

LA INAPLICABILIDAD Y LA EFICACIA CONSTITUCIONAL*

Ana Lucía HERRERA GÓMEZ**
Diego MARTÍNEZ MARULANDA
Jorge RESTREPO MORALES

INTRODUCCIÓN

La idea directriz en esta exploración consiste en revisar los distintos significados que puedan asignársele al término eficacia en el ámbito de la teoría jurídica. Este ejercicio pretende clarificar la función que con respecto a la eficacia constitucional cumple la inaplicabilidad, entendida ésta como consecuencia técnica del control de juridicidad, en su modalidad difusa.¹

* Este escrito revisa los distintos significados que se asignan al término eficacia en la teoría jurídica. Busca clarificar la función que con respecto a la eficacia constitucional cumple el control difuso o inaplicabilidad.

Se revisan también las características de los conceptos que surgen alrededor de la noción de eficacia, en un modelo consuetudinario, como en un modelo de corte legalista.

La exploración de la eficacia de la norma constitucional permite comprender, a contraluz, el concepto de ineficacia en una triple dirección: como nulidad —pérdida de la validez normativa—; como derogabilidad —pérdida de la vigencia—, y como inaplicabilidad —supresión de la vigencia.

** Doctores en Derecho y Ciencias Políticas. Profesores titulares de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia.

1 Es preciso aclarar que el control de juridicidad de las normas en su modalidad difusa, difiere del control concentrado. En esta segunda forma de control, la revisión de la juridicidad de una norma, se remite a definir su validez formal, entendida ésta como pertenencia. La anterior operación supone la confirmación de un conflicto normativo vertical y una confrontación directa de la norma revisada con la norma superior constitucional.

En efecto, la utilización de la inaplicabilidad en la modalidad aludida, puede generar dos consecuencias: de un lado, suscita la eficacia constitucional; de otro, implica pérdida de la eficacia de una norma que ha sido reiteradamente inaplicada, fenómeno éste que pudiera llamarse específicamente *desuetudo*, en tanto proviene de una decisión proferida por una autoridad judicial.

Se elegirá como punto de partida de esta exploración, la perspectiva teórica adoptada por el profesor Hans Kelsen, habida cuenta de que su concepto de eficacia permea la doctrina y la práctica jurídica vigentes en nuestro medio y, en consecuencia, tal concepción es la que prevalece como expresión genuina de los desarrollos jurídicos que se imparten desde la corriente *iuspositivista*.

Otro criterio que determina la anterior elección, tiene que ver con el modelo arraigado en nuestra tradición jurídica. Desde los orígenes institucionales de la República esta tradición se ha proyectado, en evolución creciente, atendiendo de preferencia a los trazos del Estado de Derecho establecidos en la Europa continental, inscritos dentro de la familia jurídica del *Civil Law*.

Estas dos razones conducen a precisar el significado de la eficacia jurídica, teniendo como referencia la idea del Derecho alrededor de la cual gira el modelo jurídico liberal aludido. Esta referencia no es otra que la noción formal de ley.

Es preciso advertir que la presente exposición ha de ser desarrollada al compás de la evolución socio-política, evolución que conduce al resquebrajamiento o a la superación de unos esquemas conceptuales que fueron previstos para condiciones históricas diferentes.

Efectivamente, hoy se reconoce por un amplio sector doctrinario el decaimiento del Estado de Derecho y la superación del mismo, gracias al surgimiento de propuestas, que responden con un mayor grado de acierto a las nuevas demandas. Se habla entonces de formas actualizadas, tales como el Estado Constitucional o el Estado Social de Derecho.

Sin ignorar que estas dos denominaciones pueden ser objeto de diferencias sustantivas, importa identificar un común punto de encuentro entre ellas: el valor que en ambas se le asigna a la norma constitucional, postura teórica que no sólo supera el modelo precedente sino que implica profundas consecuencias

El control difuso supone una confrontación de la norma en situación inminente de ser aplicada, con su vigencia, entendida ésta como exigibilidad. En esta circunstancia, se aprecia que existe una conexión entre la noción de validez entendida como obligatoriedad y la noción de eficacia.

ético-políticas con respecto a la actitud de los doctrinantes, o de quienes tienen la función de aplicar el Derecho, y particularmente los jueces.

En estos términos, se hace imprescindible no sólo develar las inconsistencias y las limitaciones del concepto de eficacia, mirado desde un punto de vista legal y meramente formal, en el cual se evidencia la inconsistencia del concepto de eficacia kelseniano que deja por fuera la eficacia constitucional, sino que es necesario analizar las condiciones que permitan evaluar el significado de la eficacia en relación con la norma constitucional.

En concordancia con el planteamiento anterior, se impone la articulación de los apartados que constituirán el cuerpo central de este escrito, así: la consideración de la eficacia en la perspectiva legal, que implica examinarla desde la óptica formal coactiva desarrollada por Kelsen; y la exploración de la eficacia de la norma constitucional, atendiendo a distintos sentidos: eficacia instrumental, eficacia material y eficacia directa e inmediata.

Este excursus sobre la eficacia permitirá comprender a contraluz, el concepto de ineficacia en una triple dirección: como nulidad —pérdida de la validez normativa—; como derogabilidad —pérdida de la vigencia—; y como inaplicabilidad —suspensión de la vigencia—.

1. LA EFICACIA EN LA PERSPECTIVA LEGAL

El fenómeno de la reducción del Derecho al concepto de ley general y abstracta, que se produce en el Estado de Derecho Liberal, auspiciado por el positivismo jurídico, no resulta ser un mero descuido semántico, en tanto acarrea consecuencias teóricas significativas.

La idea de que el Derecho es la ley formalmente caracterizada, conduce a reducir esencialmente el valor y el significado de la Constitución que, aunque se considera la norma superior fundante del ordenamiento, no cumple su función vital en cuanto no se le atribuye capacidad de garantizar los derechos en ella consagrados o implicados.

De la misma premisa, se desprende otra consecuencia de importancia: la consideración de que todos los demás actos del ordenamiento, producidos por los órganos diferentes al legislativo, son actos de mera aplicación de la ley. Por esta vía, se llega a la tesis que define la sentencia judicial como un juicio lógico-deductivo que la asemeja a un razonamiento silogístico, propiciando la idea de que el funcionario judicial es un autómatas que se circunscribe al cumpli-

miento estricto de la ley, lo que equivale a profesar obediencia ciega a su texto, o a lo sumo, a la voluntad del legislador.

No es extraño entonces, que el principio prevaleciente en este tejido conceptual sea el de legalidad, mientras que la supremacía constitucional queda en el limbo de la indeterminación con respecto a aquellas funciones de carácter sustantivo que atañen a la fortaleza de la Constitución en su parte dogmática.

Tampoco resulta insólito que en esta perspectiva se mencione la eficacia como una propiedad exclusiva de la ley y se omita su extensión a cualquier otra norma del sistema jurídico.

1.1. Kelsen y la óptica formal-coactiva de la eficacia

El maestro vienés, aborda incidentalmente el tema de la eficacia en varios momentos de su obra, lo que significa que no efectúa un tratamiento directo y sistemático del mismo.

De manera específica se refiere a la eficacia cuando la utiliza como presupuesto que permite explicar la validez de la norma básica y, por ende, del sistema normativo que ella inaugura al preceder y regular la creación de las demás normas.

Entiende la eficacia como una condición necesaria para suponer la validez de la Constitución establecida por el primer constituyente y afirmar, en consecuencia, la validez de todo el conjunto normativo que de ella se desprenda.

Este principio de efectividad, que es una de las reglas del derecho internacional, constituye la norma fundamental de los diversos ordenes jurídicos nacionales.

La Constitución establecida por el primer constituyente sólo es válida a condición de ser eficaz. La realidad a la cual se aplica debe corresponder de una manera general al orden jurídico construido sobre sus disposiciones.²

Adelanta el profesor Kelsen en esta cita una línea aclaratoria sobre el significado de eficacia. La entiende como correspondencia general, no absoluta, entre normatividad y realidad regulada por esa normatividad.

2 Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: Eudéba, 1967. p. 144, Primera versión. Edición francesa. trad. Moisés Nilve y Napoleón Cabrera.

Y en un texto en el que se ocupa de polemizar con el profesor Stone utiliza la expresión eficaz para referirse a la norma básica en los siguientes términos:

Lo que sostengo es que la norma básica se refiere únicamente a un orden social coercitivo que, en general, es eficaz. Esto significa: presuponemos la norma básica solamente si existe un orden social coercitivo generalmente eficaz. [...] La razón de validez objetiva de un orden jurídico es [...] la norma básica presupuesta de acuerdo con la cual se debe obedecer una Constitución efectivamente sancionada y generalmente eficaz; y consecuentemente deben obedecerse las normas creadas en conformidad con esa Constitución y que sean generalmente eficaces. [...] De acuerdo con mi teoría la norma básica se refiere únicamente a un orden coercitivo generalmente eficaz [...] Por lo tanto la norma básica no "garantiza" la eficacia del orden jurídico.³

Dos observaciones merecen ser resaltadas en torno a la lectura de estas citas:

La primera observación, apunta a mostrar un nuevo ingrediente que operará como supuesto para la explicación de la validez. Se trata de la coercibilidad que, junto con la eficacia, constituirá el binomio central sobre el cual recaerá la hipótesis que supondrá válida la norma básica.

La segunda, introduce una duda: ¿A quién le asigna Kelsen las propiedades de la eficacia y de la coercibilidad?, ¿A la norma básica? o a las normas creadas en conformidad con la Constitución?

Esta duda se despeja cuando Kelsen se ocupa de explicar la noción de obligación jurídica y, para ello, recurre a hacer la distinción entre "derecho en sentido dinámico" y "derecho en sentido estático".

Kelsen define el concepto de Derecho en sentido dinámico de la siguiente manera:

Si examinamos el orden jurídico desde el punto de vista dinámico aquí explicado, parecerá posible definir el concepto del Derecho en forma enteramente distinta de aquella en que nuestra teoría lo ha definido. P parecerá especialmente posible ignorar, en tal definición, el elemento de la coacción.

3 Kelsen, Hans. *Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1969. p. 67.

Es un hecho que el legislador puede expedir mandatos sin considerar necesario enlazar una sanción penal o civil a la violación de aquéllos. Si tales normas son llamadas también normas jurídicas, es porque fueron creadas por una autoridad que, de acuerdo con la Constitución, tiene competencia para crear el Derecho. Son reglas jurídicas en cuanto provienen de una autoridad creadora de derecho. De acuerdo con tal concepto, el derecho es algo establecido en la forma prescrita por la Constitución para la formulación de normas jurídicas. Este concepto dinámico difiere del concepto del derecho como norma coercitiva. A la luz del concepto dinámico, el derecho es algo creado a través de un determinado proceso, siendo jurídico todo lo creado de esta manera. El concepto dinámico, sin embargo, solo en apariencia es un concepto del derecho y no contiene, en efecto, ninguna respuesta a la pregunta sobre la esencia de lo jurídico, ni ofrece un criterio para distinguir el derecho de otras normas sociales. El concepto dinámico únicamente ofrece una respuesta en relación con el problema que consiste en determinar si, y por qué, cierta norma pertenece a un sistema de preceptos jurídicos válidos, o es parte integrante de cierto ordenamiento jurídico. Y la respuesta es que una norma pertenece a cierto orden jurídico, si es creada de acuerdo con un procedimiento prescrito por la ley fundamental del propio orden.⁴

En contraposición, el Derecho en sentido estático, para Kelsen, está constituido por todas aquellas normas que regulan el comportamiento humano estableciendo una sanción coercible para el evento de que sean violadas. Esta noción coincide plenamente con las explicaciones que el autor ofrece con respecto a la obligación jurídica.

En lo referente a esta noción, dice: "Un individuo estará jurídicamente obligado a la conducta opuesta a aquella que constituye la condición de la sanción dirigida contra él".⁵

Afirmación que se complementa contrastándola con esta otra consignada en su Teoría Pura: "Por el contrario, no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Un individuo está jurídica-

4 Kelsen, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. México: UNAM, 1979. p. 144.

5 *Ibíd.*, p. 69.

mente obligado a ejecutar un contrato cuando el incumplimiento de este contrato es la condición de un acto coactivo".⁶

La distinción aludida, conduciría a afirmar que la Constitución es un mero texto formal, carente de coercibilidad, nota característica y peculiar del Derecho. Para Kelsen, la coercibilidad es la que permite distinguir el Derecho de otras técnicas normativas de control social, como son la moral y la religión.⁷

Pero si se llevara hasta sus últimas consecuencias la distinción entre Derecho estático y dinámico, habría que aceptar que la Constitución misma no sería Derecho ni siquiera en sentido dinámico, puesto que no ha sido originalmente creada conforme a un procedimiento prescrito por una norma superior, que permita acreditar su pertenencia al sistema.

Habría entonces que suponer su validez, su obligatoriedad, siempre y cuando se constate la existencia de un conjunto de normas creadas conforme a lo dispuesto por ella, pero a condición de que ese conjunto normativo esté conformado por normas coercibles y generalmente eficaces.

Este razonamiento impone admitir que la Constitución no establece, o no contiene, normas que prescriban conductas jurídicamente obligatorias, según lo anotado por Kelsen, en razón de que no es una norma coercible; en consecuencia, su obligatoriedad ha de suponerse, según Kelsen, a condición de que las normas desprendidas de ella sean coercibles y generalmente eficaces.

La Constitución, en estos términos, es una norma incompleta cuyos supuestos sólo adquirirán sentido jurídico normativo, y por lo tanto ella podrá asimilarse a una norma jurídicamente obligatoria, en el momento en que le sean asignadas consecuencias jurídicas coercibles.

Pero esta función de completar la Constitución, en el Estado de Derecho sólo le compete al legislador, actividad que realiza mediante la producción de las leyes. Por tanto, en este modelo el órgano legislativo es el que determina la eficacia y la validez jurídica de la Constitución, entendida esta validez desde la perspectiva de la obligatoriedad.

El análisis permite descubrir la paradoja latente en la explicación kelseniana sobre la validez del Derecho, la cual puede describirse así: en primer lugar la

6 Kelsen. *Teoría Pura del Derecho*. Op., cit. p. 79-80.

7 Cfr., Kelsen. *Teoría General del Derecho y del Estado*. El criterio del Derecho. (El Derecho como una técnica social específica). Op., cit. p. 17-34.

validez como pertenencia se predica de las leyes, en tanto normas jurídicas subalternas de la Constitución que es su fuente formal, en donde están contenidos los criterios que determinan la validez de aquellas; y en segundo término la validez entendida como obligatoriedad, se predica de la Constitución, señalando que es el órgano legislativo el que le otorga validez mediante la producción de leyes que la completan, convirtiendo así las disposiciones constitucionales en normas jurídicamente obligatorias.

En síntesis, la Constitución cobra obligatoriedad —validez material— en virtud de la validez formal —pertenencia— predicable de las normas que de ellas se derivan.

El condicionamiento de la eficacia constitucional por parte del legislador, bien puede ser descrito con la expresión conocida como *la legalización de la Constitución*.

Pero ¿qué significa el condicionamiento de la eficacia constitucional, ejercido por el legislador mediante el instrumento de la ley y qué relación existe entre la eficacia y la coercibilidad?

Las respuestas requieren que se dilucide de manera más precisa lo que el iusfilósofo de la Teoría Pura, entiende por eficacia.

1.1.1. EFICACIA PRIMARIA Y EFICACIA SECUNDARIA⁸

Si se examinan las explicaciones que sobre el concepto de eficacia presenta Kelsen, esparcidas en sus textos principales, se puede concluir sin dificultad que son dos los verbos que sirven de coordenadas en su presentación: *acatar* y *aplicar*.

Si se toma por ejemplo *La Teoría General del Derecho y del Estado*, se encuentra la siguiente afirmación: “El que los hombres se comporten o no realmente de manera de evitar la sanción con que amenaza la norma jurídica, y el que la sanción sea o no realmente ejecutada en caso de que se llenen las condiciones de ejecución, son cuestiones que atañen a la eficacia del derecho”.⁹

De esta descripción se puede inferir que la eficacia, en términos kelsenianos, es la correspondencia entre la normatividad y los hechos sociales. O sea, que lo

8 En esta presentación se tomará como guía el texto *Fundamentos para una introducción al derecho*.

Cfr., Martínez Marulanda, Diego. Medellín: Universidad de Antioquia (en proceso de publicación).

9 Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*. Op., cit., p. 35.

prescrito por la normatividad, el deber ser, se puede calificar de eficaz si logra una relación de correspondencia con la realidad social que ella regula.

Cuando la calificación aludida no es posible, es porque existe un abismo apreciable entre el deber ser de la norma y el ser social que ella trata de conformar o de promover. En estas circunstancias, se calificará la norma como ineficaz. “En otras palabras, se habla de eficacia, cuando lo normativo se acata o se aplica, y de ineficacia, cuando lo normativo, no se acata o no se aplica”.¹⁰

Los verbos que sirven de coordenadas para referenciar el concepto de eficacia, corresponden a la idea kelseniana de que las normas jurídicas están estructuradas en torno a dos elementos: el supuesto jurídico y la consecuencia jurídica.

Esta estructura normativa le permite establecer una doble noción de obligación: la primera, la sitúa en el supuesto jurídico y la denomina norma secundaria; y la segunda, la identifica en la consecuencia jurídica y la denomina norma primaria.

La norma jurídica se encuentra dividida en dos normas separadas, en dos expresiones del “deber”: una que tiende a lograr que cierto individuo observe la conducta “debida”, y otra según la cual un segundo individuo, debe ejecutar una sanción, en caso de que la primera norma sea violada. Ejemplo: No se debe robar; si alguien roba, deberá ser castigado. Si se afirma que la primera norma, que prohíbe el robo, sólo es válida si la segunda atribuye a éste una sanción, entonces la primera resulta seguramente superflua en una exposición estricta del derecho. Si acaso existe, está contenida en la segunda, que es la única norma jurídica genuina. Sin embargo, la representación del derecho resulta grandemente facilitada si nos permitimos suponer también la existencia de la primera norma. Hacer tal cosa es legítimo cuando se tiene conciencia de que la primera, que prescribe la omisión del acto antijurídico, es dependiente de la norma sancionadora. Podemos expresar esta dependencia si damos a la segunda el nombre de norma primaria, y a la primera, el de norma secundaria. La secundaria estipula la conducta que el

10 Martínez Marulanda, Diego. *Fundamentos para una Introducción al Derecho*. Medellín, primera versión. 1996. p. 287.

orden jurídico trata de provocar mediante el establecimiento de la sanción.¹¹

Se resaltan las expresiones: “que cierto individuo observe la conducta [...]” y aquella donde expresa, “un segundo individuo debe ejecutar una sanción”, para identificar los verbos rectores: acatar u observar, y aplicar o ejecutar.

En este punto, es necesario precisar que la aplicación de la sanción es una acción previa a la ejecución. Kelsen, y en general los doctrinantes, subsumen con frecuencia estas dos últimas obligaciones, la de aplicar y la de ejecutar la sanción, en una sola.

Así, puede definirse la norma secundaria como aquella que es portadora de una obligación secundaria, y la norma primaria como aquella portadora de una obligación primaria.

Norberto Bobbio, se ha ocupado de revisar esta terminología, advirtiendo en ella un foco de polisemia. Dice al respecto:

Esta variedad depende del hecho de que “secundario” puede tener, no sólo en el lenguaje común sino también en los distintos lenguajes técnicos, tanto un significado neutral como un significado valorativo, según que “primario” y “secundario” vengán utilizados para denotar: 1) una relación temporal, en la que “secundario” significa simplemente lo que viene después; o bien, 2) una relación axiológica de la que se dan esencialmente dos clases [...]: a) si se mira a la función recíproca de los dos términos de la relación, “secundario” puede significar lo que es menos importante, marginal, subsidiario, auxiliar, accesorio, o accidental, contrapuesto generalmente no tanto a “primario” como a “principal”; y b) si se mira a la respectiva posición, “secundario” significa lo que jerárquicamente está en un estado de subordinación, dependencia, o de inferioridad, en cuyo caso la relación “primario-secundario” termina por coincidir con la de “superior-inferior”.¹²

Atentos al impecable análisis de Bobbio, fuerza concluir que la presentación categorial que hace Kelsen de las normas jurídicas, en este sentido, responde a una óptica axiológica y no a un criterio temporal.

11 Kelsen. *Teoría General del Derecho y del Estado*, Op. cit., p. 71.

12 Bobbio, Norberto. *Contribución a la Teoría del Derecho*, Valencia: Fernando Tórrez editor, 1980, p. 317.

La norma primaria es la más importante para Kelsen, y la razón de esa importancia tiene que ver con que la obligación en ella contenida está directamente ligada con la coercibilidad, o sea, con la posibilidad de utilizar la fuerza en el momento de la ejecución de la sanción. En tales circunstancias, la norma que expresa la obligación secundaria resulta superflua.

“Llamamos norma primaria a la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y norma secundaria a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción.”

Paralelamente, la ciencia del derecho describe estas dos clases de normas formulando reglas de derecho primarias o secundarias, pero una regla de derecho secundaria es de hecho superflua, pues supone la existencia de una regla de derecho primaria, sin la cual no tendría ninguna significación jurídica, y esta regla de derecho primaria contiene todos los elementos necesarios para la descripción de la norma completa”.¹³

En consonancia con los anteriores elementos, es forzoso admitir que la noción de eficacia en Kelsen se despliega en dos direcciones diferentes, si se atiende a las distintas obligaciones que pueden identificarse en la estructura lógica de la norma jurídica. El mismo autor así lo sugiere, cuando establece: “Aun cuando la eficacia del Derecho consiste primordialmente en su aplicación por el órgano que corresponda, secundariamente significa que los particulares le prestan obediencia”.¹⁴

En consecuencia, es posible clasificar la eficacia de acuerdo con las obligaciones formuladas tanto en la norma secundaria como en la norma primaria, así:

a) Eficacia Secundaria

Según Kelsen, será aquella correspondencia entre el comportamiento efectivo realizado por el sujeto destinatario de la obligación secundaria y el contenido prescriptivo de la norma secundaria. En otras palabras, la relación de correspondencia entre el comportamiento social y la obligación secundaria

13 Kelsen. *Teoría Pura del Derecho*. Op., cit. p. 77-78.

14 Kelsen. *Teoría General del Derecho y el Estado*. Op., cit. p. 72.

b) Eficacia Primaria

Se entiende por ésta, la correspondencia entre la realidad judicial y el comportamiento de los funcionarios en ejercicio de su competencia para sancionar: (aplicar y ejecutar la sanción).¹⁵

Desde el punto de vista de los destinatarios en general, se dice que la norma es eficaz, cuando los sujetos en número significativo acatan u obedecen la obligación secundaria contenida en el supuesto de la norma.

Desde el punto de vista de los operadores jurídicos, se dice que la norma es eficaz cuando la sanción establecida para el evento de su violación, es aplicada o ejecutada en un grado significativo.¹⁶

Cabe aquí precisar, que la ejecución, como una fase definitiva de la aplicación de la sanción, cumple un papel de gran importancia en la determinación de la eficacia primaria.

Lo anterior porque, de no realizarse la ejecución sino la mera aplicación de la sanción, se tendría una eficacia vana y, en ese caso, desligada de la coercibilidad.

Todo indica, de acuerdo con el planteamiento kelseniano, que cuando se habla de aplicación tiene que considerarse la ejecución de la sanción, porque es, exactamente en ese momento, cuando se presenta la posibilidad inminente de usar la fuerza.

1.2. CONSECUENCIAS PROBLEMÁTICAS DE LA DISTINCIÓN

Establecida la íntima conexión entre eficacia y coercibilidad, entendida la eficacia como un concepto jurídico significativo, por cuanto se asocia con la norma u obligación primaria, surgen dos inquietudes que ponen de manifiesto dos problemas teóricos relevantes: Aquel atinente a la definición del Derecho y el que se refiere al concepto de eficacia como condición de validez del Derecho.

15 Esta realidad judicial podrá ser acreditada mediante cuadros estadísticos que den cuenta de los procesos judiciales: índices de iniciación, de suspensión, de interrupción, de finalización, de absoluciones, de condenas, etcétera.

16 Se utiliza la expresión operador jurídico para significar que otros funcionarios distintos a los jueces también están facultados para interpretar y aplicar las normas. Sin embargo la expresión aludida tiene el inconveniente de insinuar que la función de los sujetos facultados para aplicar el Derecho es meramente operativa, que nada aportan y nada deciden tal como lo concibe la escuela de la exégesis

1.2.1. LA DEFINICIÓN DEL DERECHO

Este problema puede formularse así: ¿es posible reducir el derecho a proposiciones jurídicas coercibles? De otra manera: corresponden todas las expresiones jurídicas de un ordenamiento a la estructura lógica, de norma completa supuesto-consecuencia coercible, expuesta por Kelsen?

Si la respuesta fuera afirmativa, el problema de la eficacia jurídica quedaría concluido. Pero si la respuesta es negativa, como ya lo han demostrado con lucidez otros doctrinantes y lo ha advertido el propio Kelsen, habrá que reconocer que la noción de eficacia, si se concibe desde la perspectiva de la coercibilidad, resulta insuficiente o precaria.

A modo de ilustración y sin que el siguiente esquema pretenda exhaustividad, resulta imprescindible mostrar con el auxilio del profesor Gregorio Robles, las múltiples opciones lingüísticas que pueden ser consideradas en un ordenamiento jurídico.¹⁷

*Si Kelsen parte de la premisa de que la significación objetiva de la norma es el *sollen* o, dicho con otras palabras, que la regla es una regla de conducta, no parece consecuente que califique como normas a aquellas proposiciones en las que no se expresa propiamente una regla de conducta, es decir en las que no se expresa un *sollen*.*

Atendiendo a este criterio, las "normas" en el sentido de Kelsen pueden ser divididas en dos grandes grupos:

*a) normas que expresan un *sollen* [...] Todas aquellas normas que expresan un *sollen* entendiendo la acepción amplia [...], como incluyente, por tanto no sólo del "ordenar", sino también del "permitir" y del "autorizar"; es decir, todas aquellas normas que, de una u otra manera, expresan una regla de conducta.*

*Estas normas, a su vez, pueden dividirse en tres clases, atendiendo a la distinta significación del *sollen*:*

*1. Las normas que expresan un *sollen* en sentido estricto, esto es, un deber-ser tal como el lenguaje ordinario interpreta este término.*

17 La enunciación que hace Gregorio Robles de los distintos tipos de normas que pueden estar contenidas en un sistema jurídico es tomada de la obra del profesor Kelsen.

Cfr., Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. México: UNAM, 1986. Segunda versión. Edición en alemán, p. 67-69.

Por consiguiente, las normas que ordenan (*gebieten*) o que prohíben (*verbieten*). Ordenar y prohibir son dos formas de expresar un mandato [...]. A estas normas se les designa como normas imperativas, ya sean ordenes o prohibiciones.

2. Las normas que expresan un estar permitido (*dürfen*), y que tienen así por objeto no un imperativo, [...] sino un permiso (*erlaubnis*). A estas normas se les denomina de ordinario normas permisivas.

3. Las normas que expresan un poder (*können*) y que se manifiestan en la posibilidad que conceden a sus destinatarios de crear normas o de poner en funcionamiento el mecanismo que respalda la exigencia del cumplimiento del deber jurídico correlativo al derecho subjetivo. Estas normas autorizan o habilitan (*ermächtigen*) y se les llama de ordinario normas potestativas.

b) Normas que no expresan un *sollen*. [...] no son calificables como reglas de conducta. [...] pueden citarse entre este tipo de normas las siguientes.

1. Las normas organizativas o normas de organización. [...] que designan a los órganos creadores de las reglas de conducta y que les atribuyen sus respectivas competencias.

2. Las normas interpretativas, que son aquellas que están dirigidas a interpretar el contenido de sentido de otras normas que regulen o no la conducta [...].

3. Las normas derogatorias, que son aquellas que ponen fin a la validez temporal [sic] de otras normas que regulen o no conductas.¹⁸

Cómo reconocer entonces la eficacia de aquellas disposiciones que, aunque pertenecen al ordenamiento, no establecen ninguna obligación, y la de aquellas otras que prescribiendo deberes no enlazan una sanción coercible en previsión de su incumplimiento.

La solución a estos interrogantes, pone en evidencia la segunda dificultad teórica anunciada líneas arriba.

18 Robles, Gregorio. *Epistemología y Derecho*, Madrid: Pirámide, 1982. p. 131-149.

El llamado con la expresión SIC, obedece a que hemos entendido y sostenemos que las normas derogatorias no afectan la validez de otras normas, sino su vigencia.

1.2.2. LA EFICACIA COMO CONDICIÓN DE VALIDEZ

Una definición del Derecho ligada a una estricta tendencia que lo conciba sólo como conjunto de mandatos coercibles, limita harto la noción de eficacia y, por lo tanto, la de validez si, como en Kelsen, la una depende de la otra; en este caso, la validez, de la eficacia.

Pero cabe preguntar, a propósito:

¿Qué tipo de validez? ¿En cuál de los sentidos en los que puede entenderse esta expresión, es posible afirmar, que la validez resulta ser condicionada por la eficacia?

¿La validez como pertenencia? ¿o la validez como obligatoriedad?

En este punto, salta a la vista la ambigüedad que con respecto a la validez jurídica, transita por el planteamiento kelseniano. ¿Es la validez un criterio formal, de pertenencia, determinado por parámetros lógicos? o el concepto está conectado con la noción de obligatoriedad, que implica el deber de obediencia a una norma?

La solución discurre buscando una armonía. En Kelsen se adivina un intento por articular la perspectiva lógica de la validez como pertenencia con la perspectiva de la validez axiológica, entendida esta última como deber o como obligatoriedad.

Confluyen como criterios complementarios para explicar la validez normativa, los extremos de la distinción propuesta por Kelsen entre Derecho en sentido estático y Derecho en sentido dinámico. No basta que el Derecho sea producido formalmente, es necesario, además, para que sea considerado como tal, que exhiba la nota de la coercibilidad; en resumen, una norma es válida y por lo tanto jurídicamente obligatoria cuando pertenece a un sistema y además regula un comportamiento utilizando la técnica indirecta —motivación— de la coercibilidad.

Puede afirmarse entonces que, frente a otro tipo de expresiones en las cuales no se advierte esa estructura normativo-coercitiva, es necesario recurrir a criterios distintos a la obligatoriedad condicionada por la coercibilidad, para poder afrontar el examen de la eficacia jurídica.

La anterior afirmación permite concluir que la norma constitucional queda por fuera de los cánones kelsenianos, en lo concerniente a emitir juicios sobre su eficacia. Primero, por tratarse de una norma que formalmente no pertenece

al sistema, pues, salvo las reformas constitucionales, no puede considerarse "Derecho en sentido dinámico"; y, segundo, porque además, considerada independientemente, no contiene obligaciones jurídicas coercibles, o sea no constituye "Derecho en sentido estático".

En otras palabras, las obligaciones que puedan estar contenidas en la Constitución, de acuerdo con Kelsen, tendrán que ser consideradas como formulaciones de normas secundarias, o sea normas superfluas. La obligatoriedad jurídica de la Constitución dependerá de que normas de carácter jerárquicamente inferior a ella —la ley es el caso—, le otorguen, mediante el establecimiento de consecuencias coercibles, el rango de obligaciones primarias.

El análisis revela cómo en esta dirección teórica, la Constitución pierde todo valor autónomo, y la obra del constituyente queda expuesta a las decisiones y a los afanes del cuerpo legislativo.

Y cabe preguntar entonces, por el criterio o los criterios con los cuales es posible explicar la validez, la obligatoriedad de la Constitución.

Para Kelsen, la Constitución no es obligatoria; se supone obligatoria a condición de que preceda a un sistema normativo coercible y generalmente eficaz.

Pero si la Constitución es un criterio de validez jurídica —pertenencia— y en consecuencia se puede entender como fuente de las demás normas del sistema jurídico, ha de entenderse que aquellas disposiciones que cumplen tal función son eficaces en tanto se constate su aplicación o acatamiento en la producción de normas inferiores. De acuerdo con el planteamiento kelseniano este tipo de eficacia no corresponderá a una obligación primaria, caso en el cual, habrá que admitir que se trata de una modalidad secundaria de eficacia.

La eficacia de tales disposiciones señala un acatamiento que revela su carácter de obligatoriedad.

En tal sentido, se hace necesario concluir, que la razón o el fundamento para suponer la obligatoriedad de las normas instrumentales que cumplen la función de fuentes constitucionales en la producción de las demás normas del sistema, no puede residir en las nociones de coercibilidad y eficacia de las normas que de ella se desprendan.

Se hace evidente, en consecuencia, la necesidad de acudir a otros parámetros para abordar el análisis de la validez, entendida como obligatoriedad, de la Constitución o norma superior de un sistema normativo.

Es indudable que la eficacia de la norma constitucional, o de sus disposiciones, es la que confirma su carácter de obligatoriedad, o sea, su validez material.

A este respecto caben las siguientes preguntas:

— ¿Esta obligatoriedad reside autónomamente en las disposiciones constitucionales?

— ¿Se hace necesaria la intervención exclusiva y excluyente del órgano legislativo para producir esa obligatoriedad?

— ¿O es posible acaso admitir que otro órgano, el judicial, intervenga para confirmar la obligatoriedad de las normas constitucionales propiciando su eficacia?

La respuesta a las preguntas formuladas, permite elucidar en tres direcciones el asunto de la eficacia constitucional.

El análisis, la evaluación y la preferencia que pueda tener la ubicación de las respuestas en distintos modelos estatales, serán el objeto del próximo apartado.

2. LA EFICACIA CONSTITUCIONAL

Si de acuerdo con Kelsen, se acepta que las normas o las disposiciones que integran el concepto global de Constitución, no son coercibles en sí mismas o sea que no son normas independientes, la eficacia que pueda predicarse de ellas no estará conectada con la noción de eficacia primaria. Su obligatoriedad entonces, tendrá que ser explicada acudiendo a la legitimidad de la autoridad que las produzca. Este criterio de legitimidad incluye entre muchos otros factores el de la coercibilidad o posibilidad del uso de la fuerza. Pero esta coercibilidad, no es una nota refrendada por la legalidad —*Derecho en sentido dinámico*—, sino que se refiere a una posibilidad genérica, de la que dispone la autoridad primaria, de hacer cumplir la normatividad. Esta posibilidad genérica es concreta y efectiva en cuanto esa autoridad primaria se encuentra respaldada por un cuerpo armado.

En este sentido, la coercibilidad se predica globalmente del acto jurídico que produce el primer constituyente y de todas las demás normas que por delegación emanen de otras autoridades estatales. Puede decirse que la eficacia de las normas constitucionales evidencia prima facie, un acatamiento por parte de los funcionarios adscritos a los diversos órganos estatales; obediencia ésta, en la cual los motivos determinantes no corresponden a la coercibilidad, pues se originan principalmente en intereses y compromisos políticos e ideológicos.

2.1. EFICACIA INSTRUMENTAL

En torno a esta denominación se desarrollarán los lineamientos que permiten responder al interrogante ya mencionado en el apartado final del numeral 1.2.2 y que indaga por la obligatoriedad inmanente o autónoma de la propia Constitución.

La respuesta apunta a identificar la noción de eficacia instrumental la cual se conecta con la idea de Constitución en sentido orgánico.

Puede entenderse por Constitución en sentido orgánico, aquel conjunto de disposiciones localizables en el máximo rango normativo de un sistema jurídico y cuya función consiste en la determinación de las autoridades públicas, sus competencias y funcionamiento, y en general todas las disposiciones referentes a los poderes públicos, a los procedimientos establecidos para la creación, derogación y anulación de las normas.

Disposiciones de este tipo pueden ser reunidas bajo la denominación de normas organizativas, normas de competencia o normas procedimentales.

La fuerza obligatoria de las disposiciones que corresponden a la Constitución en sentido orgánico, está determinada por una convicción teleológica y pragmática que se desprende del compromiso que con la forma o estructura estatal asuman los funcionarios.

En el Estado liberal clásico originario, además de la razón expuesta, que explica la fuerza vinculante de tales disposiciones, se pueden advertir otros factores relevantes que permiten dar cuenta de los altos niveles de eficacia de dichas normas. Nos referimos, de un lado, al apotegma de que la ley (norma de carácter general y abstracto) es la expresión de la voluntad soberana; y de otro, a su proceso formal de creación, el cual genera la credibilidad y el deber de obediencia de los ciudadanos.

En este último evento, la fuerza que genera la convicción de obligatoriedad se apoya en la ejecución reiterada de las formas y procedimientos prescritos para la producción de la ley y de las demás normas.

Es importante reconocer que la fórmula del Estado de Derecho en la cultura jurídica de la Europa continental no estableció, en sus inicios, órganos y competencias dirigidos a controlar la producción jurídica del poder legislativo.

La primera manifestación de un control jurídico, en esta familia, se dio bajo la forma del principio de legalidad cuyo objetivo era garantizar y preservar el cumplimiento de las leyes: el imperio de la ley.

Una fase ulterior del Estado de Derecho en la que aparece la jurisdicción constitucional, o sea el control constitucional de las leyes, refuerza el carácter de obligatoriedad de las disposiciones orgánicas de la Constitución, al consagrar acciones mediante las cuales pueden perder validez las leyes, u otras normas de carácter inferior, cuando contradigan la norma superior.

2.2. EFICACIA MATERIAL

Con esta denominación se quiere aludir a la eficacia predicable de un tipo de disposiciones constitucionales que cumplen una función diferente a aquellas que se refieren a las normas superiores de carácter orgánico. En esta dirección el concepto de eficacia material estará relacionado con las normas constitucionales que configuran la Constitución en sentido dogmático.

Se entiende por Constitución en sentido dogmático aquel conjunto de disposiciones atinentes al marco axiológico-político del Estado, del cual han de desprenderse sus fines o tareas fundamentales, a partir de las cuales surgen y se concretan el conjunto de derechos y obligaciones correspondientes a los sujetos de la comunidad jurídica. En el Estado de Derecho Liberal se distinguen fundamentalmente dos sujetos: el sujeto estatal y los ciudadanos.

Las constituciones que tradicionalmente han adoptado este modelo se caracterizan por la promulgación de un catálogo de derechos que giran en torno a valores de cuño liberal, fundamentalmente la libertad y la propiedad.

Aparentemente en dicho catálogo, se fundan de manera correlativa obligaciones estatales y facultades ciudadanas: de un lado, la obligación estatal de respetar y proteger esencialmente los dos valores mencionados y, del otro, la facultad de los ciudadanos para exigir el respeto y la protección de los derechos deducidos de estos valores y consagrados positivamente en la Carta Constitucional.

En tal circunstancia, puede decirse que la esencia del Estado Liberal está definida por el principio de legalidad que cumple la función de trazar el ámbito lícito de la acción del Estado, mediante el señalamiento de competencias definidas y precisas. Aquello que no le está expresamente permitido, le está prohibido.

El carácter aparente de la correlatividad se evidencia al percibir que con el término Estado, se alude sólo al órgano ejecutivo y a los funcionarios adscritos a esta rama del poder que desempeñan funciones de carácter administrativo. De tal suerte, el poder legislativo, queda, de cierta manera, exento del sometimiento al Derecho, emblema del Estado Liberal.

El órgano ejecutivo en esta estructura de Estado liberal representativo, constituye el fantasma del viejo poder autoritario, arbitrario, monárquico, absolutista y es ese poder, el que se convierte en objeto del límite, del control, del sometimiento al orden jurídico establecido por el legislativo, mediante la producción de las leyes.

Como en este modelo estatal, el Derecho se reduce a la ley, es evidente que quienes resultan sometidos al Derecho son los órganos diferentes al legislativo.

Es por tal razón que en esta estructura de Estado el catálogo de derechos ciudadanos resulta ser una mera declaración cuya efectiva y real garantía queda supeditada a la labor legislativa. En tales términos los derechos de los ciudadanos son concesiones generosas otorgadas por el parlamento o la asamblea legislativa y de ninguna manera derechos naturales inherentes a la persona humana y anteriores al Estado o al derecho positivo.

El análisis concerniente a la eficacia de la parte dogmática de la Constitución, en la familia romano-germánica, se concentra en el órgano legislativo, encargado de manera directa y exclusiva de los desarrollos legales referentes a las normas constitucionales con carácter dogmático. De tal suerte que la más significativa expresión de esta eficacia material está constituida por la legislación penal, civil o administrativa en la cual se definen las conductas que pueden ser objeto de responsabilidad de los sujetos privados o estatales.

El desarrollo de esta explicación conduce a la idea de los derechos subjetivos, que son concebidos dentro de este marco, como expresiones genuinamente legales, aunque su origen puede estar localizado en la Constitución. O sea, que aunque los derechos subjetivos o del ciudadano están consagrados en dicha norma, ello no es suficiente, puesto que para que un derecho sea considerado tal, es necesario que disponga de una garantía que técnicamente se denomina acción: no hay derecho sin acción. Este mecanismo de protección es establecido por el órgano legislativo mediante la producción de las leyes.¹⁹

19 Alf Ross al caracterizar el derecho subjetivo anota que "esta noción se usa típicamente para indicar una situación en la que el orden jurídico desea asegurar a una persona libertad y

Refiriéndose a la teoría decimonónica de los derechos subjetivos anota Zagrebelsky:

Desde el punto de vista del Estado como legislador, los derechos no podían concebirse como una limitación al mismo, sino sólo como una autolimitación y como una concesión. Los derechos existían en la medida en que el legislador los hubiese no ya reconocido, sino creado, y el derecho subjetivo del individuo respecto a la autoridad pública consistía exclusivamente "en la capacidad de invocar normas jurídicas en su propio interés".

La creación de los derechos determinaba el límite entre el poder del Estado y la libertad de los particulares, y según los principios del Estado de Derecho, como se ha visto, esta determinación era tarea de la ley. Los distintos derechos se reducían así "a una aplicación caso por caso de aquel general principio formal según el cual los órganos de la administración, de acuerdo con la idea de Estado de Derecho, sólo podían intervenir en la libertad y en la propiedad de los particulares sobre la base y dentro de los límites establecidos por la ley". Los derechos, por tanto, no consistían en una "sustancia", sino en una simple "forma" jurídica, la forma de la ley. La garantía de los derechos se reducía a la "reserva de ley".²⁰

Esta forma de eficacia material de las normas constitucionales resulta dependiente y condicionada por la actividad del legislativo, generando una desconexión o una interferencia entre la fuerza vinculante de la Constitución y los funcionarios judiciales. Esto quiere decir que la Constitución se torna obligatoria para los jueces cuando el legislador la desarrolla y habilita la actividad judicial mediante la definición de competencias y la prescripción de procedimientos.

potestad para comportarse como le plazca, a fin de que proteja sus propios intereses", y agrega "que las ventajas para una persona determinada a que se refiere el concepto de derecho subjetivo tienen que surgir como consecuencia de una regulación jurídica [...] el derecho subjetivo es siempre el correlato de un deber, esto es, una restricción al prójimo. [...] El concepto de derecho subjetivo presupone, pues, que el titular de el derecho tiene también una facultad respecto de la persona obligada, esto es, que está abierta para él la posibilidad de hacer valer su derecho iniciando una demanda".

Cfr., Ross, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires: EUDEBA, 1963, p. 170-171.

20 Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil*, Madrid: Trotta, 1995, p. 48.

El resultado que arroja esta visión legalista de la eficacia puede ser entendido diciendo que la eficacia material de la Constitución en el Estado de Derecho Liberal, adoptado por la familia del *Civil Law*, es indirecta y mediata porque depende exclusivamente de la actividad legislativa.

En efecto, en este modelo jurídico el juez se considera integrado a un órgano que se asemeja al poder ejecutivo, en cuanto su función consiste en administrar justicia, o sea, aplicar la ley que el órgano legislativo ha creado. Inicialmente la labor judicial se limitaba sólo a aplicar, pero fue necesario admitir con posterioridad que dicha tarea requería un ejercicio de interpretación, y así se fueron aceptando restrictiva y celosamente los métodos hermenéuticos apegados al tenor literal de la ley o a la voluntad del legislador.

La influencia de las escuelas antiformalistas provenientes principalmente del realismo jurídico que predomina en el Derecho Angloamericano, ha propiciado dos ideas importantes con respecto a la concepción del derecho en los sistemas jurídicos continentales.

1. La supremacía constitucional, que implica entre otras consecuencias la extensión del ámbito de su vigencia personal más allá del legislador y se proyecta a los jueces y demás funcionarios estatales.

2. La función judicial entendida como una actividad necesaria para proteger la Constitución, para vigilar y asegurar su cumplimiento. En lo atinente a la eficacia de sus disposiciones dogmáticas que consagran los derechos de los ciudadanos y deberes del Estado.

De procedencia distinta, vale mencionar una tercera idea de carácter innovador, que rebasa la definición y la función del Derecho, prevalecientes en el modelo liberal y auspiciadas por el positivismo jurídico. Esta idea se produce en la Europa continental en el período de la segunda posguerra y apunta a superar la concepción legalista y liberal del concepto de derecho subjetivo, a partir del renacimiento de concepciones iusnaturalistas que aportan nuevos fundamentos para considerar la existencia de derechos por fuera de la rígida perspectiva positivista.

Como consecuencia de esta nueva visión surgen expresiones con respecto a los derechos, que dan cuenta de una profunda evolución y que son reveladoras de la superación de su rango en cuanto trascienden el nivel de la legalidad. Es el caso de denominaciones como *derechos humanos*, *derecho internacional humanitario* y *derechos fundamentales*, consagrados con carácter de obligatoriedad en disposiciones de rango constitucional y supraconstitucional.

2.3. EFICACIA DIRECTA E INMEDIATA

Un análisis que enfoque la Constitución como un instrumento prescriptivo y no meramente declarativo, conduce a encontrar en ella disposiciones que imponen deberes u obligaciones tanto al sujeto estatal como a los ciudadanos.

La revisión de este tipo de disposiciones, cuya función es prescribir, permite desentrañar dos situaciones con respecto a las obligaciones establecidas para el sujeto estatal.

Esas obligaciones impuestas al Estado consisten en prohibiciones —obligaciones de no hacer— y en mandatos —obligaciones de hacer—.

Las primeras, tienen como propósito fundamental restringir o limitar el ámbito de actividad estatal, en procura de la libertad ciudadana, cuya consagración y garantía constituyen el compromiso esencial del modelo jurídico-político denominado Estado de Derecho.

Las segundas, se ocupan de establecer la obligación de realizar conductas, obligaciones de hacer. La consagración en la carta constitucional de estas obligaciones, permite identificar un tipo de Estado cuya proyección, en la determinación de sus fines o cometidos, rebasa la fórmula liberal de *laissez faire, laissez passer*. A esta nueva modalidad estatal, por oposición al carácter predominantemente individualista del anterior, puede denominarse Estado Social.²¹

Este giro en la estructura del Estado se asienta en una revisión profunda de sus cometidos y en ello empieza a desempeñar un papel determinante el concepto de lo social, que va imponiéndose paulatinamente sobre una noción abstracta y desgastada de lo político. En el terreno teórico, “la sociedad civil” es una expresión que requiere ser actualizada mediante el enriquecimiento de su significado.

21 “Si el Estado social significa un proceso de estructuración de la sociedad por el Estado (correlativo a un proceso constante de estructuración del Estado por la sociedad), hay que preguntarse sobre los valores y fines que lo orientan. Los valores básicos del Estado democrático-liberal eran la libertad, la propiedad individual, la igualdad, la seguridad jurídica y la participación de los ciudadanos en la formación de la voluntad estatal a través del sufragio. El Estado social democrático y libre no sólo no niega estos valores, sino que pretende hacer los más efectivos dándoles una base y un contenido material y partiendo del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca de tal modo que no puede realizarse el uno sin el otro”.

Cfr., García Pelayo, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Editorial, 1987, p. 26.

Lo político, en la actualidad, no desempeña como antes la función institucionalizante, con respecto a la sociedad y al Estado. Bajo tal supuesto, puede afirmarse que la legitimidad del Estado reside en la efectividad de sus autoridades. Esta efectividad, se expresa en la capacidad estatal para armonizar las demandas sociales y dar respuesta adecuada a los intereses múltiples y heterogéneos propios de la pluralista sociedad posmoderna.

Esta forma de Estado se compromete, en la parte dogmática de su Constitución, con valores como la igualdad, la justicia material, la prevalencia del interés social sobre los intereses particulares y el predominio del criterio material o sustancial sobre lo formal o procedimental. En este modelo, el catálogo de derechos se amplía y se incluyen en él derechos de contenido social, cultural, laboral, económico y colectivo; se agregan además derechos que conciernen a la protección del medio ambiente, a la optimización de los recursos naturales y el derecho a la paz. En una palabra, se complementa la lista de los derechos llamados de primera generación, de corte eminentemente individualista, con aquellos de la segunda y tercera generación.

Esta inequívoca vocación de eficacia, revelada en la parte dogmática incorporada a las constituciones que adoptan esta forma de Estado, reclama nuevos sujetos y componentes que apoyen y activen su legitimidad; y es esta yunta de propósitos la que permite al juez alcanzar y desempeñar un papel decisivo en la dinámica jurídica. El órgano judicial se convertirá así en agente y productor directo de la eficacia material de la constitución. Esta eficacia será directa y por tanto inmediata, porque la protección de los derechos podrá ser garantizada y realizada por los jueces sin necesidad de desarrollos legislativos, y porque, además, el cumplimiento de las obligaciones estatales, la realización de los cometidos del Estado, bien pueden ser requeridos judicialmente por los ciudadanos.

Es importante resaltar que los aportes teóricos referidos a la supremacía constitucional, a la función del juez y a la afirmación de los derechos fundamentales, adoptados por las familias jurídicas del *Civil Law*, se han consagrado expresamente en sus textos constitucionales, teniendo en cuenta que sus disposiciones jurídicas no provienen de un acervo consuetudinario, es así como por la vía de las normas positivas de carácter constitucional, se entronizan acciones tales como el recurso de amparo, la acción de tutela, la acción de cumplimiento, las acciones populares y la inaplicabilidad o excepción de inconstitucionalidad.

La anterior anotación permite caracterizar las constituciones evolucionadas de los Estados pertenecientes a la familia Romano Canónica, como normas superiores de alto contenido procesalista.

¿Cuál puede ser el límite de esta función? ¿Qué otros problemas y cuales soluciones suscita esta nueva visión sobre el papel del juez? Estos temas pertenecen a un discurso polémico y su discusión estará expuesta a las dificultades y tensiones propias de un universo de doctrinantes, inundado teóricamente por el positivismo formalista, asfixiado de exégesis y envuelto en un temor que se aferra a esa noción legalista de seguridad, vacua e incierta. De momento la idea es describir y proporcionar elementos que orienten la discusión por caminos razonables, que marquen distancia con la razón dogmática y con la tradición positivista.

3. CONCLUSIONES

El reverso de la eficacia normativa resulta ser el concepto de ineficacia. Se dice que una norma es ineficaz, cuando no es acatada por la generalidad de los sujetos, o cuando no son aplicadas sus consecuencias por los funcionarios autorizados para ejercer la función judicial.

En los sistemas legislados, las nociones de validez y vigencia se desenvuelven en el espacio demarcado por las líneas de la eficacia y la ineficacia.

Los ordenamientos jurídicos estructurados en torno al sistema de fuentes determinadas por el Derecho legislado, permiten identificar tres modalidades o formas de ineficacia normativa así:

3.1. EFICACIA COMO NULIDAD

En estos sistemas, nulidad es una expresión que significa de manera específica pérdida de validez formal. Esto quiere decir que un órgano judicial puede, de oficio —*motu proprio*— o a instancia de parte, revisar si una norma contradice a otra u otras de rango superior, en el aspecto formal, material o en ambos. Una vez realizada tal evaluación, podrá decidir que la norma revisada no es válida y, por tanto, con esa decisión la excluye del sistema, la anula.

La nulidad tiene una doble consecuencia: la pérdida de la validez formal y, por tanto, la de su vigencia. Si la norma pierde la vigencia, quiere decir que a partir del momento en que la sentencia de nulidad se hace exigible, la norma

anulada pierde su carácter de obligatoriedad y deja de ser exigible. Además, sus consecuencias se hacen inaplicables e inejecutables.²²

En tratándose de las normas de carácter general (aplicables a todos los sujetos), la decisión que anula la norma impone la supresión de los ámbitos de vigencia personal, material y espacial, los cuales quedan supeditados sólo a la determinación de la vigencia temporal que se establezca en una regla anticipada de reconocimiento —regla de inclusión—, o por conducto de la misma sentencia.

En síntesis, en los sistemas legislados —la legislación es la fuente primordial— si una norma pierde la validez, la consecuencia práctica es la pérdida de su eficacia y, en estos términos, la norma anulada es, o sería, una norma ineficaz. Esta ineficacia normativa estará determinada por una sola decisión, originada en un órgano competente que realiza un proceso formal para producirla.

La norma nula es así inaplicable, porque no esta vigente.

Pudiera cerrarse esta explicación, precisando que una norma nula es ineficaz en un doble sentido: primero, en cuanto pierde la vigencia y por ello no es exigible el comportamiento prescrito por ella a los ciudadanos en general, y segundo, en cuanto los jueces pierden su competencia para aplicar las consecuencias que se deriven de su incumplimiento; en otras palabras, la pérdida simultánea de la validez y de la vigencia, dan lugar al inicio del proceso de ineficacia de las normas.

22 El uso del lenguaje doctrinario recurre a la expresión inexecutable —inejecutabilidad— para referirse a la acción de inconstitucionalidad —acción de inexecutable—, o a la consecuencia que se pretende: la nulidad de la norma, la inconstitucionalidad —la inexecutable—. Este uso es la típica sinécdoque de la preceptiva literaria en la cual el efecto se nombra por la causa, como decir "hace mucho sol" en lugar de afirmar que hace mucho calor. Sin embargo, es necesario precisar que la inexecutable no es la consecuencia o el efecto directo y estrictamente necesario de la anulabilidad; primero, porque el efecto esperado de la anulabilidad es la nulidad y segundo, porque cuando una norma es anulada, no necesariamente en todos los casos pierde su vigencia de manera inmediata, puesto que la sentencia anulatoria puede permitir en ciertas y determinadas condiciones y por un tiempo determinado la vigencia de la norma anulada —vigencia ultractiva—; o bien diferir esa vigencia u otorgarle fuerza retroactiva.

En conclusión, ha de advertirse que no siempre que una norma es inexecutable —inexecutable— esa norma es nula, en otras palabras, la nulidad no es la única fuente de la inexecutable.

La confusión podría provenir de que en el sistema angloamericano el control de constitucionalidad tiene por objeto la inexecutable —inexecutable— y no la nulidad en los términos en que se entiende esta expresión en los sistemas legislados.

3.2. INEFICACIA COMO DEROGABILIDAD

Puede entenderse la derogabilidad como una regla de reconocimiento cuya función es afectar la vigencia de las disposiciones normativas, a diferencia de la anulabilidad que sirve para excluir las normas de un sistema, es decir, para privarlas de su validez.

En cualquiera de sus modalidades —abrogación, subrogación, derogación, modificación— la derogabilidad puede afectar la vigencia de las normas de manera total o parcial, expresa o tácita.

La afectación de la vigencia, en cualquiera de esas cuatro modalidades, es por tiempo indefinido, circunstancia ésta que compromete igualmente la eficacia de la norma, en tanto el acto mediante el cual se materializa la derogabilidad, da comienzo a un proceso que conduce a la calificación de ineficacia normativa.

Resulta claro entonces, que en los sistemas legislados la eficacia o ineficacia de las normas está condicionada por una propiedad formal, cual es la vigencia, situación que no acontece en los sistemas jurídicos de inclinación angloamericana, en los cuales la eficacia se estima utilizando criterios de orden sociológico.

Con respecto a la derogabilidad vale advertir el papel determinante del órgano judicial, sobre todo si se trata de las formas tácitas de la derogabilidad —total o parcial—.

En definitiva, la solución con fuerza vinculante de los conflictos normativos de carácter horizontal, que resultan del ejercicio de la derogabilidad es una determinación judicial.

3.3. INEFICACIA COMO INAPLICABILIDAD

La figura de la inaplicabilidad, como modalidad de la Jurisdicción Constitucional, tiene su origen en los sistemas jurídicos angloamericanos, en los que el criterio de la validez normativa está conectado con la noción de eficacia y ésta se encuentra a la vez, íntimamente relacionada con la fuerza y la persistencia de las decisiones judiciales.

El control aludido, en estos sistemas, consiste en suspender momentáneamente y de manera definida —por un tiempo determinado— la aplicabilidad de la norma que, confrontada con la preceptiva constitucional, pueda conducir a violaciones de esta última, en el evento de ser aplicada.

Dos situaciones resultan significativas en este tipo de control:

En primer lugar, dicho control tiene como supuesto la existencia de una controversia o caso judicial; situación que le imprime un sesgo predominantemente pragmático que trasciende el análisis teórico.

Y en segundo lugar, se destaca que el efecto o consecuencia de este ejercicio del principio de la supremacía constitucional no tiene un carácter general, en tanto sólo vincula a las partes implicadas o comprometidas en el caso, y lo que resulta de mayor significación es el hecho de que la norma confrontada o contrastada no pierde su validez, y por tanto su eficacia, en términos indefinidos. Es para el caso *sub lite* que resulta "nula", inejecutable, inexecutable, inaplicable, ineficaz.

Por el contrario, en los sistemas legislados la tendencia generalizada, con respecto al tema de la Jurisdicción Constitucional, apunta a un tipo de control concentrado, en cuyo caso el órgano competente desde un plano teórico, y abstracto si se quiere, toma decisiones generales y definitivas que afectan directamente la validez de las normas, produciendo con ello el inicio del proceso que conduce a su ineficacia.

Se dice que es una tendencia generalizada en los sistemas legislados, para darle cabida a la expresión híbrida de control constitucional que se ha consagrado en el Estado Colombiano en donde confluyen las dos tendencias, la concentrada y la difusa. Con el agravante de que la cultura y la fuerte vocación legalista que impera en el ámbito jurídico nacional, no ha sabido asimilar de manera acertada y adecuada las características prevalecientemente pragmáticas y casuísticas del modelo angloamericano, en la medida en que la utilización de la figura de la inaplicabilidad sigue atada a los rígidos esquemas que impone el método racionalista y, en consecuencia, se impone como requisito de su utilización el mismo presupuesto teórico utilizable en aquel control que concluye con decisiones de carácter general y definitivo.

El temor a la producción de soluciones jurídicas de carácter particular y momentáneo con los cuales no se afecta la validez de las normas sino su vigencia, es alentado con fortaleza por un principio mítico, ubicado en el paraíso de las ideas y las formas y distante de la realidad: la seguridad jurídica.

Una mejor comprensión y una mayor utilización de la inaplicabilidad, inclinarían el sistema hacia un auténtico ejercicio del control difuso, situación que ha sido favorecida por la Constitución Colombiana de 1991, la cual con la

consagración de una serie de instrumentos dirigidos a garantizar y proteger los derechos ciudadanos, de contera, ha abierto el escenario para que el poder judicial desempeñe con mayor protagonismo aquella tarea que le fuera desconocida o limitada en la concepción clásica del Estado Liberal de Derecho.

Y si se acepta además, un avance del Estado, desde la clásica forma del Estado Liberal de Derecho, hacia el Estado Social de Derecho o el Estado Constitucional, modelos éstos últimos en los que la Constitución se impone como la norma realmente superior, de fuerza vinculante inmediata y de eficacia directa, se hace necesario admitir la existencia —o la necesidad— de elaborar un discurso cuyo objeto sea la hermenéutica constitucional, que desde luego habrá de trascender o traspasar los rígidos e inflexibles lineamientos de aquella interpretación inspirada en el principio de legalidad.

Esta nueva dirección que se advierte en el panorama jurídico colombiano, exige de los juristas la tarea de emprender la construcción y la elaboración de esa hermenéutica constitucional, que rompa el cercado, o las fronteras, de una interpretación normativa exegética en la cual la ley, y no la Constitución, ha sentado su imperio.

De estas consideraciones sobre las modalidades de ineficacia en los sistemas legislados, resulta indiscutible la activa y decisiva participación del órgano judicial en las tres eventualidades. En la nulidad de las normas, y de manera particular cuando se trata de normas legales, se advierte un control en el que interviene un órgano cuyas decisiones sobre la validez o no de las leyes pueden calificarse como decisiones judiciales, cuya fuerza vinculante es *erga omnes* y frente a las cuales se asume el efecto de cosa juzgada. Con respecto a la derogabilidad se indicó, en el apartado correspondiente, cómo el juez resulta especialmente determinante en la definición de aquellas formas de derogabilidad en las que se afecta la vigencia de la norma de manera tácita. Y en relación con la figura de la inaplicabilidad, también se hace ostensible la participación judicial en la pérdida de eficacia momentánea y circunstancial que acarrea la utilización de tal procedimiento.

En este último punto, es conveniente precisar que, en los sistemas consuetudinarios, la inaplicabilidad reiterada de una norma conduce paulatinamente a la pérdida de su eficacia. Es bien sabido que en estos sistemas no prevalece un criterio de validez formal, sino que tal concepto debe entenderse preferentemente en la perspectiva de la obligatoriedad. Y en este sentido, es la eficacia el factor condicionante que constituye la fuerza de la validez normativa.

En consecuencia, si la inaplicabilidad reiterada produce la ineficacia, también genera la pérdida de la validez de las normas, — en aquellos sistemas jurídicos en los que la costumbre es la fuente primaria— en tanto no son obligatorias debido a que han perdido su exigibilidad, lo que las convierte en inaplicables por vía general.

De otro lado, la inaplicabilidad en los sistemas legislados permite observar una situación que revela un interesante contraste: en tanto que la ley, u otra norma de orden jerárquico inferior, es inaplicada, la Constitución o norma superior resulta directamente eficaz y, por lo tanto, de aplicación directa.

4. BIBLIOGRAFÍA

- BOBBIO, Norberto. *Contribución a la teoría del derecho*. Valencia: Fernando Tórriz editor, 1980. 404 p.
- GARCÍA PELAYO, Manuel.. Madrid: Alianza Editorial, 1987. 224 p. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*
- KELSEN, Hans. *Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1969. 137 p.
- _____. *Teoría general del derecho y del Estado*. México: UNAM, 1.979. 477p.
- _____. *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 1.967. Primera versión. Edición francesa. Traducción de Moisés Nilve y Napoleón Cabrera. 245 p.
- _____. *Teoría pura del derecho*. México: UNAM, 1986. Segunda versión. Edición en Alemán. 364 p.
- MARTÍNEZ MARULANDA, Diego. *Fundamentos para una Introducción al Derecho*. Medellín: Universidad de Antioquia (en proceso de publicación).
- ROBLES, Gregorio. *Epistemología y Derecho*. Madrid: Pirámide, 1982. 310 p.
- ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: EUDEBA, 1963. 375 p.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 1995. 173 p.