

CARLOS E. ALCHOURRON
EUGENIO BULYGIN

Análisis lógico y Derecho

Prólogo de Georg H. von Wright

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
MADRID, 1991

9. TIEMPO Y VALIDEZ*

Eugenio Bulygin

1. LOS CONCEPTOS DE VALIDEZ

El término “validez” tal como es usado en el lenguaje jurídico en general y por los filósofos del derecho, en particular, es ambiguo. Es posible distinguir varios significados de la afirmación de que una norma jurídica es válida¹; en este trabajo me voy a ocupar principalmente de dos de tales significados o, como podríamos decir también, de dos conceptos de validez, que serán denominados pertenencia y aplicabilidad. Ambos conceptos desempeñan un papel muy importante en la práctica del derecho y en las teorías jurídicas.

Se puede decir que una norma es válida en el sentido de que pertenece a un sistema jurídico. Este concepto de validez es *descriptivo*, porque la oración “p es válida” es una proposición descriptiva y no una norma². Además, es un concepto relativo: se trata de una relación entre una norma y un sistema normativo: la misma norma puede ser válida en el sistema S₁ y no ser válida en un sistema diferente S₂.

*. Título original: “Time and Validity”, publicado en A. A. Martino (ed.), *Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems*, North Holland, Amsterdam-New York-Oxford 1982, North Holland Publishing Company. Traducción del autor.

¹. Cfr. von Wright, G. H., *Norm and Action*, Routledge and Kegan Paul, London 1963, p. 294 y ss. (hay traducción castellana de P. García Ferrero *Norma y Acción*, Tecnos, Madrid 1970), Harris, J. W., *Law and Legal Science*, Oxford University Press, Oxford 1979, p. 107 ss., y Nino, C. S., *Introducción al Análisis del Derecho*, Astrea, Buenos Aires 1980, p. 132 ss.

². Von Wright usa una terminología diferente: llama validez normativa a lo que en este artículo se denomina el concepto descriptivo de validez, a saber, pertenencia (cfr. obra citada).

Establecer cuáles son los criterios de pertenencia de un sistema dado es un problema importante y difícil. Un criterio es la competencia de la autoridad que ha dictado la norma; una norma es válida si ha sido dictada (creada, promulgada) por una autoridad competente. (No analizaré en este trabajo las dificultades relacionadas con la noción de competencia). Pero a veces una norma es considerada como perteneciente a un sistema si existe una práctica firmemente establecida de obedecer esa norma o cuando la norma en cuestión ha sido usada por los tribunales para justificar sus decisiones. De tal manera los diferentes criterios de pertenencia determinan diversas fuentes del derecho: legislación, costumbre, precedente, etc.

A menudo se dice también que una norma es válida en el sentido de que es obligatoria o tiene "fuerza vinculante". Esto, a su vez, puede tener dos significados: puede significar una prescripción de obedecer y aplicar la norma, o una proposición descriptiva que informa acerca de la norma, a saber, que es obligatoria de acuerdo a alguna otra norma. En el primer caso, tenemos un concepto *normativo* de validez. Este concepto no es relativo, sino absoluto. En este sentido decir que una norma es válida es prescribir que ella debe ser obedecida y aplicada; por lo tanto, conforme a este sentido la oración "p es válida" no es una proposición, sino una prescripción, es decir, una norma.

Si existe una norma N_i que prescribe el deber de aplicar otra norma N_j , a un determinado caso, entonces cabe decir que N_j es válida en el sentido de que debe ser aplicada conforme a N_i . Este concepto de validez es también *relativo*, pero se trata de una relación triádica entre las normas N_i y N_j y un caso C_i : la norma N_i prescribe que la norma N_j debe ser aplicada al caso C_i . Y se trata también de un concepto *descriptivo*, pues decir que una norma es válida en este sentido no es dictar una prescripción, sino afirmar la existencia de una prescripción de acuerdo a la cual la norma en cuestión debe ser aplicada a un cierto caso. Aquí la oración "p es válida" es una proposición descriptiva, si bien esta proposición hace referencia a una norma. Usaré el término "aplicabilidad" para referirme a este tercer concepto de validez. En consecuencia, tenemos (por lo menos) tres conceptos de validez: uno normativo y dos descriptivos (pertenencia y aplicabilidad).

No es fácil determinar cómo están relacionados entre sí los conceptos de pertenencia y aplicabilidad. Antes de discutir esta cuestión es necesario analizar con más detalle el concepto de pertenencia.

La caracterización de pertenencia dada más arriba —si bien refleja una idea muy difundida entre los filósofos del derecho³— es claramente

³ Cfr. Kelsen, H., *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1945 y *Reine Rechtslehre*, 2 edición, Deuticke, Wien 1960, así como von Wright, obra citada.

incompleta, pues no toma en cuenta el fenómeno de derogación. Es un hecho bien conocido que las normas jurídicas pueden ser canceladas o derogadas. ¿Qué consecuencia produce la derogación de una norma sobre su pertenencia? Parece natural aceptar que una norma deja de pertenecer al sistema cuando es derogada; si se aceptara la idea opuesta, todos los sistemas jurídicos serían incoherentes, pues cuando un legislador dicta una nueva ley, ésta casi siempre es incompatible con alguna norma anterior que es derogada. Por lo tanto, considerar que las normas derogadas siguen perteneciendo al sistema parece conducir a resultados desastrosos⁴. Por eso parece ser conveniente relativizar el concepto de sistema a un momento temporal dado. Un sistema jurídico en el momento t_1 será de acuerdo a este criterio el conjunto de todas las normas que llegaron a pertenecer al sistema con anterioridad a t_1 o en el momento t_1 (conforme a algunos criterios de pertenencia) y no han sido derogadas hasta t_1 . Así un sistema jurídico se convierte en un sistema momentáneo⁵.

Si un sistema jurídico ha de ser concebido con un conjunto (por ejemplo, un conjunto de normas⁶), entonces tiene que ser un sistema momentáneo. Pero las expresiones "sistema jurídico" u "orden jurídico" se usan frecuentemente en un sentido diferente, más amplio: a saber, para referirse a una secuencia temporal de diferentes conjuntos de normas. Para evitar esta ambigüedad introduciré la siguiente convención terminológica: por "sistema jurídico" entenderé un conjunto de normas válidas en un cierto momento conforme a algunos criterios de pertenencia, mientras que la expresión "orden jurídico" será siempre usada para referirse a una secuencia de sistemas jurídicos. De esta manera el orden jurídico no es un conjunto de normas, sino una familia de tales conjuntos: todos los sistemas momentáneos dentro de un cierto intervalo de tiempo pertenecen al orden⁷.

⁴ En la sección 5 se analizan algunos argumentos aducidos en contra de esta suposición.

⁵ Raz ha sido —por lo que sé— el primero en llamar la atención sobre este punto. Cfr. su distinción entre sistemas jurídicos y sistemas jurídicos momentáneos que se refleja en mi distinción entre "orden jurídico" y "sistema normativo". Ver Raz, J., *The Concept of a Legal System*, Oxford University Press, Oxford 1970, p. 34 y ss. (hay traducción castellana de R. Tamayo y Salmorán, *El Concepto de Sistema Jurídico*, UNAM, México 1986).

⁶ En la mayoría de los casos los sistemas jurídicos contienen no sólo normas, sino también otros tipos de enunciados. Pasaré por alto esta complicación.

⁷ No es claro si para Raz un orden jurídico (un sistema jurídico en su terminología) es una clase de sistemas jurídicos momentáneos, o una clase de normas, esto es, si la relación entre un sistema jurídico momentáneo y un orden jurídico es la de pertenencia o de inclusión. Así por ejemplo, habla del sistema jurídico momentáneo como una *subclase* de un sistema jurídico, pero en la misma página también dice que un sistema jurídico momentáneo *pertenece* a un sistema jurídico (*The Concept of a Legal System*, p. 35). Esto es por lo menos una incoherencia terminológica.

En este trabajo me ocuparé principalmente del problema de aplicabilidad que puede formularse mediante el siguiente interrogante: ¿qué normas son aplicables a un caso determinado? esto es, ¿qué normas deben ser aplicadas a un caso? Esta pregunta se refiere a la dimensión temporal de las normas. Por lo tanto, debemos analizar con más detalles las múltiples relaciones entre las normas jurídicas y el tiempo.

2. TIEMPO EXTERNO Y TIEMPO INTERNO

Cada vez que una nueva norma es agregada a un sistema jurídico tenemos un sistema diferente, porque el conjunto de las normas que pertenecen al sistema es distinto (a menos que la nueva norma sea completamente redundante —en cuyo caso la norma no sería “nueva”). A veces el momento temporal de la introducción de una norma puede ser fijado con gran precisión, como en el caso de la legislación. En otras ocasiones no hay un momento determinado, como en el caso de las normas consuetudinarias, pero aún ahí es posible destacar dos momentos temporales tales que la norma consuetudinaria no existía en el primer momento y ya existe en el segundo, si bien habrá por supuesto un intervalo más o menos largo entre los dos momentos, durante el cual la cuestión acerca de la existencia de la norma consuetudinaria no puede ser decidida en ningún sentido.

Lo mismo ocurre con la derogación de una norma. Excepto en el caso de derogación puramente formal, donde lo que se deroga no es una norma, sino la formulación de una norma redundante, todo acto de derogación conduce a un nuevo sistema. Si la autoridad legislativa sustituye una norma existente por una nueva, diré que han ocurrido dos actos simultáneos: un acto de derogación y un acto de promulgación. En este caso la introducción de una nueva norma y la eliminación de una norma existente suceden en el mismo momento. Esto es lo que ocurre habitualmente en el caso de legislación.

El intervalo entre los dos momentos temporales en los cuales una norma es introducida y/o eliminada será llamado el *tiempo externo* de un sistema jurídico. A cada intervalo del tiempo externo corresponde un sistema jurídico⁸. De acuerdo a la definición del tiempo externo dos

⁸ Sería más apropiado decir “por lo menos uno”, porque hay situaciones en las que hay más de un sistema que corresponde al mismo momento temporal. Cfr. Bulygin, E. y Alchourrón, C. E., “Unvollständigkeit, Widersprüchlichkeit und Unbestimmtheit der Normenordnungen” en Conte-Hilpinen-von Wright (eds.), *Deontische Logik und Semantik* (Athenaion, Wiesbaden 1977) y Bulygin, E. y Alchourrón, C. E., “Incompletezza, contraddittorietà e indeterminazione degli ordinamenti normativi”, en Di Bernardo, G. (ed.), *Logica deontica e semantica*, S.E. il Mulino, Bologna 1977, así como el ensayo N.º 22 de este volumen.

sistemas consecutivos nunca son idénticos, pero sistemas no consecutivos pueden no ser distintos, si bien de hecho suelen ser diferentes. Pero aunque no sean idénticos, tales sistemas pueden tener y normalmente tienen muchos elementos comunes. La misma norma puede pertenecer a muchos sistemas diferentes, consecutivos o no.

La vida o existencia de una norma puede ser caracterizada como la secuencia de todos los momentos temporales externos en los cuales esa norma pertenece a algún sistema jurídico. Se sigue que la existencia de una norma no tiene porque ser continua: una norma puede existir durante el intervalo $t_1 - t_2$, desaparecer en t_2 y reaparecer en t_3 , etc. Esto muestra que debemos distinguir entre la existencia de una norma *en un sistema*, donde “existencia” significa pertenencia al sistema en cuestión, y existencia de una norma en el *orden jurídico*; aquí “existencia” significa pertenencia a algún sistema de ese orden.

El período de tiempo durante el cual una norma existe en un orden se llamará el tiempo externo de esa norma. Se sigue que los sistemas tienen una existencia mucho más efímera que las normas.

Pero las normas se refieren también a acontecimientos temporales. El tiempo en que los diferentes acontecimientos relevantes para un caso tienen lugar es determinante de la aplicabilidad de las normas a ese caso. La secuencia de todos los momentos temporales en los que la norma es aplicable a algún caso se llamará *tiempo interno* de la norma. El tiempo de la norma es una función de su pertenencia a un sistema, el tiempo interno es una función de su aplicabilidad.

Tiempo externo e interno de una norma no tienen porqué coincidir necesariamente. Una norma puede existir en un sistema o en varios sistemas sucesivos sin ser aplicable y viceversa, puede ser aplicable en un tiempo t_1 , sin pertenecer al sistema que corresponde a t_1 . El primer caso está ejemplificado por una ley dictada en t_1 que estipula que esa ley entrará en vigor a partir de t_2 . Este es un caso relativamente frecuente; por ejemplo, el Código Penal argentino fue promulgado el 29 de octubre de 1921, pero en virtud de su art. 303 sólo comenzó a aplicarse seis meses después, esto es, el 29 de abril de 1922. Durante este intervalo el Código existió, esto es, pertenecía a los sucesivos sistemas, pero no era aplicable a ningún caso, sino a partir del 29 de abril de 1922. El segundo caso está ejemplificado por una ley derogada que todavía es aplicable, por ejemplo, cuando la decisión concierne un delito cometido durante el tiempo en que la ley estaba en vigor, aunque el tribunal haya que decidir el caso en un momento en que la ley ya no existe, esto es, no pertenece al sistema que corresponde al momento de decisión.

Por lo tanto, aunque puede haber superposición parcial y aún total del tiempo externo e interno de una norma, los dos conceptos son diferentes y han de ser distinguidos con sumo cuidado.

3. CRITERIOS DE APLICABILIDAD

De acuerdo a un punto de vista muy difundido, entre los distintos sistemas de un orden jurídico habría uno que ocupa una posición de privilegio: es el sistema correspondiente al momento presente (llamado S_p), pues solamente sus normas son aplicables. Desde el punto de vista de un juez el sistema S_p es el que corresponde al momento de su decisión (es el último eslabón de la cadena de sistemas, si bien el término "último" es, por supuesto, egocéntrico y se refiere a diferentes tiempos en cada ocasión).

Como veremos más adelante, hay un sentido en que el sistema presente S_p ocupa en efecto una posición privilegiada, pero no es el sugerido más arriba. Como todo juez sabe muy bien por su propia experiencia, frecuentemente debe aplicar normas que ya han sido derogadas, pero que retienen su aplicabilidad. En consecuencia, ¿cómo ha de decidir el juez cuál de las múltiples e incompatibles normas pertenecientes a los distintos sistemas del mismo orden jurídico ha de ser aplicada al caso sometido a su decisión? Hay ciertos criterios que varían de una rama del derecho a otra y que generalmente se encuentran en el derecho mismo.

Consideremos un ejemplo tomado del área del derecho penal argentino. El principio general que rige en esta materia es el de la no retroactividad de la ley penal, expresado en el conocido aforismo "nullum crimen, nulla poena, sine praevia lege", principio que encuentra amplia aceptación en todas las legislaciones penales modernas. Este principio —incluido en la Constitución Nacional (art. 18) —admite diferentes interpretaciones⁹, pero como expresión del principio de no retroactividad significa que el derecho penal no debe ser aplicado a delitos cometidos antes del dictado de la ley que crea el delito.

Esto implica la aplicabilidad de la ley que estaba en vigor en el momento de la comisión del delito, es decir, la llamada "ultraactividad" de la ley penal: es obligatorio aplicar una ley penal a todos los delitos que se cometieron durante su existencia, aún aquellos que son juzgados con posterioridad a su derogación. Tenemos aquí un típico caso de aplicabilidad de una norma que ya no es válida, esto es, no existe. Este resultado puede parecer paradójico si es expresado en términos de validez, pues entonces resulta que la norma es válida y no válida al mismo tiempo. Pero el aire de paradoja desaparece tan pronto detectamos la ambigüedad del término "válido".

⁹ Cfr. Alchourrón, C. E., y Bulygin, E., *Normative Systems*, Springer, Wien-New York 1971, pp. 140-143 (existe una versión castellana *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1975).

Pero hay otros principios que limitan fuertemente la aplicabilidad de este principio general. En la práctica, su aplicabilidad se reduce a la hipótesis en que una acción no estaba incriminada en el momento cuando fue realizada, pero es considerada delito por una ley posterior o cuando una ley posterior establece una pena mayor. Pero ¿qué ocurre si la ley posterior establece una pena menor?

De acuerdo al Código Penal argentino (art. 2) en tales casos se aplica la norma posterior, esto es, la nueva norma ha de ser aplicada aún cuando esto significa dejar de lado el principio de la no retroactividad. Más aún, si en el intervalo entre la comisión del delito y el momento de dictar sentencia existió una norma que establecía una pena menor, es ésta norma más benigna la que debe ser aplicada, sin tomar en cuenta el hecho de que esa norma haya sido derogada antes de dictarse la sentencia y, por ende, no pertenece al sistema S_p .

Esto no es todavía el fin del cuento. Hay una excepción a la regla de la pena más benigna en el caso de las leyes temporarias, esto es, leyes dictadas para un período limitado de tiempo que establecen la fecha de su propia expiración. En tal caso se considera¹⁰ que los delitos cometidos durante el lapso en que la ley temporaria estaba en vigor deben ser penados de acuerdo a ella, aun cuando la sentencia tenga lugar después de su expiración y la legislación ordinaria —que por hipótesis es más benigna— ha recuperado su validez. Esto suena razonable, pues de otro modo la ley temporaria tendría muy escasa aplicación.

Combinando estos tres principios (el principio constitucional *nullum crimen*, el artículo 2 del Código Penal y el principio referido a las leyes temporarias) obtenemos los siguientes criterios de aplicabilidad para la ley penal:

- a) Si al momento de realizarse la acción, ésta no estaba incriminada, el acusado debe ser absuelto.
- b) Si la acción estaba incriminada, entonces el juez debe comparar todas las leyes referentes a esa acción, que pertenecen a los diversos sistemas que corresponden a todos los momentos temporales del tiempo externo desde el momento de la realización de la acción hasta el momento en que dicta la sentencia.
- c) Si la ley que corresponde al momento del delito es una ley temporaria, entonces esta ley debe ser aplicada con preferencia a todas las otras normas.
- d) Si esto no es el caso, entonces la norma que establece la pena más benigna ha de ser preferida a las demás, aunque esté ya derogada en el momento de la sentencia.

¹⁰ Cfr. Soler, S., *Derecho Penal Argentino, T.E.A.*; Buenos Aires 1970, 4 ed., vol. I, pp. 194-197.

La existencia de una norma más benigna derogada con anterioridad a la comisión del delito es, desde luego, irrelevante, pero la promulgación de una norma más benigna con posterioridad a la sentencia del juez obliga a reducir la pena (conforme al art. 2 del Código Penal) aplicando la nueva norma, siempre que la pena no haya sido cumplida.

Es interesante notar que el hecho de que todas las normas que el juez debe tomar en cuenta, salvo la última, son normas derogadas al tiempo de dictarse la sentencia carece de toda relevancia para la elección del juez. El que una norma pertenezca a S_p , no es en modo alguno decisivo para su aplicabilidad. Pero los criterios de aplicabilidad tienen que pertenecer al sistema que está en vigor en el momento en que el juez dicta la sentencia, esto es, al sistema S_p .

Esta última aseveración requiere ciertas reservas. Podría objetarse que no basta que los criterios de aplicabilidad pertenezcan a S_p , sino que ellos mismos tienen que ser aplicables en el momento de dictarse la sentencia. Esto es parcialmente verdadero; algunos criterios de aplicabilidad pueden existir sin ser aplicables. Tomemos el caso del art. 2 del Código Penal. Ya dijimos que de acuerdo al art. 303 del Código Penal, éste debió aplicarse a los sesis meses de su promulgación. Durante este intervalo el art. 2, como el resto del Código, pertenecía al sistema correspondiente, pero no era aplicable. Esto sugiere la existencia de criterios de aplicabilidad de un nivel superior, que regulan la aplicabilidad de los criterios de aplicabilidad. En efecto, el art. 303 es un criterio de tercer nivel: se trata del criterio de aplicabilidad *último* en lo referente al Código Penal. Hay una importante diferencia entre el art. 2 y el art. 303: el primero existió durante un cierto tiempo sin ser aplicable, pero el art. 303 mismo era aplicable desde el momento de su promulgación, pues este artículo se refiere a todo el Código Penal, *excepto* a sí mismo (aunque esta excepción no esté formulada expresamente, está implícita en su sentido). Por lo tanto, parece que para los criterios de aplicabilidad últimos como el art. 303 no hay diferencia entre el tiempo externo y el interno: son aplicables cada vez que existen. En toda rama del derecho hay algunos criterios de aplicabilidad últimos y éstos criterios últimos tienen que pertenecer a S_p .

En este sentido, pero sólo en este sentido el sistema actual S_p ocupa un lugar de privilegio respecto de todos los sistemas de un orden jurídico. El juez tiene que identificar primero este sistema y especialmente sus criterios de aplicabilidad, si bien estos criterios lo remiten a menudo a normas que ya no son válidas, esto es, que no pertenecen al sistema S_p , y que no obstante lo cual deben ser aplicadas.

Los criterios de aplicabilidad pueden tener diferente origen: pueden estar establecidos en una ley (como en el caso del art. 2 del Código Penal), o en una constitución (como el principio *nullum crimen*), por la

práctica judicial y hasta por la doctrina. Pero cualquiera que sea su fuente, ellos tienen la forma de directivas dadas a los jueces que establecen qué normas deben aplicarse en un caso dado. Por lo tanto, son normas que se refieren a la aplicabilidad de otras normas que pertenecen a diferentes sistemas del mismo orden jurídico. En este sentido, estas directivas son normas de un nivel superior o meta-normas que imponen deberes a los jueces de aplicar ciertas normas del primer nivel. Los criterios de aplicabilidad últimos son normas de un nivel aún más alto.

Sin embargo, establecer deberes a cargo de los jueces no es la única función de los criterios de aplicabilidad, si bien normalmente se los formula como directivas dirigidas al juez. Al mismo tiempo, tales criterios identifican los momentos temporales a los que corresponden los sistemas que deben ser tomados en cuenta. El juez debe comparar las normas relevantes que pertenecen a todos esos sistemas para establecer cuál de ellas ha de ser aplicada. La selección de las normas que son aplicables a un caso está basada en ciertas relaciones jerárquicas entre esas normas. Estas relaciones jerárquicas entre las normas que pertenecen a diferentes sistemas del mismo orden pueden estar basadas en el contenido específico de las normas involucradas (como, por ejemplo, la gravedad de la pena) o en propiedades puramente "formales", como la fecha de su promulgación o la jerarquía de la autoridad que las ha dictado, etc. Es interesante notar que en nuestro ejemplo el bien conocido principio *lex posterior derogat priori*, que otorga preferencia a una norma más reciente frente a una norma más antigua, no tiene aplicación alguna, si bien este principio es usado para determinar qué normas pertenecen a un sistema dado. Tampoco el principio *lex superior* retiene su fuerza habitual: hemos visto cómo algunas implicaciones de una norma constitucional como el principio *nullum crimen* son dejadas de lado por una ley (art. 2 del Código Penal).

Estas relaciones jerárquicas son, por lo general, constituidas por los criterios de aplicabilidad: ellos establecen ciertas relaciones ordenadoras e imponen a los jueces el deber de usar ciertas jerarquías con preferencia a otras. Por lo tanto, cabe distinguir en ellos por lo menos dos componentes: (i) formulación de una relación jerárquica— que no es una norma y (ii) una norma de nivel superior que impone el deber de elegir una jerarquía dada y, en consecuencia, aplicar la norma que resulte superior conforme a ese orden jerárquico.

Resumiendo: los criterios de aplicabilidad cumplen tres funciones: (1) al fijar los momentos relevantes determinan qué normas deben compararse; son las pertenecientes a los sistemas que corresponden a esos momentos; (2) establecen relaciones jerárquicas entre normas pertenecientes a sistemas distintos (del mismo orden jurídico). Como

todas las relaciones ordenadoras, estas relaciones son transitivas y asimétricas; (3) imponen a los jueces el deber de aplicar aquella norma que resulte superior a las demás, de acuerdo a esas relaciones jerárquicas.

El precedente análisis muestra que el concepto de un sistema jurídico como un conjunto de normas es demasiado estrecho: un sistema jurídico contiene normas de diferente nivel y también relaciones jerárquicas entre normas del mismo sistema y entre normas de sistemas distintos del mismo orden¹¹. Normas de primer nivel (o reglas primarias en la terminología de Hart) imponen deberes y prohibiciones a los sujetos jurídicos y les otorgan permisos o autorizaciones. Normas de nivel superior (reglas secundarias en la terminología de Hart) confieren poderes, públicos y privados, e imponen obligaciones a los jueces y otros funcionarios aplicadores del derecho¹². Normas de tercer nivel regulan la aplicabilidad de las normas de segundo nivel.

4. UN CASO CONTROVERTIDO

Hemos analizado la situación imperante en el derecho penal argentino para ejemplificar los criterios de aplicabilidad y su modo de operar. En otras ramas del derecho los criterios pueden ser distintos, pero la situación es similar a la que hemos examinado. Hay criterios que en ciertas circunstancias otorgan preferencia a una norma anterior (ya derogada) frente a una norma perteneciente al sistema S_p (ultraactividad de una norma); en otras circunstancias, normas que existen en S_p deben ser aplicadas a casos que tuvieron lugar con anterioridad al momento en que esas normas fueron promulgadas (retroactividad de una norma). Estas relaciones de preferencia pueden basarse en diferentes criterios. En el Derecho Civil ocurre frecuentemente que los jueces deben aplicar una norma que era válida en el momento en que el contrato fue celebrado o una norma que pertenece a alguna etapa intermedia. En el derecho argentino en el caso de un contrato de trabajo cuando lo que se discute es la legalidad del despido, la norma que debe ser aplicada es la que estaba válida cuando tuvo lugar del despido y no la que corresponde al

¹¹ Las relaciones ordenadoras entre normas, como también entre conjuntos de normas del mismo sistema son analizadas en Alchourrón, C. E., "Normative Order and Derogation", en Martino A. A. (ed.), *Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems*, North Holland, Amsterdam-New York-Oxford 1982.

¹² Puede haber y de hecho normalmente hay también otros elementos (por ejemplo, definiciones), de modo que esta enumeración no pretende ser exhaustiva. Sobre las definiciones en el derecho véase Martino, A. A., *Le definizioni legislative*, G. Giappichelli, Torino 1975.

momento en que fue celebrado el contrato, ni tampoco la norma que corresponde a S_p . Pero los criterios de aplicabilidad deben pertenecer al sistema que corresponde al momento de decisión (S_p).

No vamos a analizar los distintos criterios de aplicabilidad en diferentes áreas del derecho. Pero examinaré un caso muy discutido y controvertido, tomado del Derecho Constitucional, en el cual las distinciones conceptuales trazadas en este artículo parecen ser útiles para la solución del problema.

Se trata del problema planteado por Alf Ross¹³ referente a la posibilidad de reformar la disposición constitucional que establece el procedimiento para la reforma de la constitución. Ross se pregunta si este artículo puede ser reformado y, en tal caso, mediante qué procedimiento. Pareciera que el único procedimiento para la reforma de la constitución es el que establece la constitución misma en el artículo en cuestión. ¿Puede, pues, ese artículo ser reformado conforme al procedimiento establecido en él?

Ross contesta negativamente a esta pregunta; el procedimiento de reforma no puede ser reformado mediante ese mismo procedimiento y como, por hipótesis, es el único procedimiento para la reforma de la constitución, no hay ninguna manera jurídica para reformar ese artículo. Todo cambio de la regla de reforma ha de ser considerado como un hecho originario de creación de derecho, es decir, como una ruptura de la continuidad del orden jurídico, como un hecho revolucionario. La validez de la nueva constitución no puede derivarse de la constitución anterior.

Ross da dos razones independientes en apoyo de su tesis. Por un lado, alega que si el artículo de reforma se aplicara a sí mismo sería autorreferente y, según Ross, esto es imposible, ya que se opone a un "teorema lógico", conforme al cual las oraciones autorreferentes carecen de sentido. Por otro lado, sostiene que la reforma del artículo de reforma conforme a sus propias disposiciones lleva a una contradicción.

En este trabajo sólo consideraré el segundo argumento de Ross. El primero —basado en la carencia de sentido de las oraciones autorreferentes— ha sido ampliamente discutido en la literatura¹⁴. Cabe decir al

¹³ Cfr. Ross, A., *On Law and Justice*, Stevens, London 1958, pp. 78-84 (hay traducción castellana de G. R. Carrió, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1963) y "On Self-reference and a Puzzle in Constitutional Law", en *Mind* 78 (1963), 1-24 (traducción castellana de E. Bulygin y E. Garzón Valdés, "Sobre la auto-referencia y un difícil problema de derecho constitucional" en Ross, A., *El concepto de validez y otros ensayos*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969).

¹⁴ Hart, H. L. A., "Self-referring laws", en *Festschrift till Karl Olivecrona*, Stockholm 1964, 307-316. Cfr. también Popper, K., "Self Reference and Meaning", *Mind* 6 (1954) 166 (reproducido en *Conjectures and Refutations*, London 1964), Raz, J., "Professor A. Ross

respecto que la existencia de un teorema lógico general que proscriba las oraciones autorreferentes es más que dudoso, aunque puede haber, por cierto, teoremas de este tipo de algunos sistemas lógicos, pero seguramente no en todos. Por otra parte, parece razonable aceptar que al menos algunos enunciados autorreferentes son perfectamente significativos¹⁵.

Para demostrar que la idea de la reforma de la regla que establece el procedimiento de reforma constitucional conforme a sus propias disposiciones conduce a una contradicción, Ross presenta el siguiente modelo de razonamiento jurídico, tomando como ejemplo el art. 88 de la constitución de Dinamarca (que reproduzco aquí en una versión ligeramente simplificada):

1) Art. 88: La Constitución puede ser reformada mediante el procedimiento Q y sólo por ese procedimiento.

2) Art. 88' (estableciendo que la Constitución puede ser reformada mediante el procedimiento R y sólo por ese procedimiento), ha sido creado conforme al procedimiento Q.

3) Art. 88' es válido, esto es, la Constitución puede ser reformada mediante el procedimiento R y sólo por ese procedimiento.

Ross comenta esta inferencia del siguiente modo: "Como el significado del art. 88 es indicar la **única manera** de que puede ser reformada la Constitución, en esta inferencia la conclusión contradice una de las premisas, lo cual es un absurdo lógico"¹⁶.

Para desentrañar si hay realmente una contradicción entre (1) y (3) y qué es lo que implica tal contradicción, si es que la hay, es indispensable determinar con más precisión el significado de los términos cruciales "válido" y "reforma". Ya hemos visto que el término "válido" puede expresar tres conceptos distintos: pertenencia, fuerza obligatoria y aplicabilidad.

La reforma de una constitución puede consistir en (a) supresión de algún artículo de la constitución como resultado de un acto de derogación de la norma expresada en ese artículo; (b) agregado de un nuevo artículo como resultado de un acto de promulgación de una nueva norma, y (c) combinación de (a) y (b), es decir, supresión de algún artículo y agregado de otros (eventualmente en reemplazo de los derogados). Este último caso es el más frecuente.

Cabe decir, pues, que la reforma constitucional consiste en la derogación de alguna norma perteneciente a la constitución y/o

and Some Legal Puzzles", *Mind*, 81 (1972) 415-321, y Hörster, N., "On Alf Ross's Alleged Puzzle in Constitutional Law", *Mind* 81 (1972) 422-426.

¹⁵ Cfr. Hart, "Self-referring laws" cit.

¹⁶ Ross, A., "On Self-reference..." cit., p. 5.

promulgación de nuevas normas constitucionales. La derogación y la promulgación de normas tienen obvia relevancia para la **pertenencia** de esas normas a la constitución. Pero la expresión "la constitución" es aquí peligrosamente ambigua; si una norma constitucional es derogada y, en consecuencia, deja de pertenecer a la constitución en un cierto momento t_1 , ¿se trata de la **misma** constitución antes y después de t_1 , o de dos constituciones diferentes? La misma pregunta puede formularse respecto de la creación de nuevas normas constitucionales: si una nueva norma es incorporada a la constitución de t_1 , ¿la constitución resultante es la misma que había antes de t_1 ?

Si por "constitución" se entiende un conjunto de normas (por ejemplo, el conjunto de los artículos que la integran, desde el primero hasta el último), entonces es claro que toda supresión y todo agregado de un artículo da lugar al cambio de la constitución: la constitución resultante es **distinta** de la originaria. Así, por ejemplo, supongamos que la constitución que contiene el art. 88 —llamada en adelante C_1 — es reformada en el momento t_1 de acuerdo al procedimiento establecido en el art. 88 y la reforma consiste en la derogación del art. 88 y su reemplazo por el art. 88'. En tal caso, a partir del momento t_1 la constitución C_1 deja de existir y su lugar es ocupado por la constitución C_2 que contiene el art. 88' en lugar del art. 88. El hecho de que esa sea la única diferencia entre las dos constituciones (ya que todos los demás artículos permanecen por hipótesis sin alteración) es absolutamente irrelevante para el criterio de identidad que hemos adoptado (y que coincide con el que de hecho usan los juristas, al menos en la mayoría de los casos). Dos constituciones que contienen disposiciones diferentes (cualquiera sea su número) son dos constituciones distintas; el contenido de una constitución no puede variar sin afectar su identidad.

En nuestro ejemplo la reforma constitucional consiste en la supresión del art. 88 y su reemplazo por el art. 88'. En consecuencia, la convención reformadora realizó dos actos, el de derogar una norma (el art. 88) y el de promulgar una nueva norma (el art. 88'). Ambos actos ocurrieron en el momento t_1 , es decir, simultáneamente. Por lo tanto, respecto de la validez de las dos normas en el sentido de su pertenencia a la constitución, o mejor dicho, a las constituciones respectivas, no hay misterio alguno: el art. 88 pertenece a la constitución C_1 , pero esta constitución deja de existir en el momento t_1 ; el art. 88' pertenece a la constitución C_2 que comienza a regir a partir de t_1 . Todo lo que hace falta para que una norma N_i sea válida en el sentido de pertenencia es que haya sido creada de acuerdo a otra norma N_j perteneciente al sistema en el momento de la promulgación de N_i . El hecho de que N_j sea derogada después o aún simultáneamente con la promulgación de N_i es absolutamente irrelevante para la pertenencia de N_i .

Sin embargo, todo parece indicar que cuando Ross usa el término "validez" en este contexto, lo hace en el sentido de validez normativa o fuerza obligatoria. En efecto, al referirse al esquema inferencial: "Una norma es válida cuando es creada de acuerdo a las condiciones C; la norma N ha sido creada de acuerdo a las condiciones C, por lo tanto, la norma N es válida". Ross dice expresamente: "La primera premisa es realmente una norma que prescribe la obligación de obedecer las normas creadas de la manera indicada y la conclusión también es una directiva"¹⁷. Además, sólo si "válido" significa validez normativa es legítimo inferir, como lo hace Ross «'p' es válida, por lo tanto p» (art. 88 es válido, esto es, la Constitución puede ser reformada mediante el procedimiento R y sólo por ese procedimiento). La validez normativa se comporta efectivamente como el concepto de verdad «'p' es verdadera, por lo tanto p» es una inferencia válida), pero no los conceptos descriptivos de validez: ni de «'p' pertenece a S», ni de «'p' es aplicable de acuerdo a q" cabe inferir p.

Ahora bien, el argumento de Ross pretende mostrar que la validez normativa del art. 88' deriva del art. 88. La inferencia "directiva o deóntica", como la llama Ross, parece ser lógicamente válida, pero el art. 88', es decir, la conclusión, es incompatible con el art. 88, la primera premisa, y esto genera la dificultad señalada por Ross.

Como ya hemos notado, los art. 88 y 88' nunca coexisten al mismo tiempo, pues no pertenecen a la misma constitución, sino a dos constituciones diferentes. Por lo tanto, si hay una contradicción entre estas dos normas no se trata de una contradicción dentro de un sistema, sino de una contradicción entre dos normas que pertenecen a dos sistemas distintos. Es un caso muy común y no tiene nada de extraño. Sólo si el art. 88 continuara existiendo después de la promulgación del art. 88', habría un conflicto en el sistema. Ross parece haber pensado algo por el estilo cuando dijo en la primera formulación del problema: "Toda derivación de este tipo presupone la existencia continua de la norma superior"¹⁸. Este punto fue acertadamente criticado por Hart¹⁹ y en su artículo en *Mind* Ross tácitamente acepta la crítica; al menos, abandona la exigencia de la existencia continua del art. 88 y distingue, en consecuencia, entre la contradicción jurídica y la contradicción lógica. Admite que "no hay aquí una contradicción en el derecho, porque el art. 88' sustituye al art. 88"²⁰. Pero insiste en que hay una contradicción lógica entre la conclusión y una de las premisas de un argumento lógicamente válido, lo cual, según Ross, sería un absurdo.

¹⁷ Ross, A., "On Self-reference..." cit., p. 5 (nota).

¹⁸ *On Law and Justice*, p. 82, el subrayado es mío.

¹⁹ Hart, op. cit.

²⁰ "On Self-reference..." p. 20.

Decir que una inferencia lógicamente válida en la que la conclusión contradice una de las premisas sea un absurdo es ciertamente exagerado. Lejos de ser un absurdo, se trata de una forma de razonar frecuentemente utilizada, llamada *argumentum ad absurdum*. Lo que demuestra este argumento es que la premisa en cuestión tiene que ser falsa y esto puede constituir una información muy importante. Pero un argumento con una premisa falsa no es un argumento sano y en este sentido Ross tiene razón. Un argumento que no es sano no sirve para establecer la verdad de su conclusión y aún cuando ésta sea verdadera, su verdad no deriva de las premisas.

En un razonamiento prescriptivo, como el que estamos examinando, ni la conclusión, ni la primera premisa son proposiciones, sino normas y como tales carecen de valores de verdad (al menos en la concepción de Ross). Sin embargo, es plausible aceptar que la validez desempeña aquí un papel similar al de la verdad y entonces se seguiría en efecto que la validez del art. 88' no puede derivarse del art. 88. Por consiguiente, si realmente hubiera una contradicción entre (1) y (3), la pretensión de Ross de que el art. 88 no puede ser reformado conforme a sus propias disposiciones sería razonable, pues el nuevo art. 88' no podría ser derivado —en lo que a su validez normativa se refiere— del art. 88.

Sin embargo, no existe en este caso la pretendida contradicción. Ross sostiene que (1) y (3) se contradicen, porque (1) prescribe que la constitución sólo puede ser reformada mediante el procedimiento Q, y (3) prescribe que la constitución sólo puede ser reformada mediante el procedimiento R (que se supone es incompatible con Q). Pero Ross pasa por alto el hecho de que "la constitución" mencionada en el art. 88 no es la misma constitución a que se refiere el art. 88'. En efecto, (1) dispone que la constitución C₁ sólo puede ser reformada mediante el procedimiento Q, mientras que (3) prescribe que la constitución C₂ sólo puede ser reformada por el procedimiento R. Por lo tanto, los artículos 88 y 88' hacen referencia a dos constituciones distintas y no hay contradicción alguna entre ellos²¹. Una vez que se distingue explícitamente entre las dos constituciones en juego la pretendida contradicción se desvanece.

Queda finalmente la cuestión de la aplicabilidad. ¿Sería correcto decir que el art. 88 es aplicable hasta el momento t₁ y el art. 88' después de ese momento? Ciertamente no, pues al igual que otras normas, una norma constitucional puede muy bien ser aplicable después de su derogación. El art. 88' sólo es aplicable a un caso de reforma constitucional realizada después de t₁ y no antes. La legalidad de una reforma llevada a cabo después de t₁ debe ser juzgada conforme a las disposiciones del art. 88'. Pero una reforma realizada antes de t₁ (o en el

²¹ Esto fue señalado por Hörster en su artículo mencionado en la nota 14.

momento t_1) debe ser juzgada conforme al art. 88, aún cuando el problema de su legalidad se plantee después de t_1 . Por lo tanto, el criterio general de aplicabilidad de los artículos 88 y 88' es el siguiente: el art. 88 es aplicable a todos los actos de reforma realizados durante la existencia de C_1 (es decir, antes de t_1 , o en t_1), y el art. 88' es aplicable a todos los actos de reforma que se realicen con posterioridad a t_1 , es decir, durante la vigencia de la constitución C_2 , con prescindencia de la cuestión en qué momento se plantea el problema de su aplicabilidad, antes o después de su derogación.

Se sigue que los tribunales deben dar preferencia a la regla de reforma que existía en el momento en que se hizo la reforma, sin preocuparse si esa regla haya sido derogada o no antes del momento de su decisión. La situación en que normas derogadas deben ser aplicadas es muy frecuente en las áreas del derecho penal y civil, y también ocurre en el derecho constitucional. Por ejemplo, cuando se cuestiona la constitucionalidad de una ley dictada antes de t_1 , pero la cuestión se plantea después de t_1 , las normas aplicables para resolver esta cuestión son las de C_1 y no las de C_2 , aún cuando en el momento en que los tribunales han de tomar su decisión la constitución C_1 haya dejado de regir y la que rige es C_2 .

La nueva constitución C_2 deriva su validez normativa del art. 88 de la constitución C_1 , pero la aplicabilidad del art. 88' no puede derivarse de C_1 , porque los criterios de aplicabilidad que el juez aplica, han de ser vigentes en el momento de su decisión, aun cuando esos criterios pueden remitirlo a normas derogadas.

5. DEROGACION Y EXISTENCIA

Cabe plantear la pregunta ¿qué efectos produce la derogación de una norma sobre su validez? Los análisis precedentes muestran claramente que la derogación de una norma no la priva necesariamente de su aplicabilidad. Pero ¿qué ocurre con su existencia o pertenencia?

A través de toda la discusión de este tema he trabajado con la hipótesis de que como consecuencia de su derogación la norma deja de existir, en el sentido de que ya no pertenece a los sistemas subsiguientes. Esta hipótesis lleva a resultados un tanto inesperados: la aplicabilidad de normas inexistentes. Decir que un juez tiene el deber de aplicar una norma que ya no existe suena raro. Creo que este resultado es menos paradójico de lo que parece: después de todo, la norma en cuestión no existe en el sistema correspondiente al momento de la decisión, pero existe en el orden jurídico, pues ha pertenecido a algún sistema anterior. Sin embargo, muchos juristas no se sentirían probablemente muy felices con esta descripción de la situación. ¿No se podría evitar esta

consecuencia moldeando nuestros conceptos de un modo diferente? El mero hecho de que una norma derogada retiene todavía su aplicabilidad podría ser usado como argumento en contra de la tesis de su inexistencia.

Una explicación alternativa de los mismos hechos puede ser presentada en los siguientes términos²²: Una norma existe (esto es, pertenece a un sistema) mientras es aplicable; por lo tanto, una norma derogada, pero aplicable a ciertos casos no ha sido eliminada del sistema; sigue perteneciendo al sistema, aunque su aplicabilidad haya sido restringida por la derogación a un ámbito más limitado de casos, esto es, ya no es aplicable a casos futuros. De tal manera, la derogación sólo restringe la aplicabilidad de una norma y no la priva de su existencia en el sistema. Sólo en el caso límite, cuando la norma derogada no tiene aplicación alguna, deja de pertenecer al sistema en cuestión. Esto significa que las normas derogadas coexisten con las nuevas normas dentro del mismo sistema y como son normalmente incompatibles, los posibles conflictos son evitados mediante la asignación de diferentes áreas de aplicabilidad: las antiguas normas son aplicables a un cierto tipo de casos, mientras que las nuevas normas son aplicadas a otros casos.

Esta sugerencia equivale a moldear el concepto de existencia de las normas (y por lo tanto, el concepto de sistema de normas) de tal modo que la existencia se convierte en una función de aplicabilidad: para saber qué normas pertenecen a un sistema dado, uno tiene que saber qué normas son aplicables. Pero en tal caso tenemos que aceptar que la existencia de una norma no comienza a partir del momento de su promulgación, sino desde el momento de su aplicabilidad. De esta manera, tendríamos que decir que el Código Penal argentino no existió hasta abril de 1922, aunque haya sido promulgado en octubre de 1921.

Como respecto de esta cuestión no parece existir un uso establecido en el lenguaje jurídico, tal resultado no parece demasiado chocante. Pero en otros casos el mismo criterio lleva a resultados más problemáticos. Tomemos el caso de un contrato celebrado entre Ticio y Sempronio, de acuerdo al cual Sempronio se compromete a realizar una cierta acción p mañana. Sempronio no está obligado a hacer p hoy; del contrato no surge obligación alguna antes del día de mañana. Sólo mañana Sempronio tendrá la obligación de hacer p. ¿Diríamos que el contrato no existe hoy y sólo comenzará a existir el día de mañana? Esta manera de hablar suena raro y probablemente chocaría con los usos lingüísticos

²² Esta explicación me fue sugerida por Ricardo A. Guibourg durante la discusión de una versión anterior de este artículo, leída en SADAF (Sociedad Argentina de Análisis Filosófico) en septiembre de 1980.

vigentes: la mayoría de los juristas seguramente describirían la situación diciendo que el contrato ya existe hoy, aunque sólo producirá sus efectos mañana. Aún más extraño sería el caso del testamento: un testamento no produce efecto jurídico alguno hasta la muerte del causante, pero sería muy raro decir que el testamento no existe, no porque la persona en cuestión no lo haya hecho, sino porque su autor todavía vive. Y en todo caso parece haber una importante diferencia entre Sempronio que ha hecho un testamento y Ticio que no hizo testamento alguno, aún antes de la muerte de los dos. Bajo el supuesto de que la existencia es una función de aplicabilidad no podemos describir esa diferencia en términos de la existencia del testamento de Sempronio y la inexistencia del testamento de Ticio, que sería la forma natural de describir la situación.

Parece que el enfoque que estoy considerando conduce a un desacuerdo mucho mayor respecto del discurso jurídico ordinario. Por otro lado, para establecer la legalidad de un testamento, tenemos que recurrir a normas que existían en el sistema en el momento cuando fue hecho el testamento y no en el momento cuando se torna aplicable. Lo mismo sucede con el contrato.

Aún más importante parece ser el siguiente argumento en contra del punto de vista que convierte la existencia en una función de aplicabilidad: los criterios de aplicabilidad se encuentran en el derecho; no necesariamente en el derecho escrito, pero en el material jurídico suministrado por las diferentes fuentes de derecho. Más aún, como se ha argumentado en la sección 3, tales criterios deben pertenecer al sistema que corresponde al tiempo presente (S_t), esto es, al último sistema de la serie de sistemas que pertenecen al orden jurídico en cuestión. Por lo tanto, para evitar circularidad los juristas deben estar en condiciones de identificar este sistema mediante algún criterio independiente, que no es uno de los criterios de aplicabilidad. Por consiguiente, el concepto de existencia en un sistema ha de ser independiente del concepto de aplicabilidad y no una función de este último. Si esto es así, tendrá que aceptarse que la derogación de una norma conduce a su eliminación y que un sistema jurídico es el conjunto de todas las normas que han sido creadas válidamente y no derogadas hasta ese momento.

Finalmente, aún si se aceptara que una norma existe en el sistema mientras sea aplicable a algunos casos, no podemos concluir que se trata de la *misma* norma la que sigue existiendo después de la derogación. Si en t_1 hay una norma aplicable a una cierta clase de casos (que incluye casos futuros) y en t_2 esta norma ha sido derogada y ya no es más aplicable a los mismos casos (por ejemplo, no es aplicable a casos futuros), ¿sigue siendo la misma norma?

Creo que sería correcto decir que no es la misma norma. La norma N

ha sido reemplazada por la norma N' que tiene el mismo contenido, pero diferente ámbito de aplicabilidad y esto es suficiente para decir que son dos normas distintas. En efecto, si hay casos a los que una norma es aplicable y la otra no, las dos normas no son idénticas. Por lo tanto no puede sostenerse que se trata de la misma norma; tendríamos que decir más bien que son dos normas similares, pero no idénticas. Resulta entonces que después de todo con la derogación la norma queda eliminada del sistema. La diferencia entre las dos descripciones está en el contenido del nuevo sistema (que tenemos después de la derogación). Conforme a la primera descripción el nuevo sistema no contiene la norma derogada (aunque ésta puede todavía ser aplicable a ciertos casos) y si una nueva norma ha sido creada en reemplazo de la derogada, entonces el sistema contiene esta nueva norma. De acuerdo a la segunda descripción, la norma derogada no pertenece al nuevo sistema (en esto las dos descripciones coinciden), pero el nuevo sistema contiene una nueva norma similar a la derogada y, eventualmente, dos nuevas normas, una de las cuales es incompatible con la norma derogada. Me parece que la segunda descripción supone una construcción complicada y altamente artificial.

6. CONCLUSIONES

El principal objetivo de este trabajo era caracterizar el conjunto de normas **aplicables a un caso** y trazar los criterios que regulan la aplicabilidad de las normas. En el transcurso del análisis resultó claro —en contra de la opinión muy difundida, especialmente entre los filósofos del derecho— que ese conjunto no es necesariamente un subconjunto de las normas que existen en el momento de considerar el caso, esto es, el conjunto de las normas correspondientes a ese momento particular. Tampoco es necesariamente un subconjunto de algún otro sistema, correspondiente a algún momento anterior. De hecho el conjunto de las normas aplicables a un caso puede ser y frecuentemente es una **selección** a partir de varios sistemas que corresponden a momentos temporales diferentes del tiempo externo de un orden jurídico. En otras palabras, es una selección a partir de una familia de sistemas jurídicos.

El derecho provee criterios para la identificación de los momentos temporales a los que corresponden los sistemas que han de ser tomados en cuenta. De estos momentos hay uno que es especialmente importante: es el momento en el cual el caso es considerado, porque los criterios de aplicabilidad tienen que pertenecer al sistema que corresponde a ese momento (sistema S_t). Pero luego esos criterios pueden remitir a otros

sistemas que corresponden a diversos momentos relevantes. Por ejemplo, al momento en que se cometió el delito y a todos los sistemas intermedios, como ocurre en el Código Penal argentino; o, como sucede en el derecho civil, a los momentos que corresponden a diversos acontecimientos, como la celebración del contrato, su cumplimiento por una de las partes, su incumplimiento, etc.

Pero la identificación de los sistemas relevantes es tan sólo un primer paso; el siguiente consiste en tomar las normas que pertenecen a todos esos sistemas y compararlos. Hay ciertas relaciones jerárquicas entre las normas, establecidas por los criterios de aplicabilidad. Estas son relaciones ordenadoras que indican qué norma de cada par de normas es en algún sentido superior a la otra y en virtud de su transitividad (como relaciones ordenadoras ellas son transitivas y asimétricas) es posible descubrir cuál es la norma que es superior a todas las demás (siempre que la relación en cuestión sea suficientemente fuerte).

Finalmente, hay normas (de un nivel superior) que regulan la selección, prescribiendo el deber de elegir ciertas relaciones jerárquicas y de esta manera, dar preferencia a las normas jerárquicamente superiores conforme a esa relación.

De esta manera, el problema de la determinación del conjunto de normas aplicables a un caso es una instancia de un problema más general de seleccionar un conjunto de normas a partir de una familia de conjuntos mediante sus relaciones internas²³. Aquí tenemos el caso de ordenación de las normas con respecto al tiempo.

Este trabajo muestra la importancia de la distinción entre diferentes conceptos que se ocultan debajo del ambiguo término "validez". Los problemas relacionados a la aplicabilidad de las normas exigen un tratamiento separado y no deberían confundirse con problemas referentes a la pertenencia o existencia de las normas en un sistema, por un lado, y los de la validez normativa, por el otro. La falta de distinciones conceptuales y terminológicas claras es una de las principales fuentes de dificultades en la filosofía del derecho.

²³ Cfr. Alchourrón, C. E. y Makinson, D., "Hierarchies of Regulations and Their Logic" en Hilpinen (ed.), *New Studies in Deontic Logic*, Reidel, Dordrecht 1981.