

LA EXCEPCIÓN EN EL DERECHO. DISCUSIÓN DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN EN LA TEORÍA JURÍDICO POLÍTICA¹

Marcela Chahuán Zedán²

Resumen: El presente comentario se propone un análisis sobre el estado de excepción o la legislación excepcional, incorporando a los estudios efectuados desde la teoría política ciertas distinciones conceptuales de la teoría del Derecho que podrían contribuir a esclarecer en debate. Ello teniendo en cuenta que hoy nos encontramos frente a un estado de excepción “normalizado”, pues lo excepcional se encuentra inscrito en el orden jurídico. Es la relación entre norma y decisión y/o entre norma y poder lo que muestran este tipo de legislaciones, y lo que en la teoría del Derecho podría analizarse a través de figuras como la cláusula alternativa tácita de Kelsen, o la relación entre validez y eficacia de las normas.

Palabras clave: estado de excepción, legislación excepcional, norma y decisión, norma y poder, cláusula alternativa tácita, validez y eficacia de una norma

The exception in the law. A discussion of the state of exception in juridical and political theory

Abstract: The current paper aims at an analysis of this state of exception or exceptional legislation, incorporating to studies coming from political theory, certain distinctions from the law that might contribute to a clarification of the debate. This in view that to-day we confront a “normalized” state of exception, since exceptions are incorporated into juridical ordering. This type of legislations shows the relation between norm and decision and/or between norm and power, and in the juridical theory could be analyzed through figures like the tacit alternative clause of Kelsen or the relation between validity and efficacy of norms.

Key words: state of exception, exceptional legislation, norm and decision, norm and power, tacit alternative clause, validity and efficacy of a norm

A exceção no Direito. Discussão do estado de exceção na teoria jurídico- política

Resumo: O presente comentário propõe uma análise sobre o estado de exceção ou a legislação excepcional, incorporando aos estudos efetuados a partir da teoria política certas distinções conceituais da teoria do Direito que poderiam contribuir para esclarecer o debate. Isso tendo em conta que hoje nos encontramos frente a um estado de exceção “normalizado”, pois o excepcional se encontra inscrito na ordem jurídica. É a relação entre norma e decisão e/ou entre norma e poder o que mostram este tipo de legislação, e o que na teoria do Direito poderia analisar-se através de figuras como a cláusula alternativa tácita de Kelsen, ou a relação entre validade e eficácia das normas.

Palavras-chave: estado de exceção, legislação excepcional, norma e decisão, norma e poder, cláusula alternativa tácita, validade e eficácia de uma norma

¹ El presente artículo recoge la presentación en el seminario “Ética y poder en la Relaciones Internacionales”, organizado por el Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile y el Centro Interdisciplinario de Estudios en Bioética de la misma Universidad, realizado el 3 de diciembre de 2012.

² Becaria doctoral de Filosofía del Derecho, Universitat de Girona, España

Correspondencia: mchahuan@gmail.com

Introducción

Desde hace algunos años, por “estado de excepción” ya no solo se identifica a los estados de emergencia constitucionales que rigen en periodos de guerra interna o externa, sino también a las legislaciones que restringen de manera considerable los derechos de los ciudadanos que el modelo de Estado democrático liberal prometía resguardar. En efecto, como “excepcional” se identifica a las leyes que regulan los delitos terroristas³, el narcotráfico, pero también al conjunto de legislación que surge especialmente en momentos de crisis económica y política, que se expresa principalmente especialmente a través de decretos, rompiendo con ello una de las reglas básicas del modelo de Estado de Derecho, esto es, que los derechos ciudadanos solo pueden afectarse mediante una ley. Así, por ejemplo, se señala como excepcional a la legislación decretada en algunos países afectados por la actual crisis del modelo económico, relativa a recortes en materia de salud, educación, el salario de los trabajadores de las entidades públicas, entre otras restricciones de los derechos sociales.

Tales medidas han estado en el centro del debate público y han sido también objeto de análisis filosófico político. Sin embargo desde la filosofía del Derecho se ha omitido un pronunciamiento al respecto. Podría decirse que dicho silencio se debe a que se trata de un asunto propiamente político, esto es, respecto de la valoración del contenido de ciertas normas. En todo caso, creo que la filosofía del Derecho puede aportar ciertas distinciones conceptuales útiles en el debate, especialmente cuando en éste se utilizan conceptos jurídicos que, no obstante la pertinencia de la crítica política, son utilizados muchas veces en sentidos diversos.

Estado de excepción en la teoría política: Schmitt y sus lectores

³ En el caso chileno, resulta ilustrativa la ley antiterrorista N° 18.314, cuyas modificaciones de los últimos 10 años han estado dirigidas a endurecer las penas, incorporar nuevas hipótesis (por ejemplo, desde 2003 se tipifica también la financiación del terrorismo), así como a permitir figuras como la del “agente encubierto”. Tanto las modificaciones como la aplicación de esta ley han sido bastantes controvertidas.

Los estudios sobre el estado de excepción frecuentemente comienzan con una referencia a los análisis de Carl Schmitt, lo cual no resulta extraño, teniendo en cuenta que dedicó gran parte de su obra al análisis del caso excepcional. En términos generales, para el jurista alemán el estado de excepción consiste en la suspensión total del orden jurídico a fin de resguardar la propia vigencia de éste(1). Distingue el caso excepcional del caso de los poderes de emergencia, previstos en el marco de las constituciones, señalando que el primero excede los márgenes constitucionales, puesto que consiste precisamente en la suspensión de la Constitución. Así, señala que el estado de excepción no puede regularse, porque las situaciones excepcionales no pueden ser previstas. Ellas escapan a las determinaciones generales y, en tal sentido “no hay una sola norma que pueda aplicarse al caos”(1:42).

Las normas presuponen un contexto, una situación de normalidad necesaria para su aplicación que no se da en los casos excepcionales. En estos momentos críticos, de acuerdo con Schmitt, no hay norma general que pueda aplicarse, pero sí hay decisión, y esa decisión es la del soberano quien, frente a la situación concreta, decide suspender el orden jurídico. En efecto, Schmitt construye su teoría de la soberanía a partir del caso excepcional, señalando en su “Teología Política” que “es soberano quien decide sobre el estado de excepción”(1:23), apareciendo así la soberanía como la decisión sobre la excepción.

Schmitt desarrolla el concepto de excepción a través de la figura de la dictadura(2), la cual sería necesariamente un estado de excepción, en tanto consiste en la supresión de las barreras jurídicas en razón de la realidad concreta que se intenta superar. La dictadura sería así un medio para conseguir un determinado fin, en el cual se suspenden las normas jurídicas. Distingue dos tipos de dictaduras: la comisarial y la soberana. En la primera se suspende temporalmente la Constitución con el fin de protegerla; en esta dictadura actúan los poderes constituidos, esto es, aquellos que encuentran su fundamento de validez en la Constitución. La dictadura soberana, en cambio, no está dirigida a proteger la Constitución exis-

tente, sino a instaurar una nueva, la cual se deriva solamente del ejercicio del poder constituyente, sin que éste se encuentre limitado por la Constitución existente.

Lo común entre ambas dictaduras está en que en ambas se suspende la legalidad en razón de la realidad concreta, pero la finalidad y el poder que actúa en cada caso son distintos: si en la dictadura comisarial el fin es proteger la Constitución existente, en la soberana es instituir una nueva, razón por la cual en esta última no tiene sentido que el poder en que funda la nueva Constitución se encuentre validado por la que intenta suprimir. Aunque las nociones de poder constituido y poder constituyente parecen distinguibles (el primero actúa con un título jurídico y el segundo carece de éste), en este punto resulta interesante resaltar una tesis que el propio Schmitt ya enunciaba: en ciertas instituciones que operan dentro del orden establecido (y que, por lo tanto, bajo la perspectiva tradicional, debieran considerarse como poder constituido) se observan características propias del poder constituyente. Así, por ejemplo, se sostiene que los tribunales constitucionales, al decidir sobre la constitucionalidad de una ley, lo que en realidad hacen es dar contenido o modificar los preceptos constitucionales, de manera que actúan como “micropoderes constituyentes” (3,4)⁴.

La dictadura soberana es, para Schmitt, el punto más crítico del estado de excepción, pues en ella la Constitución no es simplemente suspendida sino suprimida. El poder que instaura la nueva Constitución se aparta del orden jurídico para fundar otro, actuando para ello por fuera de la Consti-

tución que suprime. En la dictadura comisarial los poderes constituidos suspenden la Constitución para protegerla, pero el ejercicio de su poder encuentra su validez en la misma Constitución. La confusión se da cuando los poderes constituidos exceden el margen de su actuación y actúan como constituyentes, puesto que fijan el contenido de la Constitución.

Tal como se señaló, Schmitt concibe al estado de excepción al margen de la legalidad, sin que por ello deje de ser una cuestión jurídica. Lo jurídico incluye al caso excepcional, debido a que en él se decide sobre el contexto de normalidad que suponen todas las normas; y esa normalidad solo puede ser tal frente a la excepcionalidad. Asimismo, la excepcionalidad muestra un elemento jurídico que para Schmitt es esencial: la decisión, pues en el caso excepcional no se aplican normas, pero hay decisión.

La decisión es para Schmitt la categoría central del pensamiento jurídico. Postula que el orden jurídico se sostiene sobre la base de una decisión y no en una norma. Schmitt critica al formalismo jurídico por no prestar atención al caso excepcional y centrarse exclusivamente en el análisis de normas. Dirige especialmente su crítica a Hans Kelsen, con quien mantuvo un contundente debate respecto de temas centrales para la teoría del Derecho(6)⁵.

En relación con el tema aquí tratado, uno de los aspectos más relevantes de esta discusión se relaciona con la manera de concebir al Estado. En su “Teoría Pura del Derecho” Kelsen concibe al Estado como un concepto puramente jurídico, pues el Estado no sería otra cosa que “el orden jurídico mismo”(7). El Estado es concebido como un sistema de atribuciones, con referencia a punto

⁴ Para sostener lo anterior, es necesario concebir al constituyente como aquel que establece las normas de la Constitución, independientemente si dicho poder actúa con título jurídico o no. De acuerdo con una concepción sustancialista del poder constituyente y también de la Constitución, como la de Schmitt, el poder constituyente, cualquiera sea su modo de operar, expresa la “decisión política fundamental”, eligiendo los principios políticos supremos que dan forma al Estado. Por su parte, la Constitución es la expresión de esa voluntad política del poder constituyente, de manera que constituye una unidad o totalidad de principios y valores(5). En cambio, tal como distingue Guastini, desde una concepción formalista de tales conceptos, el rasgo distintivo del poder constituyente está en su forma de ejercer el poder y no en el contenido de esa voluntad. Según la concepción formalista, el poder constituyente se caracteriza por ser aquel que ejerce su poder *extra ordinem*, esto es, de acuerdo a formas ilegales o al menos no-legales, de lo contrario, si actuara legalmente, sería poder constituido.

⁵ Uno de los puntos más conocidos del debate es sobre quién debe recaer el control de constitucionalidad de las leyes. Schmitt defiende la idea del jefe de Estado como defensor de la Constitución, como la institución política que representa los valores del pueblo y otorga base a los poderes que detenta (decretar el estado de excepción, por ejemplo). Kelsen argumenta en favor del poder judicial como defensor más apto de la Constitución, en tanto órgano imparcial encargado de resguardar la adecuación de las normas de inferior jerarquía a la norma fundamental, de acuerdo con la estructura jerárquica del orden jurídico. Estas distintas posturas pueden explicarse sobre la base de la distinta concepción que tienen también sobre la Constitución, el Estado y el orden jurídico.

final de atribución y a una norma fundamental. Las imputaciones no se hacen a personas reales ni ficticias, sino que se corresponden con centros de imputación que llegan al Estado como punto final de imputación. El Estado sería una lógica de normas, comenzando con la norma superior hasta llegar a las de menor rango, que se encuentran subordinadas a tal norma superior. Schmitt objeta a la teoría normativa de Kelsen, porque excluye de ella el elemento político, que para Schmitt constituye la esencia de la unidad del Estado. Precisamente, Schmitt define al Estado como una “unidad sustancialmente política”(8). El estado de excepción demostraría que el Estado no es siempre coincidente con el orden jurídico. En el estado de excepción el orden jurídico se suspende, pero no desaparece el Estado. Por eso, según Schmitt apunta en su “Concepto de lo político”, el estado de excepción es un momento de decisión política, esto es, la decisión sobre el enemigo del Estado.

Asimismo, objeta la presunción kelseniana de que en un sistema normativo completo el jurista puede escoger cualquier punto de atribución del sistema y ascender o descender en la estructura jerárquica, llegando siempre a la norma fundamental, situada en la cúspide del sistema. Para Schmitt, el sistema jurídico será siempre incompleto, pues siempre hay un espacio de indeterminación jurídica, cuya máxima expresión es la del estado de excepción, en la cual el soberano decide si concurre el contexto de aplicación de las normas jurídicas, decisión que no puede subsumirse en un regla que pueda anticiparla.

Una de las críticas de Schmitt al positivismo es la falta de atención sobre el caso excepcional. Se ha señalado que, de acuerdo con Schmitt, la excepción no puede regularse en una norma. Sin embargo, ello no deja de ser relevante para la teoría jurídica, puesto que es en el caso límite cuando se decide la normalidad que supone toda norma. Desde una visión kelseniana de la teoría del Derecho, podría contestarse que Kelsen no se ocupa de los momentos de anormalidad, ni del establecimiento del orden jurídico, sino de la descripción de la estructura del sistema que opera en momentos de una normalidad ya constituida.

Sin embargo, al comienzo se señaló que lo que hoy suele identificarse como estado de excepción se encuentra regulado en una norma. Al respecto, podría sostenerse que el caso excepcional sobre el que teorizaba Schmitt hoy se encuentra juridizado, pues ante una normalización fáctica de este tipo de situaciones ha seguido su correlativa normalización jurídica.

En un análisis político, se ha criticado este tipo de legislaciones por despojar a los sujetos a quienes se aplican de las libertades y garantías que un Estado democrático debiese proteger. Así, por ejemplo, Luigi Ferrajoli(9) sostiene que este tipo de legislaciones refleja que las actuales democracias lo son solo nominalmente. Para el autor, quien defiende una visión sustancialista y constitucionalista de la democracia, existe un nexo entre la democracia y la Constitución. Los derechos, de acuerdo con esta postura, forman parte de la dimensión constitucional de la democracia, argumentando que sin reglas hay mayores posibilidades de abuso del poder. En razón de lo anterior, y teniendo en cuenta el ataque a los derechos de los ciudadanos, es que afirma que las actuales democracias no son democracias reales. Sostiene que, en ausencia de límites sustanciales relativos al contenido de las decisiones legítimas, la democracia no puede sobrevivir.

Desde otra perspectiva de análisis político, se ha señalado que la recurrencia a las legislaciones de excepción constituye el paradigma de la política de nuestro tiempo. Quien ha trabajado más esta perspectiva es Giorgio Agamben. Retomando la tesis de Walter Benjamin(10)⁶, Agamben sostiene que el “estado de excepción se ha convertido en regla” y que tal figura constituye el paradigma de la política de nuestro tiempo(11). Postula que el Estado moderno incorpora al estado de excepción en el orden jurídico, pero que sigue siendo excepcional, en tanto lo que se regula es la suspensión de los derechos respecto de ciertos sujetos⁷.

⁶ La tesis que Benjamin plasmaba en la *8ª Tesis de la Filosofía de la Historia* es que “La historia nos enseña que el estado de excepción se ha convertido en regla”.

⁷ De acuerdo con este mismo autor, este tipo de legislación produce un cierto tipo de sujeto, despojado de derechos, al que denomina *Homo sacer*(12).

Legislación de excepción en la teoría del Derecho: notas para un análisis desde la teoría del Derecho de Kelsen y ciertas distinciones conceptuales discutidas a partir de ésta

Ahora bien, la teoría jurídica poco ha dicho sobre lo acá comentado. Ante ello, podemos preguntarnos si este tipo de legislaciones posee alguna característica especial que merezca un análisis jurídico específico, que lo distinga del análisis de cualquier norma. Desde una teoría del Derecho como la de Kelsen, el análisis podría circunscribirse a su adecuación a la estructura jerárquica del sistema jurídico, de acuerdo con la cual la validez de una norma depende de su adecuación a las normas superiores, en cuya cúspide encontramos a la norma fundamental. En un sistema de carácter dinámico⁸, como el sistema jurídico, tal concordancia con la norma fundamental debe ser formal, es decir, debe al menos ser emitida por el órgano competente, y, en caso de que se regule, de acuerdo con el procedimiento que se indica. No obstante lo anterior, nada impide que en una constitución estén regulados también elementos de un sistema estático, es decir, referidos al contenido, en cuyo caso, las normas constitucionales determinan también el contenido de las normas inferiores (7:245).

Sin perjuicio de lo expuesto, hay una figura en la teoría de Kelsen bajo la cual podríamos circunscribir el análisis de la legislación excepcional. Tal figura es la de la "cláusula alternativa tácita", que consiste en una habilitación supuesta, dirigida al legislador o a los jueces (dependiendo en manos de quién se encuentre el control de constitucionalidad), para dictar normas de un contenido distinto o según un procedimiento alternativo al regulado por las normas superiores. Así, de acuerdo con el propio Kelsen, cuando la Constitución fija restricciones al contenido de las normas in-

feriores, debe interpretarse que estas disposiciones constitucionales van acompañadas de una autorización tácita al legislador o a los jueces de apartarse de ellas o de atribuirles un contenido alternativo. De esta manera, el legislador tiene dos opciones: seguir el contenido dictado por la Constitución o seguir el que él mismo establezca. La diferencia es que las normas producidas por la segunda vía son ciertamente válidas, pero derogables mediante un procedimiento especial, en el cual pueden ser declaradas inconstitucionales. Esta misma alternativa, de acuerdo con Kelsen, opera también respecto de las normas de procedimiento (7:160).

Esta pequeña nota de Kelsen ha causado bastante polémica entre los teóricos del Derecho; si para algunos es contradictoria con su teoría pura del Derecho, para otros resulta compatible. Entre los primeros —y quizás la crítica más desarrollada al respecto—, Eugenio Bulygin señala que la cláusula alternativa tácita es incompatible con la estructura jerárquica material del Derecho (14), según la cual la validez de una norma depende de su adecuación al contenido de la norma fundamental, en caso que ésta la determine. Según el teórico argentino, el error de Kelsen se debe a la ambigüedad con que utiliza el concepto de "validez"; algunas veces como pertenencia al sistema jurídico y otras como fuerza obligatoria. Las normas inconstitucionales poseerían fuerza obligatoria en tanto no sean declaradas como tales por el órgano competente. Por lo tanto, no existen en sentido de pertenencia pero sí en sentido de fuerza obligatoria mientras no sean invalidadas. De acuerdo con Bulygin, aceptar una figura como la cláusula alternativa tácita tendría por consecuencia aceptar que los jueces poseerían discrecionalidad absoluta para crear cualquier norma individual, ya que las normas generales no determinarían los actos de aplicación, lo cual resultaría contrario a su programa positivista.

En contra de Bulygin (respecto de este punto) encontramos a Paolo Comanducci, para quien la cláusula alternativa tácita no tiene por qué resultar extraña a la teoría de Kelsen. Según plantea el profesor italiano, la cláusula alternativa tácita tiene una función análoga a la norma fundamental:

⁸ Según la teoría de Kelsen, en un sistema dinámico de normas, como el sistema jurídico, una norma es válida si ha sido producida de acuerdo con la forma determinada en una norma superior y, en última instancia, de acuerdo con la norma fundamental. En un sistema estático, en cambio, una norma es válida si su contenido puede ser deducido lógicamente del contenido de una norma superior y, en última instancia, de la norma fundamental. No obstante la distinción, ello no implica que en cada sistema podamos encontrar elementos del otro. Generalmente encontramos elementos de un sistema estático en un sistema dinámico y viceversa (7:201; 13:129).

es neokantianamente una condición de posibilidad de un orden jurídico privado de contradicciones verticales y, así, un instrumento que sirve para salvar la tautología de la coherencia⁽¹⁵⁾. De acuerdo con Comanducci, establecer que una norma de inferior jerarquía contradice materialmente la Constitución es producto de la interpretación, pues luego de la actividad interpretativa es cuando llega a concluirse que una determinada norma contradice otra de superior jerarquía, de manera que la cláusula alternativa tácita es un reflejo de lo que ocurre en la realidad. A lo que apunta la cláusula alternativa tácita es a lo que efectivamente acontece, por eso da cuenta de que hay normas contradictorias. Frente a las normas que contienen la cláusula alternativa tácita, Comanducci plantea que el único remedio es no negar su existencia, sino la crítica externa, como por ejemplo en el sentido de Ferrajoli, quien propone la disposición de mecanismos institucionales en orden de restablecer la legalidad. Pues las normas que contienen la cláusula alternativa tácita no pierden con ello su carácter normativo, sino que cumplen una doble función: confieren, desde un punto de vista dinámico, un poder al legislador o al juez, del que carecerían si las normas que la contienen no pertenecieran al sistema. De esta manera, concluye —a diferencia de Bulygin—, Kelsen respeta su programa positivista, pues la tarea del conocimiento jurídico no es prescribir o evaluar, sino describir.

A favor o en contra de la teoría pura, lo cierto es que la cláusula alternativa tácita puede ser una de las maneras de analizar la legislación excepcional desde la teoría del Derecho. Las contradicciones —o, al menos, las distinciones conceptuales que están en juego en esta discusión— dicen relación con los temas debatidos en torno a la legislación excepcional. En efecto, una de las principales cuestiones respecto de esta legislación es que se trata de normas que contradicen los preceptos constitucionales que regulan materias de fondo (por ejemplo, ciertos derechos constitucionales que gran parte de los Estados modernos regulan). Sin embargo, mientras no sean declaradas inválidas por los órganos que tienen la última palabra a este respecto (por ejemplo los tribunales constitucionales, en caso de que el control de constitucio-

nalidad de las leyes se encuentre a su cargo), son puestas en práctica por los órganos aplicadores del Derecho.

Teniendo en cuenta lo anterior, si bien es cierto que la teoría de la cláusula alternativa tácita puede resultar estructuralmente contraria a la jerarquía normativa de la teoría pura, en tanto descripción de la realidad resulta coherente. Aun cuando estas normas no encuadren con la estructura jerárquica de la teoría pura del Derecho, no puede negarse que existan y que en la realidad los tribunales las apliquen. En la realidad nos encontramos con normas contradictorias entre sí, sean de igual o distinta jerarquía, como el caso de las denominadas legislaciones excepcionales, cuestión que Kelsen asume o al menos deja entrever cuando hace referencia a la cláusula alternativa tácita. Por otra parte, en esta figura podemos encontrar un punto de acercamiento entre Schmitt y Kelsen, al menos en lo que respecta a la importancia de la situación concreta y de la decisión; pero, en este caso, de aquella decisión del juez o del legislador que se aparta de la estructura jerárquica.

Esta figura, como propone Comanducci, apunta hacia lo que sucede en la realidad con muchas normas. Es el caso de las denominadas “legislaciones excepcionales”, en las que lo excepcional se refiere más bien a esas contradicciones entre normas de distinta jerarquía, y en las que, a pesar de que normas de inferior jerarquía pueden resultar contradictorias con las de superior jerarquía, aquellas son igualmente efectivas, en tanto realmente se aplican. En este punto, adquiere importancia también otra cuestión debatida en torno a la teoría pura del Derecho: la distinción/relación entre validez y eficacia. De acuerdo con la teoría pura de Kelsen, validez y eficacia son conceptos distintos, pues la eficacia consiste en la conformidad de la conducta con la norma, ya sea mediante el cumplimiento de la obligación o por aplicación de la sanción en caso de la conducta ilícita. La validez de una norma, en cambio, depende de su conformidad con la norma superior jerárquica. Así, la validez depende de una cuestión normativa, esto es, de otra norma; la eficacia, en cambio, de una cuestión fáctica, de lo que ocurre en la realidad.

Si bien la validez y la eficacia son conceptos distintos, están estrechamente relacionados; en efecto, Kelsen sostiene que la validez del orden jurídico depende de su eficacia general. Pues, no obstante que la pérdida de eficacia de alguna o algunas normas no afecta la validez del orden jurídico, si éste deja de ser cumplido o aplicado en general, pierde también su validez (por ejemplo, en el caso de la revolución). No solo la validez general del orden jurídico depende de su eficacia, sino también la validez de una norma en particular, cuando ésta ha caído en desuso y por largos años no ha sido aplicada. En ese caso puede también perder su validez cuando el desuso está previsto⁹.

En ambas situaciones, tanto en la pérdida de validez del orden jurídico en general como de una norma en particular, es un elemento fáctico (la revolución o la costumbre) lo que finalmente determina el elemento normativo¹⁰. Ahora bien, la relación entre validez y eficacia ha sido analizada en un solo sentido. Aun cuando se contempla el caso de pérdida de eficacia general del orden jurídico y el de pérdida de eficacia de una norma en particular, no se ha analizado la posibilidad de una norma eficaz pero inválida. ¿Es esto posible? Y si es así, ¿cuáles serían los casos?

No puede negarse que, en los hechos, haya normas que, tal como se reconoce al exponer sobre la cláusula alternativa tácita, contradicen las normas superiores. Así como la legislación de excepción, respecto de la cual se suele señalar que es contradictoria con la Constitución de un estado democrático, protector de los derechos de los ciudadanos, nos encontramos con normas que pueden entrar en conflicto con las normas superiores jerárquicas, ya sea respecto del órgano de que debe emanar, el procedimiento que debe seguirse (como en el caso de decretos emanados del ejecutivo, que se dictan respecto de materias que deben ser reguladas por leyes emanadas del parlamento, en que tanto el órgano como el procedimiento pueden ser contrarios a las normas superiores

⁹ Respecto de la relación entre validez y eficacia en los casos de revolución y costumbre, véase Guibourg(16), quien formula una observación crítica a la teoría kelseniana.

¹⁰ En relación a cómo la dinámica entre validez y eficacia demuestra que son finalmente elementos fácticos (eficacia) los que determinan los elementos normativos (validez), véase Losano(17:135-151;18:81-106).

cuando éstas indican los asuntos que deben ser materias de ley), o el contenido de las mismas, en caso de que se haga referencia a éste (como en el caso de decretos o leyes que contradicen derechos regulados en las constituciones, teniendo en cuenta que la mayoría de las constituciones modernas contienen normas que determinan algunos contenidos de las normas inferiores), e incluso contradictorias en los tres sentidos.

Así, desde la teoría del Derecho, una de las formas de analizar esta realidad puede ser a través de la cláusula alternativa tácita o desde la distinción/relación entre validez y eficacia. En esta línea y desde el punto de vista de los efectos jurídicos en la práctica, que una norma sea válida o inválida, contraria a la Constitución o concordante con ésta es el resultado de un proceso interpretativo de quien tiene la última palabra al respecto, y, por tanto, de quien decide el contenido de las normas constitucionales. Por ello la importancia de la decisión judicial, especialmente en los casos en que dictamina sobre la constitucionalidad de las mismas.

Conclusión: para un debate jurídico político común

Desde el punto de vista teórico, esta realidad puede explicarse ya desde la teoría política, analizando los orígenes y consecuencias políticas de este tipo de legislaciones, ya a través de la teoría del Derecho, analizando los conceptos jurídicos que se encuentran en juego. Aun cuando la teoría política y la jurídica sean disciplinas distintas, muchas veces dirigen sus análisis hacia los mismos conceptos, tales como el de Derecho, norma, normas inválidas, normas inconstitucionales, entre otros.

Sin embargo, dichos conceptos muchas veces se utilizan en sentidos distintos o de manera confusa e incluso contradictoria, lo cual nos hace detectar defectos de compatibilidad en su uso. Justamente por ello es que al análisis político de tales legislaciones pueden incorporarse las distinciones conceptuales de la teoría del Derecho, que contribuyen a clarificar su significado político jurídico y ayudan a un debate que puede tener efectos en la

práctica. Por otra parte, la teoría del Derecho muchas veces se mantiene al margen de la realidad político-jurídica, realizando un análisis que no se detiene en la realidad concreta. De todas formas, los problemas actuales que se detectan desde la teoría política, pueden analizarse desde el punto de vista de su significado jurídico, de manera de contribuir, al menos, a entender la realidad jurídico-política que nos afecta.

Si desde la filosofía política el estado de excepción se analiza en torno a la relación entre el Derecho o legalidad y el poder, en la teoría del Derecho dicha relación puede analizarse clarificando los conceptos involucrados, tales como los de “validez”, “aplicabilidad” y “eficacia”, así como la rela-

ción entre ellos. Incluso puede sostenerse que tras la relación entre validez y eficacia encontramos también la relación entre legalidad y poder; aquel poder del juez de aplicar una norma, y con ello de decidir sobre su contenido y sobre la validez o invalidez de la misma.

Puede sostenerse que, para una crítica al tipo de legislaciones que afecta los derechos de los ciudadanos, se requiere saber ante qué exactamente nos encontramos. Precisamente porque son normas que en los hechos se aplican es que enfrentarnos a esa realidad requiere de una crítica contundente, pues si no fueran normas jurídicas, al menos no estaríamos seguros de que cuentan con el respaldo de quienes tienen el poder de crearlas y aplicarlas.

Referencias

1. Schmitt C. *Politische Theologie*. München-Leipzig: Dunker& Humbolt; 1922.
2. Schmitt C. *Die Diktature*. München-Leipzig: Dunker& Humbolt; 1921.
3. Guastini R. *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*. Barcelona: Gedisa; 1999.
4. Guastini R. *Estudios de Teoría Constitucional*. México D.F.: Fontanamara; 2001.
5. Schmitt C. *Verfassungslehre*. München-Leipzig: Dunker& Humbolt; 1928.
6. Lombardi G. *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional. El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Marcial Pons; 2009.
7. Kelsen H. *Teoría pura del Derecho*. México D.F.: Porrúa-UNAM; 1991.
8. Schmitt C. *Der Begriff des Politischen*. München-Leipzig: Dunker& Humbolt; 1932.
9. Ferrajoli L. *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Madrid: Trotta; 2011.
10. Benjamin W. Über den Begriff der Geschichte. En *Gesammelte Schriften*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp; 1942.
11. Agamben G. *Stato di Eccezione. Homo sacer, 2.1*. Torino: Bollati Boringhieri Editore; 2003.
12. Agamben G. *Homo Sacer: Il potere sovrano e la vita nuda*. Torino: Giulio Einaudi Editore; 1995.
13. Kelsen H. *Teoría general del Derecho y del Estado*. México D.F.: Imprenta Universitaria; 1949.
14. Bulygin E. Cognition and interpretation of law. En: Gianformaggio L, Paulson S. (eds.) *Cognition and interpretation of law*, Turin; 1995.

15. Comanducci, P. Taking Kelsen seriously. En: Garzón Valdés E, et al. (eds). *Normative Systems in Legal and Moral Theory*. Festschrift for Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin. Berlín: Duncker&Humblot; 1997.
16. Guibourg R. *Derecho, Sistema y Realidad*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma; 1986.
17. Losano M. *Teoría Pura del Derecho. Evolución y puntos cruciales*. Santa Fe de Bogotá, Colombia: Editorial Temis; 1992.
18. Losano M. *Sistema e struttura nel diritto*. Milano: Giuffrè Editore; 2002.

Recibido: 15 de marzo de 2013

Aceptado: 18 de abril de 2013