

Una reconstrucción conceptual de la aplicación judicial de la constitución¹

A conceptual reconstruction of the judicial application of the constitution

Pedro A. Caminos
Universidad de Buenos Aires
pcaminos@derecho.uba.ar

Recibido / received: 07/03/2016
Aceptado / accepted: 17/02/2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2017.3641>

Resumen

En este artículo, se distinguen tres maneras en que los jueces aplican las normas jurídicas constitucionales. En primer lugar, esas normas pueden ser aplicadas directamente para resolver un caso. En segundo lugar, la constitución es utilizada para identificar otras normas del sistema jurídico. Finalmente, las normas constitucionales operan como condiciones para la aplicabilidad judicial de otras normas jurídicas. En este trabajo, se analizará en qué consiste cada uno de esos usos.

Palabras clave

Constitución, control de constitucionalidad, validez, aplicabilidad.

Abstract

This paper will distinguish between three ways in which courts may apply the norms of a constitution. On the one hand, those norms maybe applied directly to solve a case. On the other hand, may be used to identify other norms of the legal system. Finally, constitutional norms may be understood as conditions for the applicability of other norms. This paper will analyze each of those uses.

Keywords

Constitution, judicial review, validity, applicability.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Definiciones operativas. 2.1. Constitución y constitucionalismo. 2.2. El control de constitucionalidad

¹ El presente ensayo forma parte de un trabajo más amplio elaborado en el marco de una estancia de investigación doctoral que se desarrolló en el *Istituto Tarello per la Filosofia del Diritto* de la *Università degli Studi di Genova*, Italia, durante los meses de abril y mayo de 2015, la cual fue posible gracias a un subsidio otorgado por la Secretaría de Relaciones Institucionales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Argentina). El autor le agradece a Riccardo Guastini, Alejandro Calzetta, Lisandro Gómez y a un evaluador anónimo por sus generosos comentarios a las ideas y borradores que fueron formando el camino hasta este trabajo. Por supuesto, los errores que el lector encuentre aquí no les pueden ser imputados a ellos de ninguna manera.

y sus clasificaciones. 2.3. Delimitando los alcances de este trabajo. 3. Aplicación directa e identificación de otras normas jurídicas. 3.1. Un modelo sencillo de aplicación de normas. 3.2. El primer uso de la constitución: aplicación directa de las normas constitucionales. 3.3. El segundo uso de la constitución: la identificación de otras normas jurídicas. 3.4. La constitución y la identificación de normas jurídicas. 4. El tercer uso de la constitución: condición de aplicabilidad de las normas jurídicas. 4.1. Aplicabilidad interna y externa de las normas jurídicas. 4.2. El concepto de jerarquía formal entre normas jurídicas. 4.3. La interpretación. 4.4. Especificación, ponderación e implementación. 4.5. ¿Cuál es la relevancia de la distinción entre condiciones de identificación y condiciones de aplicación?. 5. Decisiones interpretativas y dogmática constitucional.

1. Introducción

¿Cuáles son las maneras en que los jueces usan las normas de una constitución? En este trabajo, en los apartados 3 y 4, intentaremos responder, de manera relativamente extensa, a la primera pregunta. A partir de esa respuesta, en el apartado 5, sugeriremos de qué manera ella puede incidir en la dogmática constitucional, dejando así abierta la puerta para una futura investigación sobre ese tema. Antes de avanzar con esa tarea, sin embargo, deberemos ofrecer algunas definiciones y delimitar el marco del presente trabajo.

2. Definiciones operativas

2.1. Constitución y constitucionalismo

El concepto de constitución, como todos los del vocabulario jurídico-político, admite muchos sentidos diversos y, a veces, conflictivos entre sí. A los efectos de este trabajo, una constitución consiste en: (i) normas formuladas en un documento escrito que (ii) definen a los departamentos de gobierno, establecen procedimientos e imponen materias habilitadas y prohibidas para que ellos dicten normas, (iii) estipulan un procedimiento que vuelve más difícil de reformar el texto del documento (o directamente está prohibido hacerlo, en todo o en parte), (iv) en caso de antinomias, está previsto que las normas constitucionales tengan una jerarquía formalmente superior a las normas no constitucionales, (v) establecen una “ideología común”, (vi) están concebidas para durar en el tiempo de manera indefinida, (vii) en muchos casos, están formuladas en un lenguaje relativamente general y abstracto (Besson, 2005, pp. 291-292; Raz, 1998, pp. 153-154; Marmor, 2007, pp. 91-93).

Esta definición, ciertamente, no coincide con el uso habitual del término constitución, pues, especialmente en virtud de los requisitos (iii) y (iv), muchos ejemplos de constituciones modernas quedarían afuera de nuestro concepto. La razón por la cual adoptamos esa definición más restringida es de tipo metodológico pues nuestro objetivo es, precisamente, el de analizar los usos que los jueces le dan a las normas constitucionales en aquellos contextos en los que la constitución tiene esas características, y no otras.

Ahora bien, una constitución, así definida, puede abrazar diferentes tipos de teorías políticas o ideologías. Sin embargo, hay una ideología en particular que podemos encontrar plasmada en la mayoría de las constituciones de los países occidentales, y que resulta de especial importancia para este trabajo. Se trata del constitucionalismo. De acuerdo con Samantha Besson (2005, p. 292), el

constitucionalismo es un “credo” que puede tomar formas extremadamente diferentes pero que, en líneas generales, sostiene que el poder político debe ser ejercido solamente de acuerdo con disposiciones constitucionales y sujeto a restricciones constitucionales. Tales restricciones incluyen: i) la separación de poderes, ii) un sistema efectivo de frenos y contrapesos entre los departamentos de gobierno², y iii) garantías de derechos fundamentales mínimos.³

El contexto en el que el constitucionalismo adquiere su sentido histórico y político en la actualidad es uno de aceptación generalizada del principio democrático de legitimación del poder político. De acuerdo con ese principio, se suele considerar que una comunidad política debe estar conformada por individuos libres e iguales que se autogobiernan. En la medida en que el constitucionalismo propone como principio de legitimidad que el poder político sólo pueda ser ejercido en base a disposiciones constitucionales y limitado por restricciones constitucionales, se ha vuelto ya un lugar común sostener que existe una tensión, quizás irresoluble, entre democracia y constitucionalismo. Sin embargo, en la medida en que, según se argumenta en ocasiones, determinado tipo de decisiones no debe ser dejado en manos de la política democrática o de una simple mayoría de votantes, entonces el constitucionalismo configura el instrumento elegido en muchos países para sustraer a esas decisiones del alcance del pueblo o de sus representantes (Marmor, 2007, p. 90).

Es interesante advertir que una constitución que adopte la ideología del constitucionalismo puede ser adoptada por una comunidad política democrática. De ese modo, esa comunidad puede expresar su compromiso con un conjunto de valores a los cuales pretende proteger en el futuro frente a posibles decisiones de los departamentos de gobierno constituidos por la constitución. Esos valores podrían consistir, entre otras cosas, en los propios principios constitutivos de una comunidad democrática.⁴ De ese modo, el origen democrático de la constitución salvaría las objeciones que, desde el punto de vista de la democracia, pueden hacerse a las restricciones al poder político que propone el constitucionalismo. En una visión así, la genuina democracia tendría lugar durante los momentos constituyentes, mientras

² Cabe aclarar aquí que la muy usada expresión *división de poderes* puede entenderse de dos maneras diferentes (Guastini, 2014, pp. 463-466). Por un lado, puede utilizarse para aludir a la noción de *separación de poderes*, es decir, a la circunstancia de que a cada departamento de gobierno se le asigna un conjunto específico de competencias que serán ejercidas con total independencia de los otros departamentos. Por otro lado, la expresión es usada también para referirse a la existencia de un *sistema de frenos y contrapesos* en el que, si bien se asignan competencias a cada departamento de gobierno, el ejercicio de las mismas no es independiente de los demás pues existen relaciones entre ellos, especial pero no exclusivamente, relaciones de control. El control de constitucionalidad, que constituye el objeto principal de este trabajo, suele constituir uno de los dispositivos institucionales de control entre departamentos de gobierno propios de los sistemas de frenos y contrapesos.

³ Mientras que Besson (2005) distingue entre constitución y constitucionalismo, otros autores, como Raz (1998) y Marmor (2007), colapsan el constitucionalismo en el concepto de constitución. Esto los lleva a considerar que la existencia de un sistema de control de constitucionalidad también es una característica propia del concepto de constitución cuando, en verdad, como habremos de argumentar, dicho sistema es un rasgo del constitucionalismo.

⁴ El compromiso de una comunidad política con ciertos valores que se expresa en una constitución puede ser interpretado como una forma de “precompromiso”, es decir, un compromiso que resulta *lógicamente previo* a las decisiones que el gobierno habrá de adoptar en nombre de la comunidad. Si una comunidad se compromete en su documento constitucional con los valores democráticos, entonces el “precompromiso” puede consistir en una serie de restricciones a la capacidad decisoria del gobierno pero que, paradójicamente, permite mantener la existencia de la forma democrática a lo largo del tiempo (Holmes, 1995, pp. 134-177; sobre los mecanismos institucionales mediante los cuales se suele implementar el precompromiso, véase Elster, 2002, pp. 111-192). Una formulación similar ha sido propuesta por Garzón Valdéz (1989, 143-164) quien sostiene que la constitución identificaría ciertos bienes humanos básicos que quedarían “fuera” de la negociación política en el ámbito legislativo, conformando un “coto vedado” al legislador. Para una idea similar a la del precompromiso y una crítica a algunos de los mecanismos habituales concebidos para su implementación, véase Schmitt (1994, pp. 45-55).

que la política ordinaria, por diferentes razones, no contaría con un grado elevado de legitimidad democrática. De ese modo, las restricciones constitucionales permitirían salvaguardar las decisiones auténticamente democráticas frente a los momentos de política ordinaria, expresados en la legislación (Ackerman, 1991). Sin embargo, en la medida en que tales restricciones se traduzcan en mecanismos institucionales que no sean democráticos, es decir, en procedimientos que no respeten la igualdad entre los miembros de la comunidad política, el problema persistirá. Una razón de ello es que, como sugiere Waldron (1998, pp. 282-285), las propias restricciones constitucionales generan desacuerdos con respecto a su contenido y alcance, razón por la cual, aun cuando su origen fuera democrático, esa circunstancia no es suficiente para considerar como democrática a su especificación y aplicación por parte de instituciones no democráticas.

2.2. El control de constitucionalidad y sus clasificaciones

Más allá de los déficits que, en términos de legitimidad democrática, pueda traer aparejado el constitucionalismo, y el consiguiente juicio negativo de valoración que podemos efectuar por ello, lo cierto es que las constituciones que nos interesa analizar en este trabajo han adoptado alguna forma de constitucionalismo y, por lo tanto, pretenden establecer, entre otras cosas, un sistema de frenos y contrapesos entre los departamentos de gobierno que permita garantizar la efectividad de las restricciones constitucionales. Uno de los mecanismos más utilizados para alcanzar ese fin es el de crear un sistema de *control de constitucionalidad*. Esto es: se le asigna a un órgano o institución la competencia para controlar si las leyes y los otros actos de gobierno respetan las restricciones que la propia constitución establece. Los sistemas de control de constitucionalidad presentan muchas variaciones entre los distintos países que los han adoptado. A continuación, inspirados en gran medida por un trabajo reciente de Ferreres Comella (2009), efectuaremos algunas distinciones para clasificar a los diferentes sistemas de control.

(a) *La distinción entre jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional. Centralización y descentralización de la jurisdicción constitucional.* En un sistema *monista* de control de constitucionalidad, los funcionarios judiciales encargados de ejercer la *jurisdicción ordinaria*, i.e., la aplicación de normas jurídicas no constitucionales para resolver casos individuales, tienen también la función de ejercer el control de constitucionalidad. En cambio, en un sistema *dualista*, el órgano o institución que tiene la función de ejercer el control de constitucionalidad carece de competencia para ejercer la jurisdicción ordinaria, razón por la cual sólo tiene *jurisdicción constitucional*. Un sistema *dualista puro* es aquél en el que el órgano que ejerce la jurisdicción constitucional no tiene ningún tipo de relación con los órganos que ejercen la jurisdicción ordinaria. Es impuro, en cambio, en la medida en que tales relaciones existan.⁵ A su vez, en un sistema *centralizado*, se asigna a

⁵ Las relaciones pueden ser: a) orgánicas, si el órgano que ejerce la jurisdicción constitucional integra el mismo departamento de gobierno que los órganos de la jurisdicción ordinaria, b) por el procedimiento de selección, si los miembros del órgano que ejerce la jurisdicción constitucional son designados por el mismo procedimiento que los tribunales que ejercen la jurisdicción ordinaria, c) revisión de casos, si el órgano que ejerce la jurisdicción constitucional puede revisar la conformidad a la constitución de las decisiones que se adoptan en ejercicio de la jurisdicción ordinaria, y d) asignación de funciones propias de la jurisdicción ordinaria, cuando al órgano que ejerce la jurisdicción constitucional se le confieren funciones propias de la jurisdicción ordinaria, tales como la justicia electoral o el procesamiento criminal de ciertos funcionarios gubernamentales. En la medida en que el órgano que ejerce la jurisdicción constitucional caiga en alguna de estas categorías, entonces no podrá ser clasificado como "puro". Al mismo tiempo, un sistema dualista puede perder "pureza" si son los órganos de la jurisdicción ordinaria los que pueden ejercer algún tipo de jurisdicción constitucional, sin que ella sea plena. Ello puede ocurrir en los casos en los que se da el fenómeno conocido como

un único órgano o institución la tarea de ejercer la jurisdicción constitucional. Si el sistema es *descentralizado*, en cambio, dicha función es atribuida a varias instituciones.

(b) *Tiempo y modo de ejercer el control*. Asimismo, los sistemas de control de constitucionalidad pueden variar según el *momento* y el *modo* en que es ejercido. Con respecto a la primera dimensión, el control se puede ejercer en tiempo *anterior* o *posterior* a que una ley sea formalmente promulgada. En lo que hace al alcance, el control puede tener lugar *en concreto*, lo cual quiere decir que se analiza la constitucionalidad de una ley que fue aplicada a un caso particular, al efecto de resolver ese caso particular, o *en abstracto*, supuesto en el cual se analiza el contenido de la ley con independencia de la existencia de un caso particular al cual ella haya sido aplicada.

(c) *Efecto del control de constitucionalidad*. En cuanto respecta a los *efectos* del control, si la norma legal es considerada como contraria a la constitución, entonces puede ocurrir que⁶: (i) la norma quede formalmente derogada (efecto genérico o *erga omnes*), ya sea con efecto prospectivo (*ex nunc*) o retroactivo al momento en que aquella fue formalmente promulgada (*ex tunc*); (ii) el órgano que determinó la inconstitucionalidad tiene prohibido aplicarla para resolver un caso particular⁷; (iii) el órgano que determinó la inconstitucionalidad de la norma tiene prohibido aplicarla a un caso particular y la *reenvía* a la legislatura, la cual está obligada a darle tratamiento para decidir si la ratifica o no; en este último supuesto, la norma quedará formalmente derogada a partir de ese momento; (iv) el órgano que determinó la inconstitucionalidad debe aplicar igualmente la norma inconstitucional, pero también debe poner en conocimiento de esa inconstitucionalidad a la legislatura.⁸

(d) *Objeto del control de constitucionalidad*. Asimismo, como ha señalado Waldron (2006, pp. 1357-1358), el control de constitucionalidad presenta variaciones según que se refiere a: (i) cuestiones estructurales de la constitución, como el federalismo, la separación de poderes y el sistema de frenos y contrapesos, o (ii) a la conformidad de la legislación con ciertos derechos, reconocidos en la constitución. En tal sentido, el control puede ser total o parcial, según que el órgano de la jurisdicción constitucional tenga competencias para aplicar la totalidad de las normas formuladas en la constitución, o sólo algunas de ellas.⁹

“efecto horizontal de los derechos constitucionales”, así como también cuando los jueces están obligados a interpretar las leyes “de conformidad” con la constitución o, por último, cuando son los jueces los que deben “certificar” una cuestión constitucional para remitirla al órgano que ejerce la jurisdicción constitucional.

⁶ Si bien no aludimos expresamente a los supuestos de “interpretación conforme” de una ley a la constitución, dicho fenómeno queda comprendido en los supuestos analizados. En efecto, si una disposición legislativa admite diferentes interpretaciones, entonces si se establece que una de ellas es inconstitucional, será dicha interpretación la que: a) quedará derogada para el futuro, o b) no será aplicada en el caso particular, aplicándose otra interpretación que sí se considere acorde a la constitución.

⁷ Existe un supuesto especial del caso (ii) que, por sus características, lo acerca al caso (i). Se trata de la hipótesis en la que el órgano que determinó la inconstitucionalidad tiene prohibido aplicarla para resolver un caso particular y, en virtud de la doctrina de la obligatoriedad de los precedentes, dicha prohibición también se extenderá a casos análogos.

⁸ Los supuestos (i), (ii) y (iii) caen dentro de lo que Waldron (2006, pp. 1354-1357) denominó versiones *fuertes* del control de constitucionalidad, mientras que (iv) configuraría la versión *débil* del control. Tushnet (2008) y Garbbaum (2013) han trabajado sobre las distintas variantes de sistemas débiles de control y las han contrastado con los sistemas fuertes.

⁹ Un ejemplo interesante sobre las variaciones en cuanto al objeto del control proviene derecho público francés. La constitución francesa instituye un órgano, el Consejo Constitucional, que tiene la facultad de controlar la “*conformidad con la Constitución*” de leyes que todavía no hayan sido promulgadas (artículo 61). Asimismo, dicho órgano puede, luego de que una ley entró en vigencia, controlar si ella perjudica a “*los derechos y las libertades que garantiza la Constitución*” siempre que, en el marco de un proceso judicial, se alegare tal cosa, y el Consejo de Estado o la Corte de Casación remitieran la

(e) *El acceso a la jurisdicción constitucional*. Finalmente, existen variaciones con respecto a la manera en que se puede acceder e instar al órgano que ejerce el control a que lleve adelante su tarea: (i) actuación “de oficio”: si el órgano puede actuar sin ningún tipo de petición externa; en este supuesto, la actuación puede consistir en una *facultad*, si el órgano puede decidir cuándo ejercerá el control, o un *deber*, si está obligado a ejercerlo siempre; (ii) en base a una petición de otro sujeto. Las peticiones podemos clasificarlas en: (a) el “desafío constitucional”, que se da cuando una institución pública o una minoría legislativa tienen legitimación para plantear la inconstitucionalidad de una ley; (b) la “acción popular”, que consiste en que cualquier persona particular puede plantear la inconstitucionalidad de una ley; (c) la “cuestión constitucional”, que surge a partir de un caso particular que debe ser resuelto por la jurisdicción ordinaria y, para ello, se necesita controlar la constitucionalidad de alguna de las leyes aplicables¹⁰; (d) el “recurso constitucional”, que tiene lugar cuando las partes en un caso particular pueden recurrir la decisión de la jurisdicción ordinaria ante el órgano de la jurisdicción constitucional para que controle la adecuación de aquélla a la constitución.

2.3. Delimitando los alcances de este trabajo

Dado que el interés de nuestro trabajo es explicar de qué manera la constitución puede ser utilizada como condición de identificación y como condición de aplicación del derecho, nuestro análisis se concentrará en los sistemas monistas descentralizados (habitualmente denominados “sistemas difusos”). Ello es así porque, en ese supuesto, un mismo tribunal debe ejercer la jurisdicción ordinaria, y para eso, debe identificar las normas jurídicas como paso previo a aplicarlas, así como también puede ejercer el control de constitucionalidad.

En cambio, no nos encargaremos de los sistemas dualistas, que en general son centralizados (i.e., los que habitualmente se denominan “sistemas concentrados”). Sin embargo, creemos que algunas de las cosas que explicaremos aquí pueden echar luz sobre el funcionamiento de tales sistemas, de modo que cuando ello ocurra, haremos alguna referencia tangencial a los mismos.

En cuanto a los efectos del control, nuestro interés está en aquellas versiones fuertes del mismo, sobre todo en las que la inconstitucionalidad de una norma importa una prohibición de aplicarla para resolver un caso particular.

En lo que hace al momento y alcance del control, nuestra investigación se enfocará exclusivamente en los sistemas de control *posterior* y en *concreto*, vale decir, a aquellos casos en los que una ley ya promulgada es aplicada a un caso particular y el control de constitucionalidad es ejercido para resolver ese caso particular.¹¹ Es importante aclarar que la idea de que el control de constitucionalidad

cuestión al Consejo para su estudio (artículo 61-1). Por lo tanto, parecería que el alcance de la jurisdicción del Consejo es total cuando ejerce el control previo, pero parcial, cuando ejerce el control posterior. Ello es así porque en el primer caso controla la conformidad con la constitución *tout court*, mientras que en el segundo caso sólo controla que no se perjudique a los derechos y libertades garantizados por la constitución.

¹⁰ Las cuestiones constitucionales, a su vez, pueden ser planteadas: (I) por las partes, cuando los tribunales de la jurisdicción ordinaria también ejercen la jurisdicción constitucional; (II) por el tribunal de la jurisdicción ordinaria, cuando el sistema es dualista, supuesto en el cual el tribunal “certifica” la cuestión constitucional y la remite al órgano encargado de ejercer el control de constitucionalidad.

¹¹ Mientras que los sistemas de control *previo* tienden a evaluar la constitucionalidad de las normas de un modo “abstracto”, los sistemas de control *posterior* tienden a hacerlo de modo “concreto” aunque, como ha señalado Guastini (2014, p. 468), “*la inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas no puede ser plenamente aprehendida ‘en abstracto’, es decir, antes que sean interpretadas y concretamente aplicadas a casos individuales*”. En tal sentido, Fallon (2000, p. 1324) ha señalado que, en el contexto de los Estados Unidos, la forma más “abstracta” que el control de constitucionalidad puede adoptar en algunas ocasiones siempre surge a partir de un planteo o litigio “concreto”.

debe ejercerse para la resolución de casos particulares *no prejuzga* sobre la posibilidad de que los jueces evalúen la constitucionalidad de las normas de un modo más o menos “abstracto” o “concreto”. Lo que es relevante a efectos de este trabajo es que la decisión que sea resultado del control de constitucionalidad forma parte de una decisión más amplia, consistente en la resolución de un caso particular.

Por último, en lo que hace al acceso al control, nuestro interés se reducirá a los casos de petición a través de “cuestiones constitucionales” y a aquellos supuestos en los que los tribunales pueden ejercer “de oficio” el control de constitucionalidad.

3. Aplicación directa e identificación de otras normas jurídicas

3.1. Un modelo sencillo de aplicación de normas

En un sentido muy simple, diremos que la *actividad* de aplicar una norma consiste en incluirla como una premisa en un razonamiento práctico prescriptivo. El *resultado* de esa actividad será la emisión de un acto de habla cuya dimensión *ilocutiva* consistirá en prescribir una *acción*.¹² Para aplicar una norma, se requiere determinar que, en un caso individual, se dan las condiciones de aplicación que configuran el supuesto de hecho de la norma. En otros términos, que en el caso individual se instancian las propiedades que componen el caso genérico regulado por la norma. Una norma, entonces, correlaciona un caso genérico con una solución, es decir, con una acción deónticamente calificada (Alchourrón y Bulygin, 1975, p. 37). La acción y el sentido de la prescripción que conforman la dimensión ilocutiva del acto de habla deben coincidir con la acción y su calificación deóntica dadas por la norma como condición para decir que la norma fue aplicada.¹³

Una *consecuencia* posible de la aplicación de una norma, que coincide con la dimensión *perlocutiva* del acto de habla, será la realización de la acción prescripta.¹⁴ En caso de que ello ocurra, diremos que si el acto de habla fue lo que motivó la actuación del agente, entonces éste *cumplió* con la norma. Si, en cambio, el agente realizó la acción por un motivo diferente, entonces meramente actuó *en conformidad* con la norma (Raz, 1980, p. 203). En ambos casos, la acción será considerada como *correcta de acuerdo con la norma*. Si la acción prescripta es omitida, entonces

¹² Las normas también pueden ser aplicadas a través de razonamientos prácticos *justificatorios*. Mientras que la prescripción tiene un sentido prospectivo, pues nos indica qué deberemos hacer, una justificación tiene un carácter retrospectivo, pues alude a lo que deberíamos haber hecho. En el derecho, es usual encontrar discursos justificatorios pues los debates que tienen lugar en un juicio se refieren a hechos ya pasados y, en consecuencia, a si las acciones respectivas están justificadas o no. Sin embargo, tales discursos justificatorios tienen una dimensión prospectiva también, pues su objetivo es el de prescribir qué se deberá hacer con el agente que actuó en el pasado: ¿se debe condenarlo? ¿se debe absolverlo?. Por ello, nos concentraremos en los discursos prescriptivos.

¹³ Ciertamente, siguiendo a Alchourrón y Bulygin (1975, pp. 205-208), es posible distinguir entre dos clases de sentencias judiciales. Por un lado, hay *sentencias declarativas*, que se caracterizan por responder a planteos clasificatorios y que tienen la forma “*i pertenece a q*” o “*i no pertenece a q*”. Por otro lado, hay *sentencias normativas*, las cuales se caracterizan por responder a una pregunta sobre el *status* normativo de la conducta de una persona, generalmente el demandado en un proceso. En este trabajo nos interesan especialmente las sentencias normativas. La diferencia entre una sentencia normativa y otra declarativa, en los términos en los que las planteamos, es que una sentencia del segundo tipo culminaría con un acto de habla asertórico, en lugar de con uno prescriptivo.

¹⁴ El lector habrá advertido que no pretendemos aquí desarrollar una teoría sobre los actos de habla. Utilizaremos algunas nociones provenientes de dicha teoría, de manera intuitiva, para ilustrar nuestros argumentos, pero sin ninguna pretensión ulterior. Nuestra fuente sobre la teoría de los actos de habla es Austin (1962).

dicha omisión será *incorrecta de acuerdo con la norma*.¹⁵ Cuando la norma en cuestión sea una norma jurídica, entonces se hablará de licitud o ilicitud, juricidad o antijuricidad, y así sucesivamente (Raz, 1980, p. 122).

3.2. El primer uso de la constitución: aplicación directa de las normas constitucionales¹⁶

En el apartado anterior, explicamos en qué consiste la actividad de aplicar normas jurídicas. Pues bien, una manera bastante básica de usar a la constitución en la aplicación judicial es, precisamente, incluir en el razonamiento práctico prescriptivo a una de las normas formuladas en el documento constitucional. Esta manera de usar a las normas constitucionales tiene, por cierto, profundas consecuencias prácticas y es de suma importancia. Sin embargo, no le dedicaremos más espacio que estas pocas líneas. Ello se debe a que este uso de primer orden de las normas constitucionales, es decir, su inclusión directa en el razonamiento práctico que concluye con la prescripción de una acción, no es suficiente para entender el rol especial que tiene una constitución dentro de un orden jurídico. Dicho papel peculiar de las normas constitucionales se relaciona con el hecho de que ellas cumplen una *función de segundo orden*, es decir, que se trata de normas que regulan a otras normas. En otros términos, el uso más interesante de la constitución no es el de su inclusión directa en un razonamiento práctico prescriptivo, sino el de establecer las condiciones bajo las cuales una norma puede ser satisfactoriamente incluida en un razonamiento tal. En este trabajo distinguiremos dos usos de segundo orden de la constitución, y a ellos les dedicaremos nuestra atención en las páginas que siguen.

3.3. El segundo uso de la constitución: la identificación de otras normas jurídicas

Como explicamos antes, la actividad de aplicación de normas en general consiste en incluirlas en un razonamiento práctico prescriptivo. Por lo tanto, la más

¹⁵ Los actos de habla prescriptivos tienen una dimensión de ajuste mundo-lenguaje, es decir, que es el mundo el que debe ajustarse a lo prescripto en el acto de habla. La prescripción es el criterio para determinar si las acciones que tienen lugar en el mundo son correctas o incorrectas, según que se ajusten, o no, a ella. La distinción entre la dirección de ajuste mundo-lenguaje, propia de las prescripciones, y la dirección de ajuste lenguaje-mundo, características de las aserciones, fue introducida por Anscombe (1963, pp. 56-57; cfr. Searle, 1979, pp. 3-4).

¹⁶ El lector advertirá que, en la explicación que proporcionaremos en los dos apartados siguientes, la identificación de normas se tiene como una tarea relativamente sencilla, en la cual no se plantea ningún problema interpretativo. Sin embargo, está claro que si, como asumimos nosotros, una constitución es un documento escrito, entonces ella solamente incluirá *formulaciones de normas* que deberán ser interpretadas. La razón por la cual simplificamos el modelo, excluyendo a los problemas interpretativos, no responde a un pecado de ingenuidad sino a una razón pragmática: nuestro interés es ilustrar de qué manera *las normas constitucionales* son aplicadas directamente o sirven para identificar a otras normas jurídicas. Que la constitución tenga que ser interpretada para determinar cuáles son las normas constitucionales es un problema conceptualmente independiente de establecer cómo es que esas normas se aplicarán o cómo nos permitirán identificar a otras normas jurídicas. Al mismo tiempo, el resultado del procedimiento legislativo, regulado por las normas constitucionales, tampoco es una norma, sino una ley, es decir, un texto, compuesto también por formulaciones normativas, objeto de interpretación. Sin embargo, nosotros mantendremos el modelo simplificado y diremos que el procedimiento legislativo produce normas. Aquí sí puede plantearse una distorsión conceptual seria. Sin embargo, en la medida en que las normas jurídicas sean formulaciones normativas interpretadas, si las normas constitucionales permiten identificar a esas formulaciones normativas, entonces ellas habrán colaborado, aunque sea parcialmente, con la identificación de las normas. Más adelante en el trabajo, sin embargo, deberemos refinar nuestro modelo y analizaremos algunos de los problemas que suscita la interpretación constitucional.

específica actividad de aplicar normas *jurídicas* presupone, necesariamente, que existe una forma de identificar a ese tipo especial de normas. Ahora bien, se han seguido dos estrategias para identificar a una norma como jurídica. La primera de ellas procura determinar qué es lo que la hace “jurídica” (por ejemplo, que ella prescriba un acto coactivo). Y luego, a partir de esa clasificación, propone elaborar una noción de sistema jurídico como un conjunto de normas jurídicas, entendidas de ese modo. No es este el lugar para dar cuenta de las dificultades que esa estrategia trae aparejada, las cuales ya han sido individualizadas por Alchourrón y Bulygin (1975, pp. 103-107). Sólo diremos que la segunda estrategia permite resolver la cuestión sin generar los mismos inconvenientes y, por esa razón, la adoptaremos. Esta segunda estrategia invierte el camino seguido por la primera: una norma se considera jurídica cuando ella pertenece a un *sistema jurídico*. Un sistema jurídico, a su vez, es un sistema normativo que incluye al menos una solución cuyo contenido es un acto coactivo (Alchourrón & Bulygin, 1975, p. 106). Por lo tanto, *para identificar a una norma como jurídica es necesario determinar si ella pertenece a un sistema jurídico*.

En líneas generales, existen dos grandes formas para determinar si una norma pertenece a un sistema jurídico, cada una de ellas relacionada con dos formas distintas de producción normas. Según la primera de ellas, a la que denominaremos concepción *dinámica* de la pertenencia, el criterio para determinar la pertenencia de una norma está dado por la forma en que, según otras normas del sistema, se ejercen los poderes normativos relacionados con la promulgación y derogación de normas. Esto implica que, en un momento determinado, ya contamos con un sistema normativo el cual, entre otras cosas, incluye normas que regulan el ejercicio de tales poderes normativos. En ese supuesto, el concepto de sistema jurídico tiene un carácter *momentáneo* (Raz, 1980, p. 34). Sin embargo, al ponerse en ejercicio los poderes normativos de promulgación y derogación, el contenido de tal sistema se modifica. Si el concepto de sistema jurídico alude, entre otras cosas, a un conjunto de normas en un momento determinado, entonces cuando se modifica su contenido en otro momento, se pasa de un sistema jurídico a otro. El conjunto de sistemas jurídicos sucesivos que se forma a partir del ejercicio de los poderes de promulgación y derogación de normas regulados por normas del propio sistema se denomina *orden jurídico* (Alchourrón y Bulygin, 1976). Lo relevante de esta concepción es que si una persona desea aplicar una norma por entender que es una norma jurídica, deberá entonces demostrar que ella pertenece a un sistema jurídico en virtud de haber sido promulgada de acuerdo con la forma en que las normas de otro sistema, de un momento anterior, del mismo orden jurídico regulan el ejercicio del poder normativo de promulgación.

La otra concepción sobre la pertenencia de las normas, basada en otra manera de producir normas, a la que denominaremos concepción *estática* de la pertenencia, sostiene que es posible *derivar*, a partir del contenido de las normas que conforman un sistema jurídico, otras normas nuevas. Para ello, además del contenido de las normas, sería necesario contar con un conjunto de reglas de inferencia que determinen cómo llevar adelante la derivación. Existen dos grandes familias de derivación normativa estática: aquellas cuyas reglas de inferencia responden a criterios formalmente deductivos y aquellas que siguen otro tipo de criterios. En ocasiones, esa distinción es trazada para argumentar que las normas que surgen a partir del primer tipo de derivaciones sí pueden considerarse correctamente como parte del sistema, mientras que ello no ocurriría con las segundas. Sin embargo, ambas estrategias de derivación plantean problemas para una concepción positivista del derecho pues, en ningún caso, la existencia de la norma depende de un *hecho social*, sino que, en cambio, su existencia se sigue de las reglas de inferencia. Por lo tanto, si uno adhiere a la tesis de las fuentes sociales, no puede luego aceptar que por el hecho de que sea posible derivar una norma a partir del contenido de las normas de un sistema jurídico y de la aplicación

de ciertas reglas de inferencia, que aquélla pertenezca al sistema jurídico (Raz, 1995, pp. 227-230; Marmor, 2001, pp. 69-70). No obstante, en la medida en que los jueces, abogados y juristas utilicen de manera efectiva alguna o algunas de esas normas que es posible derivar de manera estática, entonces contaremos con un hecho social que puede ser computado por una teoría positivista. Esta solución, sin embargo, introduce el problema de que el criterio de pertenencia ya no sería exclusivamente el de la creación de normas de acuerdo con las prescripciones de otras normas, sino que, además, debería computarse la efectividad de las normas como criterio de pertenencia. Y una vez que incluimos un segundo criterio, deberíamos estar preparados para explicar cómo es que ambos pueden convivir o por qué no deberíamos dar primacía al segundo en lugar de al primero.

Como vemos, la concepción estática plantea serios problemas teóricos.¹⁷ Pero no nos ocuparemos mayormente de ellos aquí pues, a los efectos de nuestro trabajo, nos resulta suficiente con la concepción dinámica de la pertenencia de normas a un sistema jurídico.¹⁸ Para explicar de qué manera una constitución constituye una condición para la identificación de normas jurídicas debemos tener en cuenta que, en la concepción dinámica, para poder identificar a una norma como jurídica, i.e., como perteneciente a un sistema jurídico que forma parte de un orden jurídico, debemos comprobar si ella fue promulgada a través de un ejercicio de poderes normativo que satisfaga la regulación impuesta por otras normas que forman parte de un sistema jurídico (anterior en el tiempo) del mismo orden jurídico. Obviamente, con este criterio, corremos el riesgo de incurrir en una regresión al infinito pues, para determinar la pertenencia al sistema jurídico de esas normas que regulan el ejercicio de poderes normativos, deberemos establecer si, a su vez, ellas fueron promulgadas a través de un acto de ejercicio de poderes normativos, regulado por otras normas de un sistema jurídico (anterior en el tiempo) perteneciente al mismo orden jurídico.

¹⁷ Dentro de la propia teoría de los sistemas normativos, se ha sugerido que, en parte, esos problemas provendrían del hecho de que los sistemas jurídicos se consideran clausurados bajo la noción de consecuencia lógica. Esto significa que un sistema jurídico está conformado por los enunciados de la base del sistema junto con todas sus consecuencias lógicas. Algunos autores consideran que la clausura mediante la noción de consecuencia lógica no es un elemento necesario de los sistemas jurídicos. De ese modo, las consecuencias de la base del sistema, i.e., las normas derivadas a través de razonamientos deductivos, no pertenecerían al sistema. Sin embargo, ellas serían aplicables por los jueces, en virtud de un argumento fundado en la racionalidad: si se acepta una norma N_1 y otra norma N_2 , entonces también debe aceptarse a las normas implicadas por ellas, so color de incurrir en irracionalidad. De ese modo, los jueces deberían identificar un conjunto de normas aplicables para poder dictar una sentencia y la tarea de la dogmática jurídica sería la de sistematizar ese conjunto de normas. La ventaja de esta manera de encarar la cuestión radicaría en que la pertenencia al sistema de una norma seguiría conectada a hechos sociales que los generen, en particular, los actos de promulgación de una autoridad normativa, al mismo tiempo que se explicaría la relevancia que tienen las normas derivadas en la práctica jurídica. Para una formulación reciente de esas ideas, véase Navarro y Rodríguez, (2014, pp. 218-240). Sin embargo, no estoy del todo seguro que esta manera de argumentar sea satisfactoria para autores como Raz o Marmor. A modo de conjetura, uno podría pensar que si el objetivo de cierta versión de positivismo excluyente es el de impedir que los jueces incorporen en su razonamiento práctico a otras razones que no sean las que pueden identificarse a través de fuentes sociales, entonces argumentos como el que proponen Navarro y Rodríguez persisten en admitir esa posibilidad. En tal sentido, Raz y Marmor podrían sugerir una tesis de las fuentes sociales de las normas aplicables, y atacar la posición de Navarro y Rodríguez de este modo: en la medida en que la mera asunción de racionalidad de los agentes *no es un hecho social*, sino un recurso heurístico, entonces por el hecho de asumir que los jueces son racionales, no podemos asumir también que las consecuencias lógicas de la base de un sistema son, por ello únicamente, aplicables por los jueces. Necesitaríamos que exista un hecho social, por ejemplo, una norma que las vuelva externamente aplicables, i.e., un criterio de aplicabilidad, para poder considerarlas de ese modo.

¹⁸ La razón de ello es que, como vimos, las normas derivadas en la concepción estática presuponen que hay otras normas que integran el sistema jurídico. Si podemos explicar, en virtud de la concepción dinámica, cómo es que estas últimas integran el sistema, entonces habremos establecido de qué manera la constitución también permite identificar, aunque indirectamente, a las normas derivadas según la concepción estática.

La solución teórica a este problema es estipular que un determinado conjunto de normas constituye lo que se denomina *normas originarias* del sistema jurídico el cual será, entonces, el primer sistema del orden jurídico (Caracciolo, 1988). Ese conjunto de normas originarias estará conformado, entre otras cosas, por normas que regulan el ejercicio de los poderes normativos de promulgación y derogación. En la medida en que dichos poderes sean ejercidos, se irá desarrollando la secuencia de sistemas del orden jurídico.

3.4. La constitución y la identificación de normas jurídicas

Como se recordará, cuando caracterizamos más arriba el concepto de constitución dijimos que una constitución define a los departamentos de gobierno, y establece procedimientos e impone materias habilitadas y prohibidas para que ellos dicten normas. Por lo tanto, así entendida, una constitución formula en su texto a normas que regulan el ejercicio de los poderes normativos de promulgación y derogación.

Ahora bien, aunque no se trata de una necesidad conceptual, las constituciones suelen ser, además, las normas históricamente originarias de un orden jurídico. En general, las constituciones son dictadas en momentos excepcionales, como los que tienen lugar luego de una guerra de liberación en contra de una potencia extranjera, o a continuación del derrocamiento de un monarca absoluto o de una transición desde un gobierno autoritario a uno democrático, o como punto final de una guerra civil. Los momentos constitucionales suelen marcar una *ruptura*, aunque sea parcial, con el pasado. La ruptura no tiene por qué ser violenta. Sin embargo, lo relevante es que dictar una constitución suele simbolizar el momento en que surge un nuevo orden político y jurídico o en el que el orden vigente se ve drásticamente modificado.

Por lo tanto, en la medida en que se den tales condiciones, no hay dificultad en considerar que las normas constitucionales conforman el conjunto de las normas originarias de un sistema jurídico, a partir del cual, a medida que los poderes normativos de promulgación y derogación sean puestos en ejercicio, se conformará la sucesión de sistemas jurídicos del orden jurídico. Aquí tenemos que hacer frente a dos posibles objeciones antes de pasar al punto siguiente.

La primera objeción es que una concepción dinámica de la pertenencia de normas es puramente formal, mientras que una constitución, de acuerdo con nuestra definición, impone límites materiales al ejercicio de los poderes normativos de los departamentos de gobierno. Antes de responder a esta objeción, quizás sea conveniente explicar qué entendemos por un límite material y cómo se diferencia de los aspectos más propiamente formales de la concepción dinámica. En un sentido estructural, las normas que regulan el ejercicio de poderes normativos están compuestas, por un lado, de una *definición* de quién ejercerá el poder de que se trate. Tal definición puede consistir, por ejemplo, en establecer un órgano, determinar cómo y por quiénes estará integrado, la duración del mandato de las personas que lo integrarán, cómo serán remunerados, etcétera. Por otro lado, dichas normas también incluyen una enumeración de las *condiciones de procedimiento* que deberá satisfacer el órgano definido anteriormente para que se pueda decir que ejerció un poder normativo. Esas condiciones pueden consistir en reunir ciertas mayorías, cumplir con algún formalismo textual¹⁹, que un funcionario firme un documento o que determinado texto sea publicado en un boletín del gobierno. Como vemos, la definición de quién ejercerá el poder normativo y de las

¹⁹ Por ejemplo, en la Argentina, el artículo 84 de la constitución establece que cuando el Congreso sanciona una ley, la misma deberá incluir la siguiente fórmula: “*El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina, reunidos en Congreso, ...decretan o sancionan con fuerza de ley*”.

condiciones procedimentales para hacerlo se refieren a cómo ejecutar un acto que configure un ejercicio de ese poder normativo.

Los límites materiales regulan el *contenido* del acto de ejercicio de un poder normativo y, en líneas generales, lo hacen calificando deónticamente la acción de incluir o excluir cierto contenido de un acto de promulgación o derogación. Un ejemplo podría ser el de una disposición, como el artículo 18 de la constitución argentina, que establece que: “*Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes*”. Si la norma formulada en esa disposición es interpretada como un límite material, entonces estará prohibido para el legislador promulgar una norma que prevea la pena capital para el delito de traición a la patria.

La objeción sobre los límites materiales puede responderse de la siguiente manera. Por un lado, que la concepción dinámica no es incompatible con la inclusión de límites materiales en la promulgación o derogación de normas. La existencia de límites materiales es contingente pero, cuando se da, no es de ningún modo inconsistente con la concepción dinámica. Por otro lado, en la medida en que no establezcamos de antemano, como una cuestión conceptual, cuál es el contenido que tales límites materiales deben tener, entonces el propio concepto de un “límite material” puede ser interpretado de modo formal, es decir, como un límite definitorio de la competencia del órgano. Una constitución puede establecer límites materiales con los más diversos contenidos y de acuerdo a las más distintas ideologías. Lo que no cambia es la forma en la que los límites materiales operan: si el contenido de un acto de ejercicio de un poder normativo no cumple con lo previsto por él, entonces el resultado de dicho acto no puede ser identificado como una norma de un sistema que pertenezca al mismo orden jurídico del cual forma parte el sistema al que pertenecen las normas que regulan el ejercicio del poder normativo.

La segunda objeción tiene que ver con el hecho de que habíamos considerado que, en general, las normas constitucionales son las normas originarias del sistema jurídico. Sin embargo, en nuestra definición de constitución, admitimos la posibilidad de que exista un procedimiento de reforma de la constitución, aun cuando el mismo deba ser distinto y más complejo que el previsto para la promulgación de leyes ordinarias. Cuando ese procedimiento tiene lugar, el resultado es que tendremos normas constitucionales derivadas, no originarias. Pues bien, en realidad, esta objeción no da en el blanco. Nuestra intención es la de explicar cómo una constitución puede servir como una condición para la identificación de normas jurídicas. En la medida en que las normas constitucionales originarias nos permitan identificar a las otras normas, incluso las que sean el resultado de una reforma constitucional, entonces la constitución seguirá cumpliendo su papel. De hecho, sólo podremos identificar a las normas constitucionales reformadas como jurídicas utilizando a las normas constitucionales previas a la reforma. Las modificaciones constitucionales, entonces, no afectan nuestro argumento.

Ahora que ya explicamos de qué manera una constitución puede servir para identificar a las normas como pertenecientes a un sistema jurídico, podremos pasar a analizar de qué manera la constitución puede operar como una condición de aplicabilidad de las normas jurídicas.

4. El tercer uso de la constitución: condición de aplicabilidad de las normas jurídicas

4.1. Aplicabilidad interna y externa de las normas jurídicas

La distinción entre un orden jurídico y los distintos sistemas jurídicos que lo conforman, que mencionamos en el apartado anterior, permite elaborar un modelo teórico sofisticado para pensar la relación entre normas y tiempo. En tal sentido,

cada norma que forma parte de un sistema puede, en principio, ser aplicada mientras dicho sistema se mantenga y mientras ella siga perteneciendo al sistema o a los que lo sucedan. La norma, entonces, tiene un “tiempo interno” al sistema al que pertenece, es decir, que su ámbito de aplicación temporal coincide, en principio, con su pertenencia a un sistema jurídico, así como a los sucesivos sistemas del orden jurídico, en tanto ella no sea derogada. Imaginemos, ahora, que dicha norma, en un momento posterior, es derogada. De ese modo, ella no formará parte, a partir de ese momento, de los sucesivos sistemas jurídicos que conforman el orden jurídico al que pertenecía su sistema jurídico. Sin embargo, podría ocurrir que, en virtud de alguna norma del sistema actual de dicho orden jurídico, los jueces tengan la obligación de aplicar esa norma derogada para resolver un caso actual. Ello es lo que ocurre, por ejemplo, con el principio de la ley penal más benigna. Si una persona comete un delito en el momento en que estaba vigente la norma en cuestión, y el juez debe resolver el caso en un momento en que dicha norma fue derogada, y se promulgó otra en su lugar que establece penas más duras para el delito, en virtud del principio de la ley penal más benigna, el juez debe aplicar la norma vigente al momento de la comisión del delito. Por lo tanto, las normas tienen también un “tiempo externo” al sistema al que pertenecen, que las vincula con el orden jurídico y que puede volverlas judicialmente aplicables en momentos en los que el sistema jurídico no las incluye (Bulygin, 1982).

Estas ideas inspiraron a otros autores, como Navarro y Moreso (1997), a trabajar de manera cuidadosa en la existencia de normas que regulan la aplicabilidad judicial de las normas jurídicas. En el ejemplo del principio de la ley penal más benigna, la norma que lo establece le impone al juez la obligación de aplicar la norma que imponga la pena menos severa en relación al delito que se investiga. Si ocurriera que la norma que pertenece al sistema al momento en que el juez debe resolver el caso no cumpliera con dicha condición, entonces el juez tiene *prohibido aplicarla* y está *obligado a aplicar otra norma que sí cumpla con dicha condición*. En la literatura especializada, se suele denominar criterios de aplicabilidad y de inaplicabilidad a estas normas que regulan la aplicabilidad judicial de las normas jurídicas. Este concepto permite distinguir entre dos tipos de aplicabilidad de las normas jurídicas. Por un lado, una norma es *internamente aplicable* a un caso individual si éste configura una instancia de las propiedades que constituyen el caso genérico que la norma correlaciona con una solución. Por otra parte, una norma es *externamente aplicable* a un caso si, además de ser ella internamente aplicable, existe otra norma, que pertenece al sistema jurídico, y que le impone al juez la obligación de aplicarla para resolver ese caso. Finalmente, una norma es *externamente inaplicable* a un caso si, siendo ella internamente aplicable, existe una norma que pertenece al sistema jurídico, y que le impone al juez la prohibición de aplicarla para resolver ese caso.

La importancia de los conceptos de aplicabilidad e inaplicabilidad externas de las normas jurídicas es que identificar a una norma como perteneciente a un sistema jurídico no es condición necesaria ni suficiente como para que el juez la incluya como una premisa en su razonamiento práctico. Dado que, habitualmente, los sistemas jurídicos incluyen una norma que les impone a los jueces el deber de aplicar las normas de ese sistema, solemos dar por sentado que las normas jurídicas son aplicables judicialmente por el mero hecho de ser jurídicas. Lo relevante es, sin embargo, que todas las normas del sistema jurídico, excepto una, son externamente aplicables si existe una norma que obligue a los jueces a resolver casos aplicando las normas de ese sistema. Como el lector sospechará, la única norma que no es externamente aplicable, aunque tampoco externamente inaplicable, es la propia norma que impone ese deber. Los restantes criterios de aplicabilidad e inaplicabilidad, que son, a su vez, externamente aplicables en función del deber judicial de aplicar las normas del sistema jurídico, configuran o bien excepciones al criterio general, cuando, por ejemplo, ordenan inaplicar las normas

del sistema jurídico del momento en que el juez debe resolver el caso e imponen aplicar normas de otros países (como ocurre con el derecho internacional privado) o normas de otros momentos del orden jurídico (p. ej., en el caso del principio de la ley penal más benigna); o bien configuran especificaciones que permiten resolver antinomias en el sistema, como ocurre con los criterios de *lex superior*, *lex posterior* y *lex specialis*.

Otro aspecto relevante de los conceptos de aplicabilidad e inaplicabilidad externa es que ellos tienen como objeto a normas jurídicas. Es decir: la aplicabilidad o inaplicabilidad externa es una propiedad de normas jurídicas, vale decir, de normas que pertenecen a un sistema jurídico que, a su vez, pertenece al mismo orden jurídico al que pertenece el sistema al que pertenecen los criterios de aplicabilidad e inaplicabilidad.²⁰ Por lo tanto, antes de poder decir que una norma es externamente aplicable o inaplicable, debemos determinar si ella es una norma jurídica. La propiedad de una norma de ser externamente aplicable depende de que tenga la propiedad de ser una norma jurídica.

4.2. El concepto de jerarquía formal entre normas jurídicas

Este último aspecto es especialmente importante a los efectos de este trabajo. En efecto, uno de nuestros objetivos es explicar que la constitución puede ser utilizada de dos maneras diferentes en las instancias de aplicación del derecho. Por un lado, como ya vimos, la constitución permite identificar a las normas jurídicas. Sin esa etapa de identificación, no sería posible comenzar con la actividad de aplicar normas jurídicas. Pero además, como explicaremos a continuación, la constitución puede ser entendida, como un conjunto de condiciones de aplicabilidad de las normas jurídicas identificadas previamente. Todo esto presupone que algunas de las normas de la constitución operan como condiciones de identificación, mientras que otras actúan como condiciones de aplicabilidad.²¹

El concepto utilizado frecuentemente para explicar la preferencia de las normas constitucionales por sobre las leyes ordinarias en las instancias de aplicación del derecho es el de “supremacía constitucional”. Sin embargo, la noción de supremacía admite muchas interpretaciones distintas y, probablemente, genere más confusión que claridad. Por ello, parece sensato recurrir a otro concepto. Al preferirse a una norma sobre otra en la instancia de aplicación, se está estableciendo una jerarquía entre normas. Existen distintos tipos de jerarquía normativa (Guastini, 1999; Pino, 2008, pp. 12-17). Aquí nos interesaremos por un tipo especial, que es el de la jerarquía material. Una norma jurídica N_1 es jerárquicamente superior a otra norma jurídica N_2 si y sólo si se dan cuatro condiciones: (i) que cada una de las normas pertenezca a un subconjunto distinto de normas del mismo sistema, C_1 y C_2 , los cuales se diferencian porque el o los criterios por los cuales sus normas respectivas pertenecen al sistema jurídico son distintos entre sí²², (ii) que ambas normas sean internamente aplicables a un caso

²⁰ Ciertamente, un criterio de aplicabilidad puede hacer que una norma que no pertenece a ningún sistema jurídico del orden jurídico sea externamente aplicable a un caso. Ello es lo que ocurre, por ejemplo, con el derecho internacional privado, cuando impone la aplicación de normas de un país extranjero.

²¹ Dorf y Adler (2003) han elaborado la distinción entre lo que ellos llaman condiciones constitucionales de existencia y de aplicabilidad en la constitución de los Estados Unidos.

²² Pero, no es necesario que dentro de un subconjunto se utilice un único criterio. Lo relevante es que los criterios varíen *entre* subconjuntos. Así, por ejemplo, podemos distinguir al subconjunto de las normas promulgadas de acuerdo con el procedimiento legislativo y el subconjunto de las normas promulgadas de acuerdo con el procedimiento de dictado de actos administrativos. En esos casos, cada subconjunto responde, en principio, a un único criterio. El subconjunto de las normas constitucionales, a su vez, estará conformado por las normas originarias y por aquellas promulgadas

individual, (iii) que exista una inconsistencia en la solución prevista por cada norma, y (iv) que un criterio de inaplicabilidad perteneciente al sistema jurídico establezca que, si se dan las tres condiciones anteriores, entonces el juez tiene prohibido aplicar la norma perteneciente a C_2 para resolver ese caso individual. Es interesante advertir que la pertenencia a los subconjuntos no tiene por qué restringirse a las normas que pertenecen al sistema del momento en que el juez debe resolver el caso. Es perfectamente posible ampliar su membresía a normas pertenecientes a otros sistemas del mismo orden jurídico, siempre que se mantenga el criterio de pertenencia en cada caso. Cuando se dice que las normas constitucionales tienen “supremacía” lo que se quiere decir, en el sentido relevante aquí, es que ellas tienen mayor jerarquía material que todas las normas que pertenecen a los demás subconjuntos de normas.

La jerarquía material es relevante, entonces, en supuestos de inconsistencia entre dos normas jurídicas. Esto presupone que, previamente, ambas fueron identificadas como normas jurídicas. Por ello, *antes de aplicar una norma jurídica*, un juez debe *identificar* a las normas que resultan aplicables en principio al caso. Si ocurriera que, entre las normas identificadas, hubiera una norma constitucional y otra de jerarquía material inferior, y ambas fueran inconsistentes, entonces el juez tiene prohibido aplicar la segunda. Esto es que, luego de la identificación, se da una etapa de *evaluación de la aplicabilidad externa* de las normas identificadas. Luego de haber llevado adelante esas dos etapas, el juez estará en condiciones de efectuar la aplicación en sentido estricto, pues ya habrá identificado a la norma jurídica que incluirá como premisa en su razonamiento.

De ese modo, hemos podido explicar de qué forma la constitución es una condición de aplicabilidad de las normas jurídicas. Para que una norma jurídica sea aplicada por un juez para resolver un caso individual ella debe cumplir con la condición de no ser inconsistente con las normas constitucionales. En este punto, se vuelve importante explicar de qué manera puede darse tal inconsistencia. Para ello, tendremos que, previamente, refinar las herramientas teóricas con las que veníamos trabajando.

4.3. La interpretación

Como habíamos advertido, el modelo utilizado hasta el momento es uno bastante sencillo, en el cual no tenían lugar los problemas interpretativos. Sin embargo, ahora es necesario dar cuenta brevemente de ellos para poder completar nuestra comprensión sobre la aplicación judicial de normas jurídicas. Según nuestra definición, la constitución es un documento escrito en el cual se *formulan* normas. El texto de la constitución está conformado, entonces, por *formulaciones normativas*. Una norma constitucional será el significado que, a través de una actividad denominada *interpretación*, se le adscribe a una formulación normativa que aparece en la constitución. Asimismo, habíamos dicho que el lenguaje del documento constitucional suele contener expresiones genéricas y abstractas. De ese modo, existen muchos significados jurídicos posibles para cada formulación constitucional. Para aplicar una norma jurídica es condición que ella no sea inconsistente con ninguna norma constitucional. Sin embargo, una misma formulación normativa contenida en la constitución puede admitir diversas interpretaciones, es decir, que distintos significados le pueden ser atribuidos. Por lo tanto, la actividad de aplicar normas jurídicas presupone que se ha efectuado un trabajo de interpretación

de acuerdo con el procedimiento de reforma constitucional. Aquí, como vemos, el subconjunto responde a dos criterios. Pero, dado que esos dos criterios son diferentes de los utilizados en relación a los otros dos subconjuntos, no es posible que una misma norma pertenezca simultáneamente a más de un subconjunto.

constitucional.²³ Establecer el contenido de las normas constitucionales que operan como condiciones de aplicación de las restantes normas jurídicas es necesariamente el resultado de una interpretación.²⁴ De hecho, la propia decisión de distinguir a las disposiciones de la constitución según que ellas formulen condiciones de identificación o condiciones de aplicación parece constituir una elección interpretativa (Dorf y Adler, 2003, pp. 1130-1135).

4.4. Especificación, ponderación e implementación

Dadas las características del texto constitucional, es habitual que a sus disposiciones se les adscriban significados que son, ellos mismos, abstractos, abiertos, vagos e indeterminados, y a los cuales denominaremos “principios”. La consecuencia de ello es que, a la hora de resolver casos concretos, los jueces deben recurrir a una etapa adicional en la interpretación, en la cual *especificarán* el principio a los efectos de construir una regla que tenga la estructura de una correlación entre un caso genérico y una solución.²⁵ En algunas circunstancias, puede ocurrir que las reglas que resultan de la especificación entre dos principios indiquen soluciones incompatibles entre sí. En tal caso, es habitual que los tribunales utilicen algún mecanismo de *ponderación* entre principios para determinar a cuál de las reglas especificadas a partir de ellos debe darse preferencia (Alexy, 2002). En ambos casos, el resultado de la especificación y la ponderación es que obtenemos una norma que puede ser aplicada a un caso individual.²⁶ Si la solución que ella ordena es inconsistente con la que viene ordenada por otra norma no constitucional, cuya identificación también depende de la interpretación de una determinada formulación normativa, entonces, en virtud de la mayor jerarquía formal de la norma constitucional, el juez tendrá prohibido aplicar la otra norma para resolver el caso individual.²⁷

En este punto, conviene efectuar una distinción ulterior pues la especificación

²³ Una cuestión muy debatida es si el propio texto de la constitución impone algún tipo de límite a las posibles interpretaciones. En general, las posiciones varían desde un escepticismo muy fuerte al reconocimiento de que, en el mejor de los casos, el texto de la constitución canaliza la elección en materia interpretativa, pero no la elimina (Tribe & Dorf, 1991, p. 33).

²⁴ *Mutatis mutandis*, lo propio ocurre con las normas constitucionales que operan como condición para la identificación de las normas jurídicas. Asimismo, dado que el legislador, en general, elabora textos, entonces la identificación de normas jurídicas no constitucionales requerirá: (i) la identificación de cierto texto como una ley, para lo cual se apelará a las normas constitucionales, (ii) una interpretación de ese texto, es decir, una atribución de significado a sus formulaciones normativas.

²⁵ Richardson (1990, pp. 295-297) describe las condiciones que deben satisfacerse para llevar adelante la especificación.

²⁶ Lo que cambia es la forma en que dicha norma es identificada. En un caso, el de la especificación, la constitución es leída directamente como estableciendo una regla que permite una aplicación más bien subsuntiva, mientras que, en el segundo caso, la constitución es entendida como un conjunto de principios que deben ser ponderados antes de identificar una regla. Sullivan (1992b) efectuó una descripción de las diferencias interpretativas dentro de la Suprema Corte de los Estados Unidos con respecto a cómo interpretar el texto de la constitucional en esta materia (pp.76-83).

²⁷ En la literatura se suele discutir si la distinción entre reglas y principios es conceptual o meramente gradual. Para la primera opción, cada tipo de norma tiene una estructura diferente y una forma distinta de aplicación, la subsunción, para las reglas, y la ponderación, para los principios. Para la segunda, en cambio, la estructura de las normas siempre sería la misma, la de las reglas, y, aunque habría diferencias de grado con respecto a su abstracción, generalidad o vaguedad, siempre se aplicarían mediante subsunción. En el texto, el término “principio” es utilizado de manera intencionalmente ambigua tanto para referirse a normas que tienen una estructura distinta de las reglas (principios *stricto sensu*), como a reglas que son especialmente vagas, abstractas y generales. La razón de ello es que la manera en que una disposición de la constitución sea leída, como un principio en sentido estricto o como una regla, depende de decisiones interpretativas, las cuales son lo bastante fluctuantes entre una y otra opción.

y la ponderación no agotan las formas en que es posible interpretar el texto de la constitución para aplicarlo judicialmente. Para entender en qué consiste esa tercera alternativa es importante tener en mente que en los sistemas de control monistas descentralizados, a los que habitualmente se denomina como sistemas “difusos”, se le suele encargar a un tribunal supremo la tarea de efectuar *interpretaciones finales del texto de la constitución*. En tal caso, se da un fenómeno interesante pues dicho tribunal tiene la última palabra en la interpretación judicial de la constitución pero, al mismo tiempo, no tiene el monopolio interpretativo, pues comparte la función interpretativa con otros tribunales. Por lo tanto, en un sistema tal, el tribunal supremo no sólo interpreta la constitución para resolver casos, sino que también tiene la función de elaborar criterios que puedan guiar la aplicación judicial de la constitución por parte de los otros tribunales. Para cumplir con esa función, el tribunal supremo elabora tests y doctrinas operativas que colaboran con la tarea de *implementar* la constitución (Fallon, 2001, cap. 3).

La razón por la cual estos tests y doctrinas configuran un método distinto radica en que, para analizar si una norma formulada en una ley es o no constitucional, los jueces no efectúan, en sentido estricto, una especificación a partir del principio constitucional que resulte apropiado al caso individual. En lugar de ello, elaboran una regla o un procedimiento que toma en cuenta no sólo el principio constitucional apropiado, sino también otras consideraciones entre las cuales, por ejemplo, se incluyen: ideales últimos de justicia, el costo que una decisión puede tener para los intereses gubernamentales, la capacidad institucional de los tribunales para administrar y dar efectividad a cierto tipo de derechos, el riesgo de cometer errores dado el marco de incertidumbre en que se toman las decisiones y la aceptabilidad democrática que una decisión pueda tener a la luz del fenómeno de los desacuerdos razonables (Fallon, 2001, cap. 4, sección “Some Varieties of Value Arguments”).

En suma, se trata de un procedimiento que es similar a la ponderación, pero la diferencia radica en que aquello que es objeto de ponderación no se limita a principios constitucionales materiales sino que, además, se incluyen consideraciones de tipo institucional, que requieren una definición sobre el propio rol del poder judicial. Es interesante señalar, en este punto, que los debates acerca de si el texto de la constitución debe ser leído como formulando reglas o principios también puede ser entendido como una disputa sobre el papel institucional de los tribunales.²⁸ En cualquier caso, el diseño de los tests y doctrinas operativas que permiten implementar la constitución a los tribunales, al no tener en cuenta únicamente a los principios constitucionales apropiados, puede tener el efecto de que la solución correcta de un caso, de acuerdo con el test o la doctrina operativa, no coincida con la solución correcta del caso, de acuerdo con la especificación del principio apropiado. Analicemos un ejemplo de cómo ello puede ocurrir.

En los Estados Unidos, la libertad de expresión tiene un papel central en el sistema constitucional. Ello se debe, en gran medida, a la necesidad de que, en el marco de una república democrática, sea posible desarrollar debates públicos que sean “robustos, desinhibidos y vigorosos”, para permitir que los ciudadanos cuenten

²⁸ La distinción entre los diferentes métodos de interpretación es importante, entonces, no tanto porque cada forma de argumentar produzca resultados sustantivos distintos, sino porque ellos son importantes a la luz de “*valores institucionales que trascienden la solución de cada caso*” (Sullivan, 1992a, p. 309). En ese trabajo, la autora argumenta que la ponderación es un mejor método que su alternativa porque es importante que los tribunales expliquen sus decisiones, y los métodos alternativos tendrían menos capacidad para hacer explícitas las razones de la decisión. En otro trabajo, Sullivan (1992b, pp. 112-122) analizó con más detalle cómo es que las posiciones de los jueces sobre la elección entre reglas y estándares (en materia de precedentes, de interpretación del texto de la constitución y de formulación de doctrinas operativas) pueden responder a diferentes concepciones sobre el rol del poder judicial, en el sentido de que tanto unos como otros están de acuerdo en diferenciar al derecho de la política, manteniendo así la legitimidad del poder judicial. Sin embargo, discrepan sobre cuál es la mejor forma de lograrlo.

con la mejor información posible para tomar decisiones. Sin embargo, no toda forma de expresión goza de protección constitucional. La difusión de información falsa o inexacta, por ejemplo, no está protegida pues ella no contribuye a que los ciudadanos cuenten con mejor información. En tal sentido, si el principio constitucional de la libertad de expresión se formulara del siguiente modo: “Está prohibido que los jueces condenen, civil o criminalmente, a personas por difundir información verdadera”, entonces no podríamos luego obtener una especificación formulada de este modo: “Está prohibido que los jueces condenen, civil o criminalmente, a personas por difundir información falsa sobre temas de interés público, salvo que se pruebe en juicio que sabían, al momento de difundirla, que la información era falsa”. Esta segunda formulación no es una especificación de la primera, pues en un caso se busca proteger a quienes difundan información verdadera mientras que, en el otro, se protege a quienes difunden información falsa.

Sin embargo, este fue el paso que dio la Suprema Corte de los Estados Unidos en el célebre caso “New York Times v. Sullivan” (376 US 254, 1964), al elaborar la doctrina de la real malicia. En virtud de esa doctrina operativa, las personas que difundan información falsa sobre cuestiones de interés público gozan de la protección de la libertad de expresión pese a que, en verdad, la difusión de información falsa no podría considerarse como protegida a partir de una especificación, en sentido estricto, del principio que protege la libertad de expresión. Para evitar que el accionar judicial pudiera estimular a las personas a adoptar conductas de autocensura, la Suprema Corte elaboró esa doctrina que, en lo esencial, invierte la carga de la prueba en casos de difusión de información falsa sobre cuestiones de interés público, haciendo que sea muy difícil obtener una condena judicial en tales casos.

En resumen, cuando los tribunales elaboran tests y doctrinas operativas, la eventual inconstitucionalidad de una norma formulada en una ley se seguiría no de la inconsistencia entre ella y un principio constitucional, o una especificación de un principio constitucional, sino de la incompatibilidad que pudiera haber entre ella y el test o doctrina operativa operable. Esto, obviamente, plantea el problema de que existan “experiencias recalitrantes”, en las cuales el resultado del caso previsto por el test o doctrina operativa sea diferente del que resultaría de la especificación del principio constitucional apropiado (Schauer, 1991, cap. 2). Sin embargo, ése es el precio que, prácticamente de manera inevitable, se paga cuando se desea “jugar con reglas”, en lugar de con principios.

4.5. ¿Cuál es la relevancia de la distinción entre condiciones de identificación y condiciones de aplicación?

En este punto, alguien podría argumentar que la distinción que estamos proponiendo entre condiciones de identificación y condiciones de aplicación es, en la práctica, irrelevante. En un sistema monista descentralizado, como el que estamos estudiando aquí, da lo mismo, diría el hipotético objetor, que un juez no identifique a una norma como perteneciente al sistema jurídico o que, haciéndolo, la considere inaplicable al caso. En ambos supuestos, la consecuencia práctica es una y la misma: el juez no aplicará esa norma para resolver el caso.

La objeción tiene un grano de verdad en la medida en que es cierto, tanto si no se identifica a una norma como jurídica como si se da el caso de que ella fuera jurídica pero inconstitucional, que el resultado de ello es que no será incluida como premisa en un razonamiento práctico ulterior. Sin embargo, las diferencias entre ambas nociones son relevantes desde varios puntos de vista. En primer lugar, desde un plano conceptual o teórico, la identificación del derecho es, como vimos, un paso necesario para la aplicación del derecho en general. Por lo tanto, incluso los

jueces de la jurisdicción ordinaria deben tener en cuenta a las condiciones de identificación del derecho para poder cumplir con su tarea. Las condiciones de aplicación, en cambio, parecen ser propias de la jurisdicción constitucional en los sistemas descentralizados o “difusos”. Ello se debe a que, en segundo lugar, la propia noción de *controlar la constitucionalidad de una ley* presupone que hay, en primer lugar, una ley identificada como tal que es susceptible de control. Las condiciones de identificación permiten, precisamente, establecer cuándo el legislador actuó como tal. Las condiciones de aplicación conformarán, a su vez, un criterio para evaluar, y controlar, aquello que el legislador *hizo*. Si una ley no satisface las condiciones de identificación, entonces, sencillamente, no podremos decir que el legislador actuó de determinada manera pues, en verdad, no podremos atribuirle ninguna acción al legislador. La idea de un control de constitucionalidad sobre las leyes, en los sistemas descentralizados o “difusos”, pierde parte de su sentido si pensáramos que el problema es uno de puramente identificar normas.

En tercer lugar, una norma que no satisface las condiciones de aplicación, pero sí las de identificación, sigue siendo, como cuestión de principio, una norma que pertenece al sistema jurídico. Por lo tanto, si se reformara la constitución, modificándose la cláusula en la que se fundó el juicio sobre la inaplicabilidad, la norma en cuestión pasaría a ser aplicable en lo sucesivo. Ello da cuenta de un argumento habitual en los debates sobre el control de constitucionalidad: que una interpretación judicial sobre la constitución puede ser superada a través de una reforma constitucional. En cambio, no ocurre lo mismo cuando se considera que una norma no satisface las condiciones de identificación. En un caso así, la norma no forma parte del sistema jurídico y, por ello, una eventual reforma de la constitución no cambiaría ese juicio. Sería necesario, luego de reformar la constitución, promulgar una nueva norma con el mismo contenido que la que tenía la norma original.²⁹

Por último, en cuarto lugar, la distinción entre condiciones de identificación y condiciones de aplicabilidad permite dar cuenta del fenómeno consistente en que, cuando se trata de identificar a una norma como jurídica, el juicio en cuestión es a todo o nada: la norma pertenece o no pertenece a un sistema jurídico. En cambio, el juicio sobre las condiciones de aplicabilidad es en relación a un caso: si el caso fuera otro o si el contexto en el cual el caso se desarrolla fuera diferente, entonces la norma, juzgada inaplicable en relación a un caso, pero perteneciente al sistema jurídico, quizás pueda ser considerada aplicable a esos otros casos y contextos.

Existe un aspecto, sin embargo, en el que la distinción no produce resultados apreciables. Se trata de la discutida cuestión del error que puede cometer una autoridad final de aplicación del derecho al decidir si una norma satisface, o no, las condiciones de identificación y las de aplicabilidad. En ambos supuestos, la decisión será incorrecta, desde el punto de vista del derecho, aunque los efectos que ella pueda tener, tanto con respecto al caso objeto de decisión, como a casos futuros, dependerán, en definitiva, de lo que regulen las normas del sistema. Después de todo, finalidad no equivale ni implica infalibilidad.

5. Decisiones interpretativas y dogmática constitucional

En el apartado anterior, habíamos visto que, al elaborar tests y doctrinas

²⁹ Algunos textos constitucionales, así como ciertas prácticas interpretativas de algunos tribunales, estipulan que alguno o algunos artículos de una constitución, o su adhesión a ciertos valores fundamentales, no pueden ser objeto de una reforma constitucional (Ferrerres Comella, 2009, pp. 106-107). Si tuviéramos que clasificar a ese tipo de restricciones, diríamos que ellas forman parte de las condiciones de identificación del derecho, y no de las condiciones de aplicabilidad, pues configuran límites materiales al ejercicio de la competencia de reformar el texto de la constitución.

operativas para la implementación de la constitución, se podía generar que la solución de los casos individuales, de acuerdo con tales tests y doctrinas, no coincidiera con la solución que se seguiría a partir de la especificación de los principios constitucionales apropiados al caso. Esto apunta a la existencia de un salto entre la constitución y la forma en que ella es aplicada judicialmente. En el caso de los tests y las doctrinas operativas ese salto se explica, en parte, por el hecho de que los tribunales consideran, entre otras cosas, su propio rol institucional a la hora de diseñar aquellos tests y doctrinas.

En un sentido más general, podemos pensar que esas consideraciones institucionales sobre el rol de los tribunales resultan relevantes no sólo a la hora de establecer la estructura y alcance de los tests y doctrinas operativas para la implementación de la constitución, sino también para encarar la tarea interpretativa de la constitución en general. A partir de esta intuición, algunos autores, como Sager (1978), desarrollaron la teoría de que ese tipo de consideraciones guía la decisión judicial de *subaplicar* (o, incluso, de no aplicar) ciertas disposiciones de la constitución, con el argumento de que otros departamentos de gobierno están en mejores condiciones de hacerlo.

Estas ideas nos permitirán elaborar una tipología de las decisiones interpretativas que los jueces debe adoptar a la hora de aplicar la constitución, sea como condición de identificación, sea como condición de aplicabilidad: (i) la primera decisión consiste en establecer si una cláusula de la constitución puede ser, o no, invocada para resolver un planteo efectuado ante el tribunal; (ii) luego, se debe establecer si dicha cláusula puede ser, o no, objeto de interpretación judicial (v.gr., si existen “cuestiones políticas no justiciables”); (iii) una vez que se determinó que una cláusula puede ser objeto de interpretación judicial, se debe establecer si la facultad judicial de interpretación es exclusiva (o, en cambio, compartida con otros departamentos de gobierno) y si no fuera exclusiva, si el juez debe mostrarse deferente frente a la interpretación efectuada por otro departamento o si, en cambio, puede reemplazar la interpretación de aquél por la suya propia³⁰; (iv) la cuarta decisión interpretativa radica en determinar el tipo de norma que resultará de la interpretación (¿una regla o un principio?) o bien el procedimiento apropiado para aplicarla para resolver casos (especificación, ponderación, implementación); (v) la quinta decisión interpretativa consiste en establecer si la norma constitucional que surge de la interpretación será considerada como una condición de identificación o como una condición de aplicación.

En este punto, podemos preguntarnos cuál es el rol de la dogmática constitucional. Creemos que, en cada orden jurídico concreto, la buena dogmática deberá reconstruir adecuadamente cuál es la respuesta que los tribunales le dieron a cada una de las decisiones interpretativas que describimos en el párrafo anterior. Luego, en una segunda etapa, será posible analizar si esas respuestas pueden ser sistematizadas o si, en cambio, las respuestas judiciales configuran un desordenado e incoherente conjunto de ideas. En cualquier caso, una vez efectuada la reconstrucción, la dogmática estará en condiciones de evaluar y criticar la ideología que subyace a las decisiones judiciales. Pero lo que no puede ocurrir es confundir las respuestas a las preguntas interpretativas que dan los tribunales con las propias preferencias interpretativas del jurista. Ello, además de mala dogmática, parece constituir un genuino caso de mala fe intelectual.

Bibliografía

ACKERMAN, B., 1991. *We the People: Foundations*. Cambridge, Massachusetts:

³⁰ Por ejemplo: un tribunal supremo puede considerar que las cláusulas de la constitución que regulan su propia competencia sólo deben ser interpretadas por el propio tribunal.

Harvard University Press.

ALCHOURRÓN, C. E. y BULYGIN, E., 1975. *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*. Buenos Aires: Astrea.

ALCHOURRÓN, C. E. y BULYGIN, E., 1976. Sobre el Concepto de Orden Jurídico. *Crítica: Revista Hispanoamericana de Filosofía*, vol. 1976, pp. 3-23.

ALEXY, R., 2002. *A Theory of Constitutional Rights*. Traducido del alemán por J. RIVERS. Oxford: Oxford University Press.

ANSCOMBE, G. E. M., 1963. *Intention*. 2a ed., Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.

AUSTIN, J. L., 1962. *How to Do Things with Words*. Editado por J. O. Urmson. Oxford: Clarendon Press.

Besson, S., 2005. *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*. Portland: Hart.

BULYGIN, E., 1982. Time and Validity. En: A. A. Martino, ed., 1982. *Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems*. Amsterdam: North Holland.

CARACCILO, R. A., 1988. *Sistema Jurídico. Problemas Actuales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

DORF, M. C. y ADLER, M. D., 2003. Constitutional Existence Conditions and Judicial Review, *Viginia Law Review*, 89(6), pp. 1105-1202.

ELSTER, J., 2002. *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*. Traducido del inglés por J. MUNDÓ. Barcelona: Gedisa.

FALLON, Jr., R. H., 2000. As-Applied and Facial Challenges and Third Party Standing, *Harvard Law Review*, 113 (6), pp. 1321-1370.

FALLON, Jr., R. H., 2001. *Implementing the Constitution*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, edición Kindle.

FERRERES COMELLA, V., 2009. *Constitutional Courts & Democratic Values. A European Perspective*. New Haven: Yale University Press.

GARDBAUM, S. (2013) *The New Commonwealth Model of Constitutionalism. Theory and Practice*. Nueva York: Cambridge University Press, edición Kindle.

GARZÓN VALDÉS, E., 1989. Representación y Democracia, *Doxa*, 6, pp. 143-164.

GUASTINI, R. 1999. Jerarquías Normativas y Normas Supremas. En: *Distinguiendo. Estudios de Teoría y Metateoría del Derecho*. Traducido del italiano por J. FERRER BELTRÁN. Barcelona: Gedisa.

GUASTINI, R., 2014. El Poder Jurisdiccional en el Estado de Derecho. En: *Otras Distinciones*. Traducido del italiano por A. CALZETTA. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

HOLMES, S., 1995. *Passions & Constraint. On the Theory of Liberal Democracy*.



Chicago: University of Chicago Press.

MARMOR, A. 2001. Exclusive Legal Positivism. En: *Positive Law and Objective Values*. Oxford: Clarendon Press.

MARMOR, A., 2007. Are Constitutions Legitimate?. En: *Law in the Age of Pluralism*. Nueva York: Oxford University Press.

NAVARRO, P. E. y MORESO, J. J., 1997. Applicability and Effectiveness of Legal Norms, *Law and Philosophy*, 16(2), pp. 201-219.

NAVARRO, P. E. y RODRÍGUEZ, J. L., 2014. *Deontic Logic and Legal Systems*. Nueva York: Cambridge University Press.

PINO, G. 2008. *Diritti Fondamentali e Ragionamento Giuridico*. Turín: Giappichelli.

RAZ, J., 1980. *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of a Legal System*. 2a ed., Nueva York: Oxford University Press.

RAZ, J., 1995. Authority, Law and Morality. En: *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*. Edición revisada, Nueva York: Oxford University Press.

RAZ, J., 1998. On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries. En: L. Alexander ed., 1998. *Constitutionalism. Philosophical Foundations*. Nueva York: Cambridge University Press.

RICHARDSON, H. S., 1990. Specifying Norms as a Way to Resolve Concrete Ethical Problems, *Philosophy & Public Affairs*, 19(4), pp. 279-310.

SAGER, L. G., 1978. Fair Measure: The Legal Status of Underenforced Constitutional Norms, *Harvard Law Review*, 91(6), pp. 1212-1264.

SCHAUER, F., 1991. *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Clarendon Press.

SCHMITT, C., 1994. *Legalidad y Legitimidad*. Traducido del alemán por J. DÍAZ GARCÍA. Buenos Aires: Struhart.

SEARLE, J. R., 1979. A Taxonomy of Illocutionary Acts. En: *Expression and Meaning. Studies in the Theory of Speech Acts*. Nueva York: Cambridge University Press.

SULLIVAN, K. M., 1992a. Post-Liberal Judging: The Roles of Categorization and Balancing, *University of Colorado Law Review*, 63, pp. 293-317.

SULLIVAN, K. M., 1992b. Foreword: The Justices of Rules and Standards, *Harvard Law Review*, 106, pp. 22-123.

TRIBE, L. H. y DORF, M. C., 1991. *On Reading the Constitution*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.

TUSHNET, M., 2008. *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton University Press.

WALDRON, J., 1998. Precommitment and Disagreement. En: L. Alexander, ed., 1998. *Constitutionalism. Philosophical Foundations*. Nueva York: Cambridge University Press.

WALDRON, J., 2006. The Core of the Case Against Judicial Review, *Yale Law Journal*, 115, pp. 1346-1406.