nulo, y no como una norma que haya de ser anulada en un procedimiento determinado por el orden jurídico. Cuando el orden jurídico, por ejemplo, determina que una norma no establecida por el órgano correspondiente, o por un individuo que carece en general de calidad de órgano; o que una norma que tiene un contenido excluido por la constitución, tenga que ser considerada como nula a priori, sin que se requiera acto alguno para suprimirla, tiene que determinar quién haya de establecer la presencia de esas condiciones de la nulidad; y como esa comprobación tiene un carácter constitutivo, puesto que la nulidad de la norma cuestionada es el efecto de esa comprobación, sin que pueda afirmársela antes de producida esa comprobación, resulta que esa comprobación significa, aun cuando se produzca con forma de una declaración de nulidad, la anulación retroactiva de una norma que hasta entonces era considerada válida. 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.