

LA NULIDAD JURÍDICA Y LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL EN EL SISTEMA LEGISLADO

Ana Lucía HERRERA GÓMEZ*

Diego MARTÍNEZ MARULANDA*

Jorge RESTREPO MORALES*

1. ¿QUÉ SIGNIFICA LA EXPRESIÓN NULIDAD?

1.1. LENGUAJE ABIERTO

Según el diccionario etimológico de Fernando Corripio: “Nulo proviene del latín *Nullus*: Ninguno. Siglo XVI, sin mérito ni valor”¹.

- Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua, Nulidad significa:

Calidad de nulo. Vicio que disminuye o anula la estimación de una cosa. Incapacidad, ineptitud, persona incapaz, inepta.

Nulo, la. (Del latín *Nullus*) Adj. Falto de valor y fuerza para obligar o tener efecto, por ser contrario a las leyes, o por carecer de las solemnidades que se requieren en la substancia o en el modo. Incapaz, física o moralmente para una cosa. Ni uno sólo, ninguno².

* Profesores titulares de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia.

1 CORRIPIO, Fernando. Diccionario Etimológico General de la Lengua Castellana. Barcelona: Bruguera, 1.984. p.324.

2 Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Madrid: Espasa-Calpe S.A., 1978. p.927.

● Según el diccionario de autoridades:

Nulidad. ff. Defecto de valor, o vicio que disminuye la estimación de alguna cosa. Lat. Nullitos. Recop. Lib.4. Tit. 17.

Latamente se toma por cualquier falta o tacha, que disminuye el precio, o la eliminación de las cosas.

Nulo: falta de valor y fuerza para obligar o tener efectos, por carecer de las solemnidades requeridas en la sustancia o en el modo³.

● En el diccionario Enciclopédico Lexipedia se define:

Nulidad. F. Calidad de nulo. Vicio que disminuye o anula la estimación de una cosa. Incapacidad, ineptitud. Persona incapaz, inepta.

Nulificar (del Lat. Nullus, nulo y facere, hacer) Tr. Anular, abolir.

Nulo-la (Del Lat. Nullus) adj. Falto de valor y fuerza para tener efecto, por ser contrario a las leyes.

Incapaz para una cosa. Ninguno, ni uno solo⁴.

1.2. LENGUAJE ESPECIALIZADO

● Enciclopedia Jurídica Omeba:

NULIDAD. (V. Nulidad de matrimonio. Nulidad de los Actos Jurídicos. Nulidad de los contratos. Nulidad de los testamentos. Nulidad del Negocio Jurídico (doctrina Germano-Italiana). Nulidades procesales.)

Se habla de "Nulidad" para expresar el vicio y también para mencionar la sanción. Esta voz desarrolla la última de las acepciones y va a emplear indistintamente las voces "anulación" y "nulidad", salvo cuando deba referirse a la "anulabilidad" y a la "nulidad" como especies...

Puede definirse la anulación del acto jurídico como la legal privación, pronunciada por el órgano judicial, de los efectos que la ley estima queridos por las partes en virtud de causas que hacen a la formación del acto jurídico en contra de lo legalmente preceptuado.

3 Diccionario de autoridades. Madrid: Gredos, 1.990. Tomo III (D-Ñ). p.691.

4 Lexipedia. Diccionario Enciclopédico. Kentucky (EE.UU):Enciclopedia Británica Publishers, INC. Vol. III (Nueva-Zworykin), 1.995. p.2.

La sanción anulatoria conlleva la colocación de efectos legales en lugar de los que se han eliminado. Por eso es equivocado decir, como se lo hace de común, que la anulación deja sin efecto el acto⁵.

● Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas:

"Nulidad: Carencia de valor. Falta de eficacia. Incapacidad. Ineptitud. Persona inútil. Inexistencia.

Ilegalidad absoluta de un acto"⁶.

● Diccionario Jurídico de José Alberto Garrone:

Nulidad: Ineficacia de un acto jurídico, proveniente de la ausencia de una de las condiciones de fondo o de forma requeridas para su validez. Así también se expresa diciendo que es el vicio de que adolece un acto jurídico, de tal gravedad que implica su nulidad y aún su inexistencia.

La nulidad puede ser absoluta o relativa; expresa (expresamente impuesta por la ley) o virtual (por surgir de la interpretación de un texto)⁷.

● Diccionario jurídico Espasa:

"**Nulidad actos contra ley.** Sanción impuesta por la norma a las actuaciones particulares no conformes con aquella, por enfrentarla"⁸.

El anterior rastreo bibliográfico indica cómo la expresión adquiere desde los diccionarios o enciclopedias generales una marcada vocación hacia lo jurídico.

En las obras jurídicas se puede encontrar que la expresión está remitida a calificar específicamente la falta de validez, la inexistencia o la falta de eficacia de los actos jurídicos particulares de carácter privado.

También existe una oscilación en tanto se le entiende como un vicio jurídico o como una sanción jurídica.

Se percibe además, una perspectiva recortada, pues se acude invariablemente a la expresión ley como criterio referencial a partir del cual se puede originar o se

5 BOFFÍ BOGGERO, Luis María. Enciclopedia Jurídica Omeba. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica, 1.965. Tomo XX. p.445.

6 CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Buenos Aires: Editorial Heliasta S. R. L., 1.986. Tomo V. p.587.

7 GARRONE, José Alberto. Diccionario Jurídico. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1.993. Tomo II. p.591.

8 E.V.B. Diccionario Jurídico Espasa. Madrid: Editorial Espasa Calpe. S.A., 1.991. p.691.

origina el fenómeno llamado nulidad, omitiendo la opción de la nulidad de la ley frente a una norma superior como lo es la Constitución y de otros actos jurídicos conformantes del sistema normativo, como pueden ser los actos de carácter administrativo provenientes del órgano ejecutivo.

Estas observaciones permiten concluir que no existe una elaboración completa y consistente, que permita una adecuada comprensión de lo que significa la expresión nulidad referida al fenómeno de lo jurídico.

En consecuencia las significaciones expresadas incurren en análisis incompletos y ambiguos. Se hace necesario, por tanto, emprender una revisión cuidadosa del significado de la expresión "Nulidad jurídica"

2. ¿QUÉ TIPO DE EXPRESIÓN ES LA NULIDAD JURÍDICA?

Si nulidad etimológicamente significa ninguno, entonces ha de entenderse que la expresión ninguno es un predicable negativo que quiere decir nadie, refiriéndose a personas, o nada refiriéndose a cosas o estados de cosas u objetos.

Jurídicamente hablando, hay que entender que todas las expresiones jurídicas están en relación con la noción clave del Derecho cual es la de Acto Jurídico.

Del acto jurídico se puede afirmar o negar su existencia, como también su eficacia o su ineficacia, entendida ésta en el sentido de que el acto produzca o no, los efectos deseados por quien lo dice.

En consecuencia con lo anterior, habrá que afirmar que la expresión nulidad jurídica no es unívoca y por lo tanto, es ambivalente, puesto que bien puede referirse a la inexistencia de un acto jurídico o a la carencia de sus efectos -- ningún efecto--.

Pero ha de considerarse también que la expresión acto jurídico puede inducir a equívocos.

En el lenguaje jurídico suele usarse tal expresión, para referirse a un género, comprensivo de todas las normas jurídicas operantes en un orden normativo, o específicamente para referirse a aquellas normas particulares producto de la autonomía privada de los sujetos.

También tal denominación se utiliza en la teoría del Derecho, cuando se trata de la ejecución material del contenido prescriptivo de una norma. En este último sentido la utiliza Kelsen cuando se refiere a los actos puros, de pura aplicación o ejecución.

Dice Kelsen:

"El análisis de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra que la oposición entre la creación del derecho y su ejecución o aplicación no tiene el carácter absoluto ni la importancia que la ciencia jurídica tradicional le atribuye. La mayor parte de los actos jurídicos son, a la vez, actos de creación y de aplicación del derecho. Aplican una norma de un grado superior y crean una norma de un grado inferior."

"Sólo los actos de coacción que aplican las normas individuales son exclusivamente de aplicación del derecho. Inversamente, al suponer una norma fundamental no hay aplicación de una norma superior a ella. Pero entre estos dos casos límites, todos los actos jurídicos tienen a la vez por función crear y aplicar normas jurídicas. Así, el acto jurídico de derecho privado no es un simple acto de aplicación de la ley, según lo enseña la teoría tradicional, así como la ley no es un puro acto creador de derecho"⁹.

Efectuado el anterior recorrido, se puede advertir que la expresión nulidad es una palabra general.

Haciendo alusión a la presencia de palabras generales, en el lenguaje dice Genaro Carrió:

Una de las principales funciones de las palabras -aunque no la única- es hacer referencia a objetos, propiedades, fenómenos, estados de ánimo, actividades, etc.

Como nuestro equipo lingüístico no es lo suficientemente rico, no disponemos de una palabra para cada objeto individual, para cada hecho concreto, para cada propiedad de cada objeto individual o hecho concreto, etcétera.

El nuestro está armado en base a palabras generales que sirven para aludir a grupos o familias de objetos, hechos o propiedades y no en base a nombres propios de objetos, hechos o propiedades individuales.

Es aquí en el uso de palabras generales, que son palabras clasificatorias, donde se halla la raíz de ciertas incertidumbres que pueden, y suelen, frustrar una comunicación lingüística¹⁰.

⁹ KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. Buenos Aires: Eudeba. Primera versión. Edición francesa. Traducción de Moises Nilve, 1.967. p. 154.

¹⁰ CARRIÓ, Genaro R. Notas sobre Derecho y Lenguaje. Buenos Aires: Abeledo- Perrot, 1.986. p. 27.

origina el fenómeno llamado nulidad, omitiendo la opción de la nulidad de la ley frente a una norma superior como lo es la Constitución y de otros actos jurídicos conformantes del sistema normativo, como pueden ser los actos de carácter administrativo provenientes del órgano ejecutivo.

Estas observaciones permiten concluir que no existe una elaboración completa y consistente, que permita una adecuada comprensión de lo que significa la expresión nulidad referida al fenómeno de lo jurídico.

En consecuencia las significaciones expresadas incurren en análisis incompletos y ambiguos. Se hace necesario, por tanto, emprender una revisión cuidadosa del significado de la expresión "**Nulidad jurídica**".

2. ¿QUÉ TIPO DE EXPRESIÓN ES LA NULIDAD JURÍDICA?

Si nulidad etimológicamente significa ninguno, entonces ha de entenderse que la expresión ninguno es un predicable negativo que quiere decir nadie, refiriéndose a personas, o nada refiriéndose a cosas o estados de cosas u objetos.

Jurídicamente hablando, hay que entender que todas las expresiones jurídicas están en relación con la noción clave del Derecho cual es la de Acto Jurídico.

Del acto jurídico se puede afirmar o negar su existencia, como también su eficacia o su ineficacia, entendida ésta en el sentido de que el acto produzca o no, los efectos deseados por quien lo dice.

En consecuencia con lo anterior, habrá que afirmar que la expresión nulidad jurídica no es unívoca y por lo tanto, es ambivalente, puesto que bien puede referirse a la inexistencia de un acto jurídico o a la carencia de sus efectos -- ningún efecto--.

Pero ha de considerarse también que la expresión acto jurídico puede inducir a equívocos.

En el lenguaje jurídico suele usarse tal expresión, para referirse a un género, comprensivo de todas las normas jurídicas operantes en un orden normativo, o específicamente para referirse a aquellas normas particulares producto de la autonomía privada de los sujetos.

También tal denominación se utiliza en la teoría del Derecho, cuando se trata de la ejecución material del contenido prescriptivo de una norma. En este último sentido la utiliza Kelsen cuando se refiere a los actos puros, de pura aplicación o ejecución.

Dice Kelsen:

"El análisis de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra que la oposición entre la creación del derecho y su ejecución o aplicación no tiene el carácter absoluto ni la importancia que la ciencia jurídica tradicional le atribuye. La mayor parte de los actos jurídicos son, a la vez, actos de creación y de aplicación del derecho. Aplican una norma de un grado superior y crean una norma de un grado inferior."

"Sólo los actos de coacción que aplican las normas individuales son exclusivamente de aplicación del derecho. Inversamente, al suponer una norma fundamental no hay aplicación de una norma superior a ella. Pero entre estos dos casos límites, todos los actos jurídicos tienen a la vez por función crear y aplicar normas jurídicas. Así, el acto jurídico de derecho privado no es un simple acto de aplicación de la ley, según lo enseña la teoría tradicional, así como la ley no es un puro acto creador de derecho"⁹.

Efectuado el anterior recorrido, se puede advertir que la expresión nulidad es una palabra general.

Haciendo alusión a la presencia de palabras generales, en el lenguaje dice Genaro Carrió:

Una de las principales funciones de las palabras -aunque no la únicas- es hacer referencia a objetos, propiedades, fenómenos, estados de ánimo, actividades, etc.

Como nuestro equipo lingüístico no es lo suficientemente rico, no disponemos de una palabra para cada objeto individual, para cada hecho concreto, para cada propiedad de cada objeto individual o hecho concreto, etcétera.

El nuestro está armado en base a palabras generales que sirven para aludir a grupos o familias de objetos, hechos o propiedades y no en base a nombres propios de objetos, hechos o propiedades individuales.

Es aquí en el uso de palabras generales, que son palabras clasificatorias, donde se halla la raíz de ciertas incertidumbres que pueden, y suelen, frustrar una comunicación lingüística¹⁰.

⁹ KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. Buenos Aires: Eudeba. Primera versión. Edición francesa. Traducción de Moises Nilve, 1.967. p. 154.

¹⁰ CARRIÓ, Genaro R. Notas sobre Derecho y Lenguaje. Buenos Aires: Abeledo- Perrot, 1.986. p. 27.

Esta advertencia del profesor argentino muestra cómo la inadecuada utilización de palabras generales produce ambigüedad.

Una estrategia imprescindible para cortar esta dificultad en la comunicación, resulta ser la contextualización. Con respecto a la contextualización se puede leer en Austin:

Hablando con propiedad, lo único que tiene significado es una oración. Por supuesto, podemos hablar con toda propiedad de, por ejemplo, "consultar el significado de una palabra" en un diccionario. No obstante, parece que el sentido en que una palabra o una expresión "tienen un significado" es derivativo del sentido en que una oración "tiene un significado": decir que una palabra o una expresión "tienen un significado" es decir que hay oraciones en las que ocurren que "tienen significado"; y conocer el significado que la palabra o expresión tiene es conocer los significados de las oraciones en las que ocurre¹¹.

3. ¿QUÉ PUEDE ENTENDERSE CON LA EXPRESIÓN NULIDAD JURÍDICA?

Atendiendo las anteriores observaciones es pertinente entonces formular los siguientes interrogantes que muestran un haz de situaciones diferentes que son nombradas por la expresión:

- a. ¿Qué puede significar la nulidad de una norma jurídica general?
- b. ¿Qué puede significar la nulidad de una norma jurídica particular?
- c. ¿Qué puede significar la nulidad de un acto jurídico entendido como acto material de ejecución de una norma o disposición normativa?

Pero es necesario antes de proceder a la absolución de las preguntas hacer una serie de consideraciones que ofrezcan un marco de referencia conceptual iluminante y esclarecedor que sirva de clave en la dirección de las respuestas.

3.1. LA NULIDAD: NEGACIÓN DE LA VALIDEZ

Una primera consideración impone admitir que la nulidad es una expresión que constituye una parte de una proposición disyuntiva. Esto quiere decir que cuando se afirma de un acto jurídico su nulidad, se está simultáneamente, negando su validez y viceversa.

11 AUSTIN, John L. Ensayos Filosóficos. Madrid: Revista de Occidente, 1.975. p.72.

O sea:

Este acto jurídico X es nulo o es válido.

Si es válido entonces habrá de negarse que sea nulo, si es nulo, habrá de negársele la validez.

Pero el significado de la expresión validez jurídica, exige un esfuerzo de contextualización que supera el marco lingüístico, por cuanto es apreciable que la mencionada expresión es utilizada en contextos filosófico - culturales diferentes; por lo tanto es imprescindible esclarecer dos distintas direcciones significativas de validez dentro de lo que pueden denominarse sistemas jurídicos anglo-americanos (S.A.A) y sistemas jurídicos legislados (S.L).

3.2. LA VALIDEZ Y LA NULIDAD EN EL SISTEMA LEGISLADO

El criterio de la noción de validez jurídica imperante en los sistemas legislados se define desde la perspectiva del formalismo jurídico (esquema Kelseniano).

En tanto que en el sistema anglo-americano el criterio definitorio de la validez jurídica puede rastrearse de manera general en aquellas tendencias orientadas hacia el realismo jurídico, donde la eficacia es un factor determinante.

En consonancia con la distinción anotada, hay que concluir que la explicación de la nulidad resulta comprometida o afectada por la concepción y la aplicación de la validez en los dos sistemas reseñados.

En el ámbito del positivismo jurídico, hay que admitir que es Hans Kelsen el autor más representativo; su explicación nomodinámica del derecho, es usual y preferencialmente acatada por los juristas que actúan dentro de los parámetros de los sistemas legislados. Y es en esta perspectiva nomodinámica de la obra de Kelsen, donde pueden hallarse con mayor claridad, las principales coordenadas para el manejo de las nociones de validez y nulidad en tales sistemas.

Es sin embargo prudente señalar la afinación que con respecto al concepto de validez aporta Hart a la teoría kelseniana, en defensa de las críticas provenientes del realismo jurídico.

Conocidas y generalmente aceptadas son las críticas que Ross y otros ilustres representantes del realismo jurídico, formulan al concepto de validez propuesto por Kelsen.

Dice Liborio Hierro:

Que el concepto de "validez" en Kelsen adolece de una grave ambigüedad, es algo generalmente admitido hoy. Kelsen ha definido su

concepto de "validez" en varias ocasiones y contextos, pero quizás la fórmula más completa y (ambigua) aparece en la Teoría general del Derecho y el Estado, cuando dice: "Por validez entendemos la existencia específica de las normas. Decir que una norma es válida equivale a declarar su existencia o - lo que es lo mismo- a reconocer que tiene "fuerza obligatoria" frente a aquellos cuya conducta regula." Lo anterior significa, a primera vista, que por validez entiende Kelsen simultáneamente el carácter de que una norma existe, y el carácter de que es obligatoria¹².

Para los realistas, la noción normativa de validez en la que incurre Kelsen, cuando se refiere a su carácter obligatorio es una típica expresión idealista.

En este sentido, afirma Liborio Hierro:

En última instancia la existencia de los sistemas jurídicos, y de las normas en particular dependían de una propiedad que dotaba al sistema o a la norma de fuerza obligatoria. La peculiaridad del idealismo material -que, dice Ross- consistiría en reconocer abiertamente que aquella propiedad es de carácter ético, y por ello que su función es la de atribuir o negar a cierto sistema normativo un valor moral (y, consecuentemente, afirmar o negar que tal sistema sea moralmente obligatorio)¹³.

Hart replantea la noción de validez, descartando el carácter de obligatoriedad y suplantando la norma fundamental de Kelsen por un criterio instrumental mas preciso, al cual denomina *regla de reconocimiento*.

Dice el profesor Hierro:

En Hart la noción de "validez" queda explicada sin referencia alguna a su sentido ético ni metafísico, sino meramente como categoría con la que se identifica la pertenencia de una regla a un sistema desde el punto de vista interno, es decir, desde el punto de vista del que está usando (aplicando, siguiendo, calificando situaciones de acuerdo con...) las reglas del sistema¹⁴.

12 HIERRO, Liborio L. *El Realismo Jurídico Escandinavo. Una Teoría Empirista del Derecho*. Valencia: Fernando Torres-Editor, S. A. 1.981, p.269.

13 Ibid., p. 265-266

14 Ibid., p. 291.

En este sentido, puede afirmarse que la tendencia dominante en los países regidos por las características del sistema legislado, es definir la validez de las normas jurídicas mediante un criterio formal de pertenencia.

Ese criterio formal determina que una norma es válida porque existe, y existe, porque pertenece al sistema jurídico.

O sea, que la satisfacción de condiciones de existencia de una norma jurídica, determina su pertenencia al sistema u ordenamiento normativo.

Esas condiciones de existencia, no son otras que las llamadas por Kelsen Fuentes del Derecho, que según esta dirección, siempre serán formales.

Dice Kelsen:

La expresión fuente del derecho se emplea, también, para caracterizar el fundamento de validez. La norma básica aparece, entonces, como la "fuente del derecho".

Pero, en un sentido mas amplio, cada norma jurídica es "fuente" del precepto cuya creación regula, al determinar el procedimiento de elaboración y el contenido de la norma que ha de ser creada. En tal sentido, toda norma jurídica "superior" es "fuente" de la "inferior"...

La "fuente" del derecho no es, por tanto, como la expresión parece sugerirlo, una entidad diversa del derecho, dotada de una existencia independiente frente a éste. Por sí misma, la "fuente" es, en todo caso, derecho: una norma jurídica "superior" en relación con otra "inferior", o sea, el método de creación de una norma "inferior" determinado por otra, lo cual constituye un contenido específico del derecho¹⁵.

En consecuencia, definidos previa y claramente los parámetros formales de producción normativa en un ordenamiento, que en Kelsen corresponden a los criterios formales y/o materiales establecidos positivamente en normas superiores, ha de entenderse, que aquellas normas que en su producción no coincidan con los requerimientos previstos, no pertenecen al sistema y por lo tanto no son válidas, o sea, que se reputarían como nulas.

Pero la aplicación de este criterio de pertenencia no es la expresión de un procedimiento simple y mecánico.

15 KELSEN, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. México: UNAM, 1.979. p. 155-156.

Esta última afirmación amerita señalar la ruptura que dentro del esquema iuspositivista propicia su exponente más calificado. Es precisamente Kelsen, quien distanciándose de la ortodoxia dogmático-jurídica del llamado positivismo legalista, introduce un elemento voluntarista que predomina sobre el ejercicio lógico-formal, que caracteriza esa tendencia denominada positivismo legalista.

Esta superación o innovación teórica impone unas consecuencias que afectarán no sólo la noción de validez jurídica, sino también la determinación de la nulidad.

La afirmación de que una norma pertenece al ordenamiento jurídico será en consecuencia, provisional y condicionada, ya que según Kelsen, en derecho no existen normas nulas en sí, sino anulables.

Esto permite distinguir dos tipos de validez: la validez provisional y la validez definitiva.

Así, la nulidad es la consecuencia de la violación del principio de legalidad -criterios formales o fuentes del derecho -, consecuencia que será determinada en un momento posterior por una decisión judicial.

Surge entonces, una doble opción calificatoria de la nulidad jurídica: nulidad declarativa y nulidad constitutiva.

Pero previo al desarrollo de estas dos nociones, es pertinente presentar una doble perspectiva de la noción de validez en tanto que resulta clarificadora para la comprensión de la pareja conceptual antes señalada.

3.3. VALIDEZ PROVISIONAL Y VALIDEZ DEFINITIVA

Estas dos modalidades de validez jurídica se desprenden, como nociones operativas en los sistemas legislados, de la formulación que precisa Kelsen cuando se refiere a la distinción entre anulabilidad y nulidad. El pensador vienés afirma que no existe derecho contra derecho, o sea que en derecho no existen actos nulos en sí, sino anulables.

Dice Kelsen:

“Si una ley en vigencia puede, en razón de la manera en que ha sido creada o en razón de su contenido, encontrarse en contradicción con la Constitución, hay una sola interpretación posible: es necesario admitir que la Constitución reconoce no solamente la validez de las normas constitucionales, sino también, en cierto sentido, la de las leyes denominadas inconstitucionales, y de lo contrario no se podría

afirmar que dichas leyes estén en vigencia. En efecto, la Constitución no se limita a prescribir que las leyes deben ser dictadas siguiendo un procedimiento determinado y tener o no tener tal o cual contenido. Prescribe, además, que las leyes dictadas de otra manera o que tengan un contenido diferente no deben ser consideradas nulas. Por el contrario, son válidas hasta el momento en que sean anuladas por un tribunal o por otro órgano competente de acuerdo con el procedimiento fijado en la Constitución”.

“Lo mismo sucede en el caso del decreto o reglamento ilegal y cuando la decisión judicial o administrativa es contraria a una ley o a un reglamento (...) una decisión judicial es válida con respecto a la ley hasta tanto no sea anulada según el procedimiento previsto a este efecto”.

“Sólo una norma válida puede ser anulable, y si no lo es, significa que queda definitivamente válida. No hay una tercera posibilidad, ya que una norma nula no es una norma, pues sólo tiene de ella su apariencia”.

Esto nos permite formular el principio general de que en el dominio del Derecho no hay jamás nulidad, sino solamente anulabilidad. Una norma jurídica no es jamás nula; solamente puede suceder que sea anulable¹⁶.

Esta ruptura con el positivismo legalista impone la necesidad teórica de establecer una presunción de legalidad -específicamente de juridicidad- de las normas jurídicas, puesto que el principio de legalidad como criterio verificador de la validez o de la pertenencia de las normas al sistema, no puede aplicarse *ipso facto* e indiscriminadamente: es preciso que sea utilizado mediante un procedimiento previamente establecido, por medio de un órgano facultado para realizar tal procedimiento y para pronunciarse sobre la pertenencia o nó de la norma al sistema, y por tanto sobre su validez o nulidad.

Por consiguiente, ha de concluirse que la validez provisional es la propiedad predicable de una norma efectivamente creada por un órgano que, en apariencia, o en principio, es competente para producirla¹⁷. Esto significa que la norma así

16 KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. Buenos Aires: EUDEBA, 1.967. p. 156 - 158. Primera versión. Edición francesa. Traducción de Moisés Nilve y Napoleon Cabrera.

17 Cuando se afirma que la norma es efectivamente creada por un órgano que en apariencia o en principio es competente para producirla, nos estamos refiriendo al criterio mínimo utilizable para asumir la validez provisional y a su vez, para distinguir esta noción de la inexistencia. De la inexistencia nos ocuparemos en el acápite correspondiente a la nulidad declarativa.

generada, es susceptible de una revisión posterior, en la cual se definirá su conformidad o no con el ordenamiento jurídico.

Que de una norma pueda predicarse validez provisional, significa que la norma es válida pero anulable. Esta posibilidad de ser revisada y anulada es la que permite afirmar que la disposición normativa tiene una validez provisional.

La conclusión se extiende, en cuanto permite precisar que la validez definitiva sólo surge cuando una vez revisada la disposición provisionalmente válida, por el órgano competente, éste encuentra que la norma no contradice los criterios formales y/o materiales para su creación. Esta confirmación de validez es definitiva.

Pero que la validez sea definitiva, resulta de la siguiente consideración:

El pronunciamiento sobre la validez o no de un acto jurídico se ha atribuido, desde el derecho romano, como competencia propia, a la función judicial; se ha entendido además, que la función judicial es una tarea dirigida a decir o a decidir el derecho, entre las partes.

Por lo tanto, ha sido la sentencia judicial la forma mediante la cual se expresan los pronunciamientos sobre la nulidad o validez de un acto, lo que originariamente sólo afectaba el interés particular. Resulta que una propiedad de la sentencia como norma definitoria de situaciones o colisiones entre particulares, es la *rex iudicata*. Esta característica se predica de las sentencias y constituye la fuerza que el derecho atribuye a los resultados procesales.

El fin primordial de este principio jurídico procesal es impedir que la decisión judicial sea objeto de una nueva revisión o debate; o sea, evitar que se reabra el caso dilucidado por el fallo que reviste ese carácter.

El efecto de cosa juzgada se ha impuesto como garantía de la seguridad jurídica, en tanto prevé la estabilidad y consolidación de las situaciones jurídicas.

Dice Modestino: "*Res iudicata dicitur, quae finem controversiarum pronuntiatione iudicis accepit, quod vel condemne natione, vel absolutioe contingit*. Llámase cosa juzgada a la que pone término a las controversias con el pronunciamiento del juez, lo cual tiene lugar por condena o absolución"¹⁸.

Vale anotar, que el acervo de figuras o nociones jurídicas hoy utilizables en el derecho positivo y por tanto en la teoría jurídica, provienen del derecho privado, el cual se considera la matriz de la teoría jurídica en general.

18 MANS PUIGARNAU, Jaime M. Los Principios Generales del Derecho. Repertorio de Reglas, Máximas y Aforismos Jurídicos. Barcelona : Bosch, 1.947. p. 105.

En consecuencia, la noción de nulidad es una clara expresión de los desarrollos teórico-jurídicos de sesgo iusprivatista, que con el devenir de las transformaciones socio-políticas ha de ser encuadrada como herramienta iuspublicista.

Una vez explicada esta doble perspectiva de la validez conviene abordar el análisis de la nulidad entendida desde una doble opción significativa.

3.4. NULIDAD DECLARATIVA Y NULIDAD CONSTITUTIVA

Un desarrollo consecuente de la validez jurídica, entendida desde la perspectiva formalista, donde el criterio definitorio de la misma sea el principio de legalidad, la regla de reconocimiento, o lo que es lo mismo, la pertenencia de la norma al sistema, impone la premisa kelseniana de que no existe Derecho contra Derecho. Esta premisa significa que en Derecho no existen normas nulas en sí, sino anulables.

Esta consideración, como ya se mencionó, rompe con la línea dogmático-positivista en su más pura expresión logicista.

Si la nulidad normativa no es una situación que resulte automáticamente como consecuencia de la violación del principio de legalidad, y si es el órgano judicial en su función de decir el derecho quien tiene competencia para emitir o formular tal consecuencia, habrá que admitir lo siguiente:

La determinación sobre la nulidad o no de una norma requiere un pronunciamiento judicial.

El principio de legalidad como criterio verificador de la validez normativa, no puede ser utilizado indiscriminadamente con fuerza obligatoria por sujetos que carezcan de competencia para utilizarlo.

En lo referente al pronunciamiento judicial sobre la nulidad normativa, hay acuerdo entre Kelsen y los dogmáticos o exégetas, aunque no deja de ser curioso que los positivistas de corte legalista no lleven hasta sus últimas consecuencias sus planteamientos. Pues si el derecho es un lenguaje lógicamente expresable y deducible de premisas mayores, las conclusiones o las sentencias definitorias de colisiones, bien podrían prescindir del órgano estatal denominado judicial, pues basta con que alguien conozca las reglas de la lógica y las aplique correctamente para inferir conclusiones jurídicas.

Pero la contradicción se manifiesta cuando no existe la necesaria confianza en la lógica y es necesario recurrir entonces al órgano estatal, para que con la fuerza obligatoria que no logra producir la utilización de tal disciplina por sí sola, decida las situaciones.

En cuanto a la forma como se produzca el pronunciamiento, se pueden advertir dos modalidades con sus respectivas consecuencias, según se conciba rígida o flexiblemente la función del juez: el pronunciamiento declarativo y el constitutivo.

3.4.1. PRONUNCIAMIENTO DECLARATIVO.

Puede identificarse como el resultado de un proceso intelectual, de conocimiento, asistido por las reglas del razonamiento lógico.

Consiste en la aplicación de unos criterios rigurosos que indefectiblemente conducirán a una determinada conclusión, siempre y cuando hayan sido correctamente aplicados.

En Derecho, esa aplicación de criterios previa y claramente establecidos que conduzcan a una decisión predeterminada, definitoria de una situación de conflicto - sentencia -, significa o implica el ejercicio puntual del **Principio de Legalidad**.

En estas circunstancias una sentencia de nulidad se convertirá en la conclusión de un silogismo, que resulta de la aplicación estricta de los criterios señalados por el principio de legalidad, - premisa mayor -, donde el juez es, en estricto sentido, un operador jurídico que nada agrega al contenido de la sentencia por cuanto éste ya está implícito en las premisas a partir de las cuales se definen los criterios de solución.

Se dice entonces, que dicho acto judicial no es más que un acto de mera aplicación del principio de legalidad. El juez se limitará a **"declarar"** una situación ya existente, ya producida.

Por tal razón, se afirma que la sentencia de nulidad surtida mediante este procedimiento, es un acto declarativo.

Esta declaración, producto de razonamientos lógico-formales, será una mera constatación o verificación de que una situación jurídica, producida en el pasado, jamás existió y por lo tanto nunca produjo efectos y, en consecuencia, se reputará como un acto nulo.

A la luz de los principios ordenadores del Estado de Derecho, si se entiende que el principio de legalidad es un garante de la seguridad jurídica, habrá que admitir teóricamente que las nulidades contenidas en las sentencias judiciales son nulidades declarativas y, en consecuencia, tendrán efectos retroactivos.

Pareciera una contradicción afirmar el efecto retroactivo de la sentencia de nulidad, a sabiendas de que la irretroactividad es un principio clave del Estado de Derecho.

Es necesario recordar que el positivismo legalista reduce la definición del derecho a la noción de ley positiva general y abstracta, producida exclusivamente por el órgano legislativo. Y es a ese órgano legislativo a quien va dirigida la prohibición contenida en el principio de irretroactividad.

Este postulado del positivismo legalista implica entonces, que los jueces al producir sus sentencias no crean derecho: sólo aplican la ley.

Habrá que concluir por consiguiente, que toda sentencia es un acto declarativo y que, en tratándose de una sentencia de nulidad, ésta tendrá que tener efectos retroactivos, pues, si no los tuviera, el juez estaría creando derecho.

En consecuencia, son las leyes o las normas generales de carácter superior las que no deben ser retroactivas. Luego, no es contradictorio sino apenas lógico, que la sentencia de nulidad como acto declarativo, produzca efectos retroactivos.

Esta caracterización de la sentencia de nulidad está íntimamente emparentada con el dogma del positivismo legalista, que no admite dentro del ordenamiento un órgano diferente al legislador como órgano competente para crear el derecho, para constituirlo. En esta dirección el juez, o el órgano judicial, tendrá una función absolutamente condicionada y dependiente, limitada a aplicar mecánicamente el derecho. Se busca dentro de este modelo jurídico evitar la arbitrariedad y defender a toda costa la seguridad jurídica: *Pas de nullité sans text* (no hay nulidad sin texto), *nulla poena sine previa lege*.

Expresión esta última en la cual se acondiciona el principio de legalidad asumiendo que la nulidad es una sanción o una pena.

En esta misma línea, habrá que admitir que la sentencia declarativa supone la negación del concepto de validez provisional, lo que implicaría afirmar que en un sistema normativo existe Derecho contra Derecho. Este tipo de nulidad se denomina *nulidad ab initio*.

Se hace imprescindible asumir que las nulidades normativas son nulidades convencionales y no naturales. La nulidad natural se identificaría con el concepto de inexistencia del acto.

El acto inexistente sería aquel, producido de manera burda y grosera, que no ofrece la más remota posibilidad de generar efectos; en consecuencia no requiere de pronunciamiento anulatorio alguno, ya que se hace innecesario referirse a un acto que no está produciendo efectos, que no los produjo y que carece de la posibilidad real de producirlos.

Los pronunciamientos sobre la nulidad de los actos jurídicos normativos son entonces artificiales - convencionales -, puesto que es indispensable la utilización

de un mecanismo que evite o elimine los efectos producidos o por producir de una norma irregularmente creada. O sea, que tal pronunciamiento de nulidad nunca podrá hacerse en relación con un acto normativo inexistente.

La doctrina conoce como acto inexistente cierto tipo de actos jurídicos que careciendo de una o de algunas formalidades presentan la dificultad para su anulación de que no existen esas pretermisiones o esos defectos del acto consagrados expresamente como causales de nulidad en una norma positiva. Esta laguna normativa conduce a crear la expresión de inexistencia eludiendo el término de nulidad para no violar la regla de que no existe nulidad sin texto.

En estas circunstancias la nulidad declarativa, entendida ésta como nulidad artificial, se limitaría a aplicar rigurosamente los criterios formales que determinan la existencia jurídica del acto, o sea su pertenencia o no al sistema normativo.

Como se trata de una aplicación rígida, precisa y exacta, será necesario suponer que a pesar de haberse generado un acto que tiene existencia fáctica, ese acto no nació a la vida jurídica y en consecuencia el acto es nulo, queriendo afirmar con ello que nunca nació y que los efectos que haya podido producir no valen, no son reconocidos.

Esta es una típica decisión declarativa de carácter artificial, puesto que no se puede declarar nulo, en estricto sentido, lo que ya existe y ha producido efectos, o está en posibilidad de generarlos.

Comprendida esta circunstancia, es dable entender que el pronunciamiento declarativo de nulidad asume o presupone que el acto nunca existió y, en consecuencia, los efectos de dicha declaración habrán de ser retrotraídos al momento mismo del nacimiento del acto. Esto significa que existe nulidad artificial *ab initio*.

El juez o el operador jurídico, se limitará a usar las reglas que imponen los criterios formales preestablecidos por la legalidad.

3.4.2. PRONUNCIAMIENTO CONSTITUTIVO

Este tipo de pronunciamiento permite un margen más amplio, donde cabe referirse a la actividad enriquecedora, comprometida, creativa, evaluativa y valorativa del juez. Por este camino el juez no sería un simple mandatario de la ley, del principio de legalidad; sería un agente activo, creador de Derecho. En esos términos, la decisión, el pronunciamiento, la sentencia de nulidad, se convertiría en un acto **constitutivo**, en un acto creador. No existiría en este caso una constatación de una situación pasada, sino una determinación actual que opta por excluir una norma del sistema jurídico, constituyendo su nulidad.

Quiere decir ello que la norma o el acto jurídico fue efectivamente creado, así en su producción se hayan violado o pretermitido los parámetros señalados por normas de jerarquía superior; pero aún así, dicho acto o norma genera credibilidad y tiene capacidad de producir efectos o consecuencias y en esa medida es posible que ya los haya producido.

Esta modalidad de pronunciamiento evidencia una más notoria artificialidad ya que se concibe sobre una doble presunción. Se presume que el acto a anular existe, o sea que pertenece al sistema jurídico y en consecuencia es válido; se presume además, que los efectos o consecuencias producidos por él, también son válidos.

Es decir, a los actos producidos por los funcionarios estatales a quienes se considere competentes, sea esta competencia real o aparente, se les confiere una validez provisional en cuanto se asume que esas normas son válidas, y por lo tanto obligatorias, en tanto no hayan sido afectadas por la derogabilidad o por una sentencia de nulidad. Esto siempre y cuando la norma no esté provista de vigencia diferida, situación en la cual, siendo válida, no es aplicable y por tanto no es obligatoria.

Esta caracterización que distingue los dos tipos de nulidad, implica al menos el surgimiento de tres consecuencias importantes:

- **La primera**, consiste en una relativización en la aplicación del principio de legalidad. Una aplicación rigurosa impondría necesariamente una nulidad declarativa con efectos retroactivos. La norma nació muerta jurídicamente y en consecuencia su nulidad es *ab initio* y por lo tanto los efectos de la sentencia tendrán que ser retroactivos.

- **La segunda**, apunta a conferirle a la norma que contiene la decisión de nulidad, -sentencia- una vigencia temporal prospectiva o diferida, pero nunca retroactiva.

- **La tercera**, implica una apertura significativa en la función asignada al juez, en tanto que admitir la modalidad de nulidad constitutiva es asumir la sentencia judicial como un acto jurídico de carácter mixto, o sea que es un acto de aplicación y creación. Se destaca que es ésta la posición de Kelsen, quien admite y defiende que el juez es un creador de derecho, en contravía de la posición dogmático-exegética del positivismo legalista.

Pudiera concluirse, que en la cotidianidad jurídico-judicial todas las nulidades son en última instancia constitutivas, en tanto se entienden como actos jurídicos mixtos, siendo las sentencias declarativas aspiraciones ilusorias del positivismo legalista.

Podría aceptarse entonces, que la nomenclatura de **nulidad declarativa** es aplicable a aquellas sentencias constitutivas a las que, en orden a razones de conveniencia, oportunidad, equidad, u otros criterios abiertos, de raigambre material, es preciso afectar asignándoles un ámbito de vigencia temporal retroactivo.

3.5. REGLAS DE RECONOCIMIENTO EN EL SISTEMA LEGISLADO.

Si se analiza con cuidado la observación que con respecto a la validez del Derecho recoge Hart¹⁹, en su actitud mediadora en la polémica de los realistas con Kelsen, se pueden percibir las siguientes situaciones:

Acepta el criterio de Kelsen de validez normativa, entendido o definido desde el criterio de pertenencia de una norma a un sistema.

Establece como criterio verificador de tal pertenencia lo que él denomina regla de reconocimiento, eliminando y reemplazando así, la nomenclatura propuesta por Kelsen denominada Norma Fundamental.

Puede sintetizarse la idea de regla de reconocimiento propuesta por Hart, así:

- La regla de reconocimiento es una regla secundaria.
- La regla de reconocimiento sirve para reconocer o identificar las reglas primarias de obligación.
- La comprensión de la regla de reconocimiento y de su función, permiten explicar los fundamentos de un sistema jurídico.
- La regla de reconocimiento en un sistema jurídico moderno ofrece diversos criterios de identificación. Estos pueden ser:

- Texto revestido de autoridad
- Sanción legislativa
- Práctica consuetudinaria
- Declaraciones generales de personas especializadas
- Decisiones judiciales pasadas, dictadas en casos particulares

Hart distingue dos puntos de vista que frente al derecho pueden asumir los sujetos: **punto de vista interno** y **punto de vista externo**.

Punto de vista interno: el uso por los jueces y por los otros de reglas de reconocimiento no expresadas, para identificar reglas, es característico del punto de vista interno. Quienes las usan de esta manera manifiestan así su propia aceptación de ellas, en cuanto reglas orientadoras...

19 Cfr., HART, H.L.A. El Concepto del Derecho: Buenos Aires: Abeledo - Perrot, 1.977. p. 125 - 153.

Punto de vista externo: esta actitud de aceptación compartida de reglas, debe ser contrapuesta a la de un observador que registra **ab extra** el hecho de que un grupo social acepta tales reglas, sin aceptarlas por su parte.

Estos dos puntos de vista señalados por Hart se pueden identificar con las siguientes expresiones:

- Punto de vista interno: *el derecho dispone que...*
- Punto de vista externo: *en Inglaterra reconocen como derecho... cualquier cosa sancionada por la Reina en el Parlamento...*

La primera expresión es un enunciado interno, porque manifiesta el punto de vista interno y es usada con naturalidad por quien, aceptando la regla de reconocimiento y sin enunciar el hecho de que ella es aceptada, la aplica al reconocer como válida alguna regla particular del sistema.

Denominaremos a la segunda forma de expresión un enunciado externo, por que es el lenguaje natural de un observador externo al sistema que, sin aceptar su regla de reconocimiento, enuncia el hecho de que otros la aceptan.

Dice Hart: "La palabra válido es usada con mas frecuencia, aunque no siempre, precisamente en los enunciados internos que aplican a una regla particular de un sistema jurídico una regla de reconocimiento no expresada pero aceptada. Decir que una determinada regla es válida es reconocer que ella satisface todos los requisitos establecidos en la regla de reconocimiento y, por lo tanto, que es una regla del sistema"²⁰.

Ahora bien, es necesario admitir que en los sistemas legislados la tendencia predominante es la de establecer expresamente los criterios que constituyen la regla de reconocimiento. En consecuencia, se pueden nombrar como reglas de reconocimiento las siguientes:

Reglas de inclusión: aquellas contenidas en normas superiores -fuentes formales del derecho- que establecen cuándo, cómo, sobre qué contenidos y cuales sujetos tienen competencia para elaborar las distintas normas del sistema jurídico.

Reglas de exclusión: definen cuándo, cómo y por qué las normas dejan de pertenecer al sistema y quién es competente para privarlas de su validez.

Reglas de afectación: señalan los procedimientos y los sujetos competentes que pueden afectar la vigencia de las normas: y a su vez, estas reglas establecen criterios para solucionar conflictos normativos de carácter horizontal. La solución de este tipo de conflictos, a diferencia de las reglas de exclusión, tiene como objetivo afectar la vigencia de las normas y no su validez.

20 Ibid., p.128 -129.

Existen otras reglas de reconocimiento, como por ejemplo las de interpretación y las de jerarquización, pero el propósito de este trabajo conduce a fijar la atención en dos reglas de reconocimiento significativamente importantes: la derogabilidad y la anulabilidad.

3.5.1. LA DEROGABILIDAD

La derogabilidad es una regla de reconocimiento diferente a la anulabilidad. Son varios los criterios a partir de los cuales se puede establecer tal diferencia.

Inicialmente vale destacar aquel que se refiere a los motivos que generan la aplicación de dichas reglas. Pueden distinguirse dos tipos de motivos:

De carácter abierto, constituidos por criterios de conveniencia y oportunidad; son los que fundamentalmente concurren para el ejercicio de la derogabilidad.

De carácter cerrado o estrictamente jurídico, constituidos por vicios de carácter formal y/o material; son los que permiten el ejercicio de la regla de reconocimiento llamada anulabilidad.

Con respecto a la derogabilidad se pueden señalar dos principios operativos: un principio operativo general y otro especial.

Ambos principios conocidos desde el Derecho Romano funcionan como reglas que ofrecen criterios para afectar una propiedad de las normas, llamada vigencia.

Ambos obedecen a propósitos diferentes y, por lo tanto, las consecuencias que produce su aplicación son distintas.

Principio operativo general:

Se refiere, al sujeto y al procedimiento. La formulación tradicional que proviene del Derecho Romano es la siguiente:

- **En Derecho las cosas se deshacen como se hacen.**

En el modelo conocido como Estado de Derecho, una versión actualizada y más adecuada del principio puede formularse así:

- **En Derecho las normas pierden la vigencia en cualesquiera de sus modalidades²¹, cuando mediante un procedimiento similar al de su crea-**

21 Cuando se hace referencia a las distintas modalidades de la pérdida de vigencia de las normas, se alude a las siguientes:

Abrogación : Pérdida de vigencia total y expresa

Subrogación : Pérdida de vigencia total tácita

Derogación : Pérdida de vigencia parcial y expresa

Modificación : Pérdida de vigencia parcial y tácita

ción, el mismo sujeto que las creó produce una nueva norma que afecta la vigencia de la anterior.

El propósito que asiste a este principio es muy genérico y diverso. Responde a las múltiples motivaciones que influyen en el legislador -el creador del Derecho, para corregir, adecuar, complementar o actualizar la normatividad a las exigencias y transformaciones impuestas por la dinámica socio-cultural.

Principio operativo especial:

En un sistema jurídico se pueden advertir dos tipos de conflictos normativos, a saber: los conflictos normativos verticales, que son la genuina expresión de la violación al principio de jerarquía normativa, y cuya solución se intenta por la vía que impone la regla de exclusión llamada anulabilidad; y conflictos normativos horizontales, cuya solución se procura mediante la aplicación del principio operativo especial.

Dado que pueden presentarse dos tipos de conflictos horizontales, es necesario señalar dos líneas distintas de solución que se apoyan en dos reglas diferentes, advirtiendo que la segunda de ellas constituye una excepción a la primera.

El primer tipo de conflicto horizontal se presenta cuando dos normas se contradicen y están situadas en un mismo nivel jerárquico, pero se caracteriza porque las normas han sido creadas en momentos y en circunstancias temporales diferentes. Aquí lo determinante como criterio de preferencia o de prevalencia es el tiempo.

El criterio de solución para este evento, también corresponde a una fórmula ideada por los juristas romanos, y se enuncia así:

- **Lex posterior derogat lex priori**

En consecuencia, la norma desestimada en virtud de la aplicación de la fórmula anterior no pierde su validez porque ella no contraría el principio de jerarquía normativa, lo que significa que la aplicación de aquella, lo que afecta es la vigencia de la norma.

Esta afectación de la vigencia puede caracterizarse de la siguiente manera:

La afectación de la vigencia de la norma desestimada en ningún caso es *definitiva*, puesto que no ha perdido su validez.

Esta afectación puede tener carácter indefinido cuando la norma posterior señale de manera expresa la derogabilidad.

Otra situación se presenta cuando se trata de las formas tácitas de derogabilidad en las que la pérdida de vigencia no es *definitiva* ni tampoco *indefinida*.

En los casos de derogabilidad tácita, forzoso es admitir que la limitación de la vigencia es eminentemente definida y temporal, por lo tanto limitada y restringida sólo a la situación conflictiva particular que reclama una solución judicial.

El segundo caso de conflicto horizontal se presenta, cuando dos disposiciones se contradicen y la fecha de emisión es la misma para ambas; éste es el caso de un conflicto de normas simultáneas.

Desde el Derecho Romano, la tradición jurídica se ha orientado a dilucidar el asunto mediante el criterio de prevalencia de la especialidad sobre la generalidad, cuyo enunciado es el siguiente:

- **Lex specialis derogat generali.**

En estos eventos se producirá también una pérdida momentánea o parcial de vigencia de la norma, que se verá limitada por otra, en la cual puede advertirse una disposición especial.

Resulta pertinente indicar que el criterio de prevalencia que impone lo especial sobre lo general, es una fórmula de solución que opera también para cuando el conflicto horizontal se presenta entre normas no simultáneas, constituyéndose en una excepción y se enuncia así:

- **Lex posterior generalis non derogat priori speciali.**²²

3.5.2. LA ANULABILIDAD

La anulabilidad como regla de exclusión, exige un supuesto básico que consiste en la existencia de conflictos normativos de carácter vertical, dentro de un sistema. Estos conflictos ponen en evidencia la violación del principio de jerarquía normativa que es una expresión dinámica del principio de legalidad.

Esta violación está determinada por la indebida o incorrecta aplicación, o por la omisión parcial, de las reglas de inclusión en la producción de normas inferiores.

La anulabilidad como regla de exclusión, es la **posibilidad** de producir una consecuencia: la nulidad de una norma. Ha de quedar claro que el ejercicio de la regla, bien puede conducir a confirmar la validez de la norma impugnada.

La nulidad ha de entenderse como **una consecuencia** de la anulabilidad y, en estricto sentido, es una decisión judicial mediante la cual se afirma que la norma anulada nunca existió, puesto que la impugnación está basada en vicios jurídicos, vicios concomitantes a la producción de la norma.

22 MANS PUIGARNAU., Op. cit., p. 288.

Ahora bien, si la norma nunca existió, entonces, forzosa y rigurosamente, se habrá de entender que nunca produjo efectos, pero como es lo usual que el juicio de nulidad sea posterior a la producción de la norma viciada, existirá la posibilidad de que esa norma alcance a producir efectos; en esas circunstancias, el ámbito de vigencia temporal de la sentencia anulatoria será retroactivo y los efectos se tendrán como no producidos.

En consecuencia, bajo esta óptica, los efectos en el tiempo de una sentencia producto de la aplicación de la regla de anulabilidad, son necesariamente retroactivos.

Es importante tener en cuenta que el principio operativo que fundamenta esta regla de exclusión es completamente distinto a aquel que sustenta la regla de afectación llamada derogabilidad.

El eje central de lo que podría constituir el principio operativo de la anulabilidad lo constituye la idea de proceso judicial. En estas circunstancias, es otro el procedimiento y son otros los sujetos, y distintas las consecuencias, que conforman el perfil definitorio de esta figura.

En otros términos, las normas jurídicas pierden su validez, al margen del principio que reza que **"En Derecho las cosas se deshacen como se hacen"**.

3.6. CONSIDERACIONES SOBRE VALIDEZ Y VIGENCIA

En un sistema legislado parece indiscutible que validez y vigencia son expresiones que nombran situaciones distintas de una norma jurídica.

La validez resultaría ser un concepto ontológico, que estaría definiendo la existencia de la norma, y por lo tanto esa propiedad identificatoria constituye un concepto indivisible e infragmentable, puesto que una norma es o no válida y no puede ser válida parcialmente.

En tanto que la vigencia es una propiedad, predicable de las normas válidas, referida a los distintos ámbitos en los que es posible su exigibilidad y/o su aplicabilidad. Y es por tanto pertinente hablar de ámbitos parciales o totales de vigencia, puesto que esta propiedad normativa es divisible o fragmentable.

Estos ámbitos se proyectan en cuatro direcciones:

- **Ámbito de vigencia personal.** Desde esta perspectiva se dice que las normas pueden tener un ámbito de vigencia general, particular, o individual.

● **Ambito de vigencia espacial o territorial.** En este sentido las normas pueden tener vigencia supranacional, nacional, regional, o local.

● **Ambito de vigencia temporal.** Se refiere a dos tipos de momentos, el momento a partir del cual la norma se hace exigible y/o aplicable, y el momento a partir del cual la norma puede perder validez y vigencia. Con respecto al primero de los momentos se distinguen tres tipos de vigencia básicos:

- Vigencia temporal inmediata prospectiva. Presente
- Vigencia retroactiva. Pasado
- Vigencia diferida. Futuro

● **Ambito de vigencia material.** Tiene que ver con el contenido o materia regulada por las normas y se pueden distinguir dos opciones:

- Vigencia total
- Vigencia parcial

Es preciso puntualizar que el concepto de generalidad concurre en todos los ámbitos, excepto en el ámbito de vigencia temporal, sólo que en cada uno de ellos toma distintas denominaciones. La generalidad es un concepto que opera con niveles relativos y, en esa medida, se puede hablar de grados mayores o menores de generalidad.

Si la derogabilidad, como ya se explicó, es una regla que afecta la vigencia de las normas, es admisible entonces apreciar distintas combinaciones posibles de esta afectación, por ejemplo:

Ambito temporal + Ambito personal. La limitación del ámbito personal puede ser:

- General, para todos los sujetos.
- O, bien: particular para algunos.
- O, individual para un sólo sujeto.

El común denominador para todas las eventuales formas de combinación, es la limitación del ámbito temporal.

En síntesis, la validez de la norma es afectada por la anulabilidad, afectación que consiste en su nulidad, su no existencia, o su no pertenencia al sistema, donde los motivos que proceden son motivos de orden jurídico referidos al principio de jerarquía normativa y en los que el sujeto de la decisión es el órgano judicial, quien opera la regla mediante un proceso, cuya conclusión es una sentencia, con efectos retroactivos y que ha de hacer tránsito a cosa juzgada.

En tanto que la derogabilidad es regla que ataca la vigencia en distintas formas, y que procede por motivos de orden extrajurídico -de conveniencia u oportunidad- donde el sujeto de la decisión y el procedimiento son los mismos que han intervenido en su creación y donde los efectos de la "norma derogatoria" han de ser simétricos con los de la "norma derogada". Se dice simétricos, para significar que la vigencia en el tiempo de las "normas derogatorias", por regla general, habrá de ser similar a los efectos en el tiempo de las "normas derogadas". Como el principio rector del modelo conocido como Estado de Derecho es la irretroactividad, en consecuencia, las normas derogatorias han de tener efectos en el tiempo, inmediatos prospectivos, o como es usual denominarlos, efectos pro-futuro.

Finalmente, es importante señalar que de acuerdo con este análisis no ha lugar a nulidades parciales, pues como ya se indicó, la validez es una propiedad ontológica de la norma y en consecuencia, no puede entenderse que una norma sea válida o nula parcialmente. Resulta una impropiedad en el uso del lenguaje expresarse en estos términos, por cuanto se estaría incurriendo en una confusión que asimila validez y vigencia.

Hay que entender que un texto normativo puede contener tantas o más normas cuantas se enuncien en su nomenclatura, llámense artículos, párrafos o incisos. Se entendería entonces, que una norma es una expresión lingüística con sentido autónomo e independiente. De tal suerte, que cuando se procede a la anulación de un artículo, un inciso, o un párrafo, de un texto normativo, lo que se anula es una unidad con sentido completo, que integra el conjunto y, por ello, se trata de la anulación total de esa unidad.

Es preciso insistir en que validez y vigencia son expresiones diferenciables en tanto se refieren a momentos y funciones distintas en la norma jurídica; así, puede entenderse que existan normas válidas y no vigentes. Ejemplos de esta situación:

Normas válidas cuyo ámbito de vigencia temporal es **diferido**.

Normas que han perdido formalmente su vigencia total o parcial pero que, dadas ciertas hipótesis excepcionales, pueden conservarla, como es el caso de la **supervivencia normativa** -régimenes normativos de transición- donde se aprecia una doble legislación.

Normas que han perdido su vigencia y cuya norma derogatoria ha sido posteriormente anulada. Es el caso del **restablecimiento normativo**, figura utilizable también bajo condiciones excepcionales.

3.7. LA EFICACIA

Frente a este concepto no parece haber mayor divergencia en el tratamiento que del mismo hacen tanto los autores tradicionales como algunos autores más recientes²³.

Todos giran en torno a dos ideas expresadas por dos verbos claves: acatar y/o aplicar, utilizados en la descripción de esta propiedad imputable a las normas.

Es bien conocida la fórmula que describe la conjugación de estos verbos:

Eficacia es la correspondencia entre el deber ser previsto por la norma y el ser o realidad social implicada en la regulación.

Si el análisis tuviese en cuenta el concepto de norma completa, utilizado por Kelsen, se desprendería un doble significado de eficacia, comprensivo de los verbos mencionados, así:

- **Eficacia primaria:** Que corresponde a la conformidad entre el deber ser impuesto por la norma a la autoridad competente de aplicar las sanciones, y la efectiva aplicación de las consecuencias definidas en la misma. Esta obligación de sancionar es llamada por Kelsen, *norma u obligación primaria*.

- **Eficacia secundaria:** Que se entiende como la conformidad del comportamiento de los sujetos destinatarios de la obligación secundaria, con las obligaciones establecidas en el supuesto normativo.

En el sistema legislado, es obvio que el predicamento de eficacia como propiedad de una norma, requiere de la coexistencia de dos requisitos:

- Que la norma sea formalmente válida y
- Que esté vigente

Una norma no puede ser calificada de eficaz o de ineficaz, si previamente no es vigente; y para ser vigente, primero tiene que ser válida. Desde luego, este concepto de eficacia así entendido resulta ser un concepto eminentemente formal, en cuanto su utilización está condicionada por la validez y la vigencia, que son requisitos formales de la existencia de la norma el uno, y de su operatividad, el otro.

De tal suerte, es claro que puedan darse las siguientes opciones:

- Normas válidas, no vigentes, no eficaces.
- Normas válidas, vigentes, y eficaces desde el punto de vista de la eficacia primaria, pero no de la secundaria.
- Normas válidas, vigentes, e ineficaces, tanto desde el punto de vista primario como secundario.

23 Cfr.,: Kelsen, García Maynez, Hart, Raz, Bobbio, entre otros.

- Normas válidas, vigentes, y eficaces, en su doble sentido.

Estas opciones permiten afirmar que validez, vigencia y eficacia, son conceptos diferenciables en el sistema legislado.

La pretensión en este escrito ha sido puntualizar las diferencias entre las nociones de validez, vigencia y eficacia, apreciables en el sistema legislado.

Un trabajo dirigido a analizar la nulidad y la validez normativa en el sistema angloamericano, se ocuparía de abordar la relación entre costumbre y eficacia, y de señalar las relaciones que esta última noción establece con las reglas de reconocimiento, en términos de definir la validez del Derecho en dicho sistema.

Finalmente, vale observar que en el sistema legislado, la costumbre, y el precedente judicial como modalidad específica de ella, si bien pueden ser admitidas o consagradas como fuentes formales de carácter subsidiario o supletivo, no resulta lógicamente admisible que la desuetudo sea reconocida o consagrada, en principio, como una regla de exclusión.

4. RESPUESTAS A LAS PREGUNTAS FORMULADAS

Una vez expuestas las anteriores consideraciones que delimitan el ámbito de pertinencia general en orden a responder los interrogantes enunciados en el apartado tercero de este trabajo, es importante hacer unas mínimas precisiones que contribuyan de manera eficiente al cometido propuesto.

En un ordenamiento jurídico pueden distinguirse fundamentalmente dos clases de actos: los normativos, y los actos materiales de ejecución.

Con respecto a los actos normativos pueden hallarse dos tipos: las normas de carácter general e impersonal, y las normas de carácter personal o individualizadas.

Frente a las normas generales, se pueden establecer dos fuentes orgánicas que obedecen a la división de funciones en desarrollo del principio de separación, sobre el que se construye el Estado de Derecho, así: normas de carácter general cuya fuente es el órgano legislativo: *leyes*; normas de carácter general, cuya fuente es el ejecutivo: *decretos reglamentarios*²⁴⁻²⁵.

24 Aunque las normas de carácter constitucional, producidas por el constituyente se consideren por principio normas de carácter general, no son objeto de consideración en este análisis porque son actos jurídicos de pura creación y en esa línea, siendo las normas superiores del sistema, son inmunes al control jurídico, lo que significa que no son anulables.

25 Es preciso recordar que el órgano ejecutivo, en situaciones excepcionales, produce normas de carácter general que no asumen la nomenclatura de decretos reglamentarios por cuanto tienen la fuerza de una ley.

Entendiendo que la administración está jerarquizada mediante la utilización del criterio espacial o de territorialidad, se pueden nombrar otro tipo de normas de carácter impersonal, cuyo ámbito de vigencia territorial está restringido o limitado. Se pueden mencionar en este orden, los decretos de los gobernadores y de los alcaldes, y las normas producidas por las asambleas departamentales -ordenanzas- y por los concejos municipales -acuerdos-.

De otro lado, las normas de carácter personal o particular pueden surgir de tres fuentes distintas:

De la administración pública, en la que resulta característica la nota de la unilateralidad: son éstos los propiamente llamados actos administrativos.

Del órgano judicial, que produce actos jurídicos de carácter normativo, en los que se desata una solución jurídica con fuerza vinculante y cuyos efectos por antonomasia son de carácter personal, en cuanto los sujetos implicados están plenamente identificados y definidos.

Y un tercer grupo, lo constituyen los actos normativos con fuerza vinculante, producto del acuerdo entre sujetos jurídicos privados (no estatales), o entre sujetos privados y entidades estatales, o entre distintos entes jurídicos de carácter público²⁶.

4.1. ¿QUÉ PUEDE SIGNIFICAR LA NULIDAD DE UNA NORMA JURÍDICA GENERAL?

Entrando a responder la pregunta que inquiriere por el significado de la nulidad de una norma jurídica general, es necesario hacer las siguientes puntualizaciones:

En primer lugar, la decisión ha de corresponder a un órgano judicial, quien ha de pronunciarse mediante un acto jurídico normativo denominado sentencia, atendiendo al esquema básico de un proceso judicial.

En segundo término, resulta un requisito *sine qua non*, para que pueda producirse la decisión anulatoria, el quebrantamiento del principio de jerarquía normativa²⁷.

26 Está clasificación incluye la posibilidad de que los sujetos jurídicos intervinientes en la producción normativa, sean de carácter individual o colectivo; expresiones éstas más propias y adecuadas que las que utiliza la doctrina tradicional de la cual es heredera la legislación colombiana, cuando se refiere a personas naturales y personas jurídicas.

27 Se prefiere esta expresión a la fórmula tradicional utilizada y que se refiere al quebrantamiento del principio de legalidad. La razón reside en que la expresión preferida no sólo es omnicompreensiva sino que pone de manifiesto el principio de la supremacía constitucional.

Una tercera observación está ligada a la noción de lo que podría denominarse simetría de los efectos normativos. Esta noción corresponde a una visión lógica en el tratamiento de la dinámica normativa y consiste en que la norma excluida (anulada) y la norma afectada (derogada) marcan los derroteros, en la asignación de los efectos o de la vigencia, a las normas anulatorias o derogatorias. En consecuencia, una norma de carácter general que sea anulada impone que la sentencia que la anula tenga efectos *erga omnes*.

Otra observación, relacionada estrechamente con la anterior, genera una ruptura frente a la naturaleza de la decisión judicial. Es sabido que esta actividad está dirigida a resolver colisiones que se suscitan en la comunidad, pero que reclaman soluciones con fuerza vinculante de carácter individual interpartes. Y es sobre este presupuesto que tiene pleno sentido la fuerza de verdad legal que desde el Derecho Romano se le ha imputado a las sentencias.

No resulta procedente entonces admitir, desde esta óptica, el carácter de cosa juzgada para aquellas sentencias que anulan normas de carácter general.

Un argumento que se ha esgrimido, discutible por cierto, en favor de la cosa juzgada como característica de las sentencias que anulan normas generales, tiene un carácter abiertamente político, y consiste en asumir que tales normas son expresivas de un interés público.

Sin embargo, esta consideración, que más parece una presunción, no ha logrado soluciones plenamente satisfactorias; a tal punto, que ha sido preciso, por la propia vía judicial, infligir un nuevo quebrantamiento al esquema teórico, cuando se ha admitido la atípica y artificiosa figura del principio de cosa juzgada relativa.

Una última percepción, permite dilucidar que la nulidad de normas generales, de alguna manera es un contrasentido que resulta traumático, pues si se entiende que nulidad es carencia de efectos, cómo declarar nula, sin traumatismos, una norma que naciendo viciada ha sido acatada y aplicada durante el lapso que va desde su promulgación hasta el pronunciamiento judicial de su nulidad.

El esquema legislado no tiene otro camino que recurrir a esa panacea, tan irracional en veces, que es la presunción. Es necesario presumir entonces que la norma ha sido válida y que sólo resulta nula desde el momento en que así lo determina la decisión judicial.

Al respecto dice Carlos Betancur Jaramillo lo siguiente:

Por regla general, la anulación de un acto reglamentario ilegal no implica el retiro o la revocatoria de las decisiones individuales tomadas con base en el mismo y no impugnadas dentro de los términos

señalados en la ley para la correspondiente acción. Frente a estos últimos actos y a todos aquellos que devengan irrevisables jurisdiccionalmente por el transcurso del término plausible, su intangibilidad, así desaparezca el acto regla que lo justifico, nace de la cosa juzgada virtual o material que puede predicarse de ciertos actos administrativos en determinadas hipótesis²⁸.

Vale anotar que las características y los efectos asignados a las sentencias que se refieren a los actos administrativos denominados regla, han sido adoptados para las sentencias que anulan leyes.

Esa presunción que aporta la solución teórica al problema, deja sin respuesta y sin satisfacción a un número indeterminado de sujetos que se vieron lesionados y afectados con el cumplimiento o con la aceptación de la aplicación de una norma que habiendo nacido nula, fue válida hasta determinado momento.

Y aún pudiera decirse más en el evento en el cual la norma no sea declarada nula. Pues, si se asume que la sentencia, en este caso confirmatoria de su validez, tiene fuerza de cosa juzgada absoluta, esa norma quedaría por fuera de la jerarquía normativa en razón de que su validez sería definitiva, siendo inmune entonces a cualquier control.

¿Sí estará garantizado plenamente el que una norma declarada judicialmente válida -validez definitiva-, no genere situaciones tales que impliquen una violación directa o indirecta de la norma constitucional, o lo que es más grave, que su aplicación no desate un lesionamiento o una perturbación de los derechos de un sujeto individual o colectivo?

Pudiera decirse que una opción, que ameritara o justificara la nulidad de una norma general, sería aquella donde la norma es válida pero aún no vigente, por cuanto en este evento (*vacatio legis*) la norma no ha empezado a producir efectos.

Esta justificación es aún discutible, porque siempre existirá la posibilidad de que una norma formalmente defectuosa tenga la fuerza para producir unos efectos benéficos, cuya conveniencia desencadene altos niveles de eficacia.

Estos elementos que se han aportado como útiles para la solución de la pregunta arriba enunciada, no pueden conducir, porque esa no es la idea que subyace a los lineamientos de este trabajo, a negar la actividad judicial en su función de emitir

juicios de nulidad. Otra, muy distinta, ha de ser la solución a las dificultades teóricas y prácticas que ofrece la perspectiva de una nulidad judicial por vía general.

No es por lo tanto este razonamiento un argumento dirigido a privar al órgano judicial del ejercicio de la jurisdicción constitucional.

Resulta de interés, en orden a proyectar otros criterios de solución frente al problema planteado, distinguir dentro del género de la nulidad, dos formas de la misma: la primera, respondería a la nomenclatura de las nulidades constitucionales; y la segunda, tendría la denominación de nulidades legales.

Las nulidades constitucionales imponen el principio de jerarquía normativa, donde la norma superior es la Constitución. Esto equivaldría a exaltar el principio de supremacía constitucional sobre el de legalidad, y habría que admitir que no sólo las leyes (normas generales de carácter secundario) son anulables atendiendo al patrón de la normativa constitucional, sino que también cabe pensar en nulidades constitucionales de carácter administrativo, trátese de normas generales de carácter terciario (reglamentos) o de actos administrativos propiamente dichos, e incluso de actos jurídicos de carácter particular dentro de los cuales estarían comprendidos los contratos y los actos jurídicos de carácter procesal, sean éstos últimos autos o sentencias.

Este lineamiento conduce forzosamente a admitir una apertura del ejercicio de la jurisdicción constitucional hacia la modalidad que se conoce bajo la denominación de control difuso.

En la otra dirección, habrá de entenderse que las nulidades legales centran su foco de atención en la ley como criterio de confrontación a partir del cual pueda decidirse la validez, legal o no, de las normas generales de carácter terciario, y de todas aquellas otras ubicadas en niveles de subordinación hasta llegar a la sentencia y demás normas de carácter individual.

En la normatividad y en la doctrina colombiana se suele denominar juicio de inconstitucionalidad o de inexecutableidad, a aquel proceso mediante el cual se pretende un resultado (sentencia de inconstitucionalidad o de inexecutableidad), cuya denominación coincide con la de la acción mediante la cual se pretende atacar la validez de las leyes, o de aquellos actos que no siendo propiamente leyes, lo son y tienen fuerza legal desde la perspectiva de un criterio material. Y se reserva la denominación de nulidad para nombrar tanto la acción, como el proceso y la sentencia, a aquellos eventos en los que se pretende impugnar la validez -la legalidad- de las normas generales de carácter terciario (reglamentos) y de todas aquellas otras que puedan pugnar con la ley.

28 BETANCUR JARAMILLO, Carlos. Derecho Procesal Administrativo. Bogotá: Señal Editora, 1994. p.471.

Resulta curioso que esta nomenclatura soslaye el hecho de que las sentencias llamadas de inconstitucionalidad, no se asuman como nulidades. Y esta curiosidad se convierte en dramática evidencia cuando se llega a afirmar que la nulidad constitucional de las leyes, es un acto derogatorio, concepción quizás alentada por la circunstancia que desfigura la naturaleza de la nulidad; esta circunstancia consiste en que los efectos en el tiempo de las sentencias de inconstitucionalidad, por principio general, son inmediatos de carácter prospectivo. Propiedad ésta que coincide con el principio general de los efectos temporales cuando se aplica la derogabilidad.

Señala Raul Bocanegra Sierra, que un sector de la doctrina alemana opina que los procesos de inconstitucionalidad y los procesos ordinarios, no son procesos "distintos en su estructura interna, sino que con el control de normas se trataría de algo cualitativamente distinto, es decir, que las sentencias en los procesos de inconstitucionalidad no serían manifestación del ejercicio de actividad jurisdiccional sino, de modo muy preciso actividad legislativa, legislación"²⁹.

Pero lo que resulta inobjetablemente claro con respecto a la nulidad de las normas de carácter general, nulidad que se fundamenta en la violación del principio de jerarquía normativa, trátase de normas de carácter secundario, terciario, de naturaleza legal o administrativa, es el hecho de que los actos que la deciden son actos jurisdiccionales, aunque habrá que admitir que son atípicos.

Son dos los elementos que contribuyen a producir la convicción de que las decisiones que invalidan actos jurídicos de carácter general son sentencias de nulidad:

El primer elemento en apoyo de esta tesis, lo constituye el hecho de que el órgano que define si existe o no conflicto normativo vertical y que decide sobre la conformidad o no de la norma a examen con el orden normativo, es un órgano judicial.

El segundo elemento, consiste en la fuerza de verdad legal de tal decisión³⁰.

Y existe un tercer elemento, el desconfigurador, que se refiere a los efectos en el tiempo; es ésta la circunstancia que convierte la institución de la nulidad, en estos casos, en una nulidad atípica, puesto que, como se ha afirmado, la noción de nulidad es plenamente compatible con el efecto retroactivo. Pero, en tratándose de

29 BOCANEGRA SIERRA, Raul. El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional. Madrid: Instituto de estudios de administración local, 1982. p. 53-54.

30 Para una argumentación a favor de la tesis que afirma la naturaleza judicial del órgano que controla la constitucionalidad de las leyes y la fuerza de cosa juzgada de sus sentencias, Cfr., BOCANEGRA SIERRA., Op. cit., cap II. p. 31-77.

la nulidad de normas generales, esta propiedad de la vigencia temporal resulta inconveniente y de difícil ejercicio, lo que impone asumir, por principio general, el carácter irretroactivo de estas sentencias.

Este elemento desconfigurador suscita una perplejidad cuya explicación exige indagar por el origen de la reserva que se ha tenido para llamar sentencias de nulidad a las decisiones de inconstitucionalidad, reserva que no opera en el caso de los actos administrativos, en el que la expresión nulidad es utilizada sin reparo alguno.

Tal origen, puede situarse en las coordenadas históricas que constituyen las fuentes del entramado jurídico diseñado para las instituciones colombianas: el régimen francés y el derecho norteamericano.

Esta apreciación, pone de manifiesto un clarísimo proceso de hibridación.

Se alimenta este proceso, del contencioso administrativo francés que desde 1831 consagra, como competencia del Consejo de Estado, el conocimiento de el recurso por exceso de poder, que es la primera expresión de lo que puede entenderse hoy por nulidad de los actos administrativos.

Puntualiza a este efecto Jean Rivero:

...Luego de su reorganización de 1831, el Consejo de Estado que hasta allí había acogido los recursos de anulación sin preocuparse de justificar legalmente su competencia, muestra un escrúpulo en perseverar esta actitud: él cree poder encontrar la justificación buscada en una ley de 7-14 de octubre de 1790, dictada para regular una dificultad administrativa particular, y según la cual "las reclamaciones de incompetencia respecto de los cuerpos administrativos son llevados ante el rey, jefe de la administración". Esta ley aunque pareció establecer un recurso puramente jerárquico, fue desde entonces considerada como el fundamento del recurso por exceso de poder, solución aceptable en el marco de la justicia retenida. Al lado de la incompetencia, el juez admitió como segundo medio de anulación, el vicio de forma, luego después de 1840, la desviación de poder³¹.

Esta fuente, inspiradora de los sistemas legislados, ha de entenderse a la luz de dos singularidades.

31 RIVERO, Jean. Derecho Administrativo. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1984. p. 259.

Una, la coexistencia de dos jurisdicciones: la ordinaria y la contencioso-administrativa, desprendida esta última de la noción de justicia retenida y de la dinámica intraorgánica que operaba como control interno de los actos del ejecutivo, cuya última instancia era el rey, y alentada por el temor de que el ejecutivo, cuyo eje seguía siendo el monarca, incurriera en excesos y en acciones que debilitaran la fuerza del poder legislativo.

Dice Rivero que en el nacimiento de la jurisdicción administrativa, se observan dos aspectos:

a) El aspecto negativo. Una serie de textos fundamentales, a lo largo de la Revolución van a repetir la prohibición hecha al juez de interferir a la administración; como ejemplo se cita:

Ley 16-24 de agosto de 1790: "Las funciones judiciales son y permanecerán siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, bajo pena de prevaricación, perturbar de ninguna manera las operaciones de los cuerpos administrativos, ni citar ante ellos a los administrados en razón de sus funciones".

Ley del 16 fructidor, año III: Prohibiciones reiteradas se hacen a los tribunales de conocer de los actos de administración, de cualquier especie que sea, bajo penas de derecho".

b) El aspecto positivo. Sin embargo hace falta un juez para estos litigios, bajo pena de denegación de justicia.

Hasta el año VIII, es en principio, el administrador activo el que los soluciona...

En el año VIII, los órganos consultivos recientemente creados -Consejo de Estado a nivel del poder central, Consejo de prefectura a nivel del prefecto-, se ven asociados al ejercicio de la jurisdicción administrativa³².

Y en este mismo sentido, agrega Rivero:

Durante el *período revolucionario* en ausencia de toda jurisdicción administrativa organizada, diversos textos preveían recursos de anulación de actos de autoridades administrativas inferiores ante la autoridad administrativa suprema. Después del año VIII, este poder de anulación, esencialmente jerárquico, pasa al Primer Cónsul, luego al Emperador; pero lo ejerce en *Consejo de Estado*. Esta intervención

32 Ibid., p. 148-150.

del Consejo de Estado será decisiva: ella transformará progresivamente el recurso jerárquico en un recurso contencioso³³.

La otra singularidad, se refiere a la carencia de una jurisdicción constitucional que ejerza un control sobre los actos del parlamento, lo que muestra un papel limitado del juez y una tendencia manifiesta a concentrar el mayor peso de la soberanía y de la legitimidad, en las actuaciones del legislador, gracias a la tensión evidente que se da entre el Parlamento y la Corona en una monarquía constitucional.

La otra fuente de las instituciones jurídicas colombianas, la constituye el acervo de las tradiciones del *Common Law*, actualizadas en la naciente democracia norteamericana, de donde se toma la idea de la jurisdicción constitucional, produciéndose una ruptura que da origen a la hibridación ya mencionada.

Es preciso advertir, que en la jurisdicción constitucional norteamericana se utiliza la palabra nulidad para referirse a la consecuencia de ese control, pero la expresión no puede entenderse en el sentido francés o a la manera como es concebida en los diseños jurídicos de corte racionalista, en los cuales se le asigna una fuerza tal que clausura la norma de manera tajante.

En estricto sentido, en los Estados Unidos, ese control técnicamente ha de denominarse *inaplicabilidad* y, en consecuencia, no es dable pensar que resulte afectada de un sólo golpe la validez de la norma, sino que lo afectado es la propiedad de su vigencia. Por cuanto en los sistemas consuetudinarios, la estructura sobre la que se elabora el concepto de validez, está radicada en la eficacia.

En el sistema de control constitucional americano, lo que se aprecia es un proceso de afectación de la vigencia de la norma, mediante pronunciamientos judiciales con efectos restringidos a las partes y que, dada su persistencia y su carácter reiterado, desatan el fenómeno de la *desuetudo*, que genera la pérdida de validez por carencia total y definitiva de vigencia de la norma reiteradamente inaplicada.

Este fenómeno, bien pudiera denominarse *regla de eliminación*, para indicar con ello que la consecuencia final es la exclusión de la norma, no mediante un juicio único de carácter rotundo y absoluto, y no necesariamente en razón de un quebranto lógico-formal del principio de jerarquía normativa. Y esta última característica se pone en evidencia por cuanto el sistema normativo, si así puede llamarse, en la práctica jurídica de esa cultura es abierto, al punto que los contenidos materiales se prefieren a las formalidades legales: lo sustancial a lo procedimental.

33 Ibid., p. 259.

En estas circunstancias, en el sistema americano no se requiere forzar el principio de la cosa juzgada, puesto que el órgano judicial cuando ejerce la jurisdicción constitucional asume una actitud más moderada y menos pretenciosa, en tanto sus sentencias no tienen efectos *erga omnes*. Y en estos términos, los jueces pudieran sí considerarse legisladores negativos, pero de carácter mediato, a diferencia de lo que sucede en el sistema legislado, donde el carácter inmediato y concluyente de las nulidades referidas a normas generales, convierten al juez en un legislador negativo con la misma vocación del legislador positivo, en su pretensión de ser un previsor genérico del futuro, y no un agente procurador de soluciones de casos sub-lite.

No otra explicación pudiera tener la expresión *inexequibilidad* que conserva su huella semántica en el lenguaje jurídico colombiano.

Exequibilidad proviene del latín *exsequor*, y significa seguir, buscar, tratar de conseguir o averiguar, hacer valer, perseguir, ejecutar³⁴.

Tanto el significado positivo, exequibilidad, como el negativo, inexequibilidad, son utilizados por los juristas colombianos, desde los albores de la República, y elevados a la categoría de texto Constitucional desde 1910, en el sentido de ejecutabilidad o de inejecutabilidad o carencia de efectos. Sin embargo, el significado de inejecutabilidad se ha asimilado a la expresión Nulidad, entendida ésta como falta de validez formal, y se le ha atribuido un efecto de carácter general - *erga omnes* -, en directa simetría con la concepción francesa de nulidad, elaborada para los actos administrativos de carácter general.

Es perfectamente explicable que esta confusión, proveniente de una asimilación inadecuada de la validez, sin reconocer su significado diferente en los dos sistemas, haya generado una consagración concomitante de la acción de inexequibilidad y de la acción de inaplicabilidad o, más exactamente, la excepción de inconstitucionalidad, en el ordenamiento jurídico Colombiano.

En consecuencia, el fenómeno de la hibridación se explica así: de una parte la influencia del régimen administrativo francés, régimen en el que finalmente se subsume el Estado de Derecho, aporta a las instituciones colombianas la *acción de nulidad*, viable para los actos regla producidos por la administración, y la *acción de plena jurisdicción*, procedente frente a los actos administrativos propiamente dichos.

34 Diccionario Ilustrado Latino - Español - Español - Latino. Barcelona: Publicaciones y ediciones SPES, 1958, p. 182.

Y de la otra, la influencia del *Rule of Law*, presente y actualizado en el Derecho Norteamericano, del cual se extrae la idea de la jurisdicción constitucional, pero no así la técnica que en dicha cultura jurídica caracteriza el control, puesto que allí las llamadas nulidades de la ley, cuando se advierte incongruencia de ésta con la Constitución, lejos están de ser un tipo de nulidad semejante al proferido por los tribunales administrativos franceses.

Se injerta en el sistema colombiano entonces, una técnica de jurisdicción constitucional que obedece y hereda los parámetros del control de los actos administrativos de carácter general, donde esa nulidad de la ley tendrá efectos *erga omnes* y vigencia temporal pro-futuro.

Pero, la legislación colombiana no renuncia a consagrar la técnica propia del control constitucional operante en los Estados Unidos, dando lugar a la consagración concomitante de una figura que es plenamente identificable con el mecanismo de control en aquella cultura: la inaplicabilidad (artículo 40, Acto Legislativo No. 3 de 1910; artículo 4° Constitución de 1991).

4.2. ¿QUÉ PUEDE SIGNIFICAR LA NULIDAD DE UNA NORMA JURÍDICA PARTICULAR?

Como ya se anotó, las normas particulares pueden provenir de tres tipos de fuentes en las cuales lo común es el alcance de la vigencia en el ámbito personal, en el que los sujetos vinculados son individuales y definidos.

Dentro de las normas particulares se puede marcar una diferencia en torno a un criterio que define un modo de producción:

Cuando la norma es producida por una entidad estatal, la característica general es la nota de unilateralidad de dicha norma, que se denomina propiamente acto administrativo.

Ahora bien: cuando esas normas de carácter individual o particular son el producto de un acuerdo entre dos sujetos individuales o colectivos, privados y/o públicos, se está en presencia de la figura de la contratación, que da lugar a los contratos de orden privado o administrativo.

Una tercera opción corresponde a las sentencias judiciales, cuyos efectos son interpartes.

Estas tres líneas permiten una reflexión general, válida y común a las hipótesis enunciadas, sin que sea necesario entrar en las particularidades que cada una de estas nulidades suponen. Esa reflexión general, permite decir que las nulidades

producidas con respecto a actos jurídicos de carácter particular, son típicos actos jurisdiccionales cuya vigencia personal está restringida, en principio, a los sujetos vinculados por la norma e interesados en su anulación; y con respecto a los efectos en el tiempo -vigencia temporal- requieren y reclaman los efectos propios de una nulidad, que consisten en ser retroactivos.

4.3. ¿QUÉ PUEDE SIGNIFICAR LA NULIDAD DE UN ACTO JURÍDICO ENTENDIDO

COMO UN ACTO MATERIAL DE EJECUCIÓN DE UNA NORMA

O DISPOSICIÓN NORMATIVA?

Esta hipótesis resulta pertinente de considerar sobre todo en materia atinente a actos administrativos puesto que existen situaciones donde la inobservancia de un requisito esencial para la consolidación del acto, ha sido entendida por algunos doctrinantes como una situación de inexistencia normativa

Sin embargo, resulta posible que aún así, gracias a la propiedad llamada ejecutividad del acto administrativo, se produzcan o se puedan producir efectos que impliquen lesionamiento o desconocimiento de situaciones jurídicas de carácter subjetivo.

Frente a esta hipótesis no resultaría lógico demandar la validez de la actuación que, siendo jurídica, no es normativa. En este evento, lo adecuado sería entonces iniciar una acción, no de nulidad sino de reparación y/o responsabilidad extracontractual.

Sin embargo, allende el formalismo y recogiendo la tesis de presunción de validez de esos actos administrativos, bajo ninguna circunstancia resultaría una desafortunada ocurrencia, solicitar la nulidad de tan discutibles actos, para desatar así las consecuencias inherentes a tal declaración.

Este recorrido teórico alrededor de la nulidad, permite abrir la hipótesis de que anular normas de carácter general, de manera rotunda y concluyente, mediante una decisión judicial cuyos efectos sean *erga omnes*, acarrea situaciones de inconveniencia y dificultades de orden práctico.

Esta hipótesis conduciría a replantear la nulidad de normas generales, atendiendo a unos criterios que restrinjan su ámbito, con respecto a la frecuencia ilimitada de la acción que la promueve, frente al marco jurídico que define las razones que motivan la decisión y frente a los efectos que genera. Podría pensarse sí, como una vía alternativa que complemente el mecanismo de la inaplicabilidad.

La hipótesis de que la anulación de normas de carácter general acarrea situaciones de inconveniencia y dificultades de orden práctico, no puede entenderse como una afirmación vacía. No otro pudiera ser el sentido o la interpretación de las advertencias o exhortaciones de Kelsen, en su texto "De la Garantía Jurisdiccional de la Constitución", cuando se refiere al resultado del control de la constitucionalidad.

En resumen, recomienda Kelsen:

a. Es necesario que el acto sometido al control del Tribunal Constitucional sea directamente anulado. Esta sentencia, debe tener fuerza anulatoria, aunque se refiera a normas generales.

Deja traslucir que la fuerza anulatoria de las sentencias, en principio, corresponde a normas particulares.

b. Dada la importancia que tiene la anulación de una norma general, es recomendable autorizar al Tribunal a no anular un acto por vicios de forma (irregularidades en el procedimiento), sino cuando este vicio es particularmente esencial. La apreciación de ese carácter, es mejor dejarla a entera libertad del Tribunal.

Admite que los motivos formales que sustentarian la decisión, pueden ser prescindibles. Sugiere una forma de convalidación, característica propia de las llamadas nulidades relativas en el derecho privado.

Resulta conveniente, en interés de la seguridad jurídica, que la anulación de las normas generales, procediera sólo dentro de un plazo fijado por la Constitución. Por ejemplo, tres a cinco años a partir del momento de la entrada en vigor de la norma irregular. Sería lamentable anular una ley después de que ha estado en vigor durante largos años sin haber sido criticada.

Sugiere la adopción de un término razonable que aplace o condicione el ejercicio de la acción.

c. Sería conveniente, en interés de la seguridad jurídica, no atribuir en principio ningún efecto retroactivo a la anulación de normas generales. Se deben, al menos, dejar subsistir todos los actos jurídicos anteriormente realizados con base en la norma en cuestión.

Ese interés no existe, cuando los hechos anteriores a la anulación no han sido todavía objeto de ninguna decisión de autoridad pública.

Estos hechos, si se evitara todo efecto retroactivo a la resolución de anulación, deberían ser juzgados de acuerdo con la norma anulada.

Evitar todo efecto retroactivo quiere decir que la norma es anulada pro-futuro, esto es, para los hechos posteriores a la anulación.

Admite la posibilidad de que los efectos de las de las sentencias sean retroactivos.

c. De la anulación puede resultar una esfera vacía de derechos. Una materia que hasta entonces se encontraba regulada, deja de serlo. Las obligaciones jurídicas desaparecen, la libertad jurídica les sucede.

En ocasiones, esta situación puede producir muy lamentables consecuencias. Sobre todo, si la ley no ha sido anulada en razón de su contenido, sino sólo en razón de un vicio en la forma, producido durante su elaboración y, en particular, si la confección de una ley que regule el mismo objeto requiere un tiempo bastante considerable.

Para remediar este inconveniente, es bueno prever la posibilidad de diferir los efectos de la anulación hasta la expiración de un cierto término, contado a partir de su publicación³⁵.

Advierte la posibilidad de que este tipo de nulidades generen vacíos normativos. Se hace notoria aquí su confusión entre validez y vigencia normativa, cuando propone una línea de solución discutible, para estos eventos.

Todas estas advertencias producidas por el creador del modelo austríaco, paradigma del control constitucional en los sistemas legislados, ponen en evidencia las fisuras inherentes a esa construcción. Bastaría preguntar:

- ¿Sí es justificable privilegiar la utilización de tal sistema bajo el pretexto de mantener incólume el principio de la seguridad jurídica?

- ¿Y si se adoptase, por el contrario, el otro sistema, el norteamericano, práctico e inmune a las fisuras ya mencionadas, se estaría corriendo efectivamente el riesgo de soslayar la seguridad jurídica?

El dogma de la seguridad jurídica no resulta tan sólido ni tan indiscutible. Un sólo ejemplo mostraría su debilidad.

Dice Albert Calsamiglia: "La posibilidad de múltiples interpretaciones de una norma puede ser un argumento importante para demostrar la falsedad del mito de la seguridad jurídica. En último término el órgano encargado de la interpretación y la aplicación de la norma decide cual es la interpretación válida. La norma jurídica al ser un marco abierto que admite múltiples interpretaciones, todas regulares, no puede instaurar absolutamente la seguridad jurídica"³⁶.

35 KELSEN, Hans. La Garantía Jurisdiccional de la Constitución. México: U.N.A.M., 1974. p. 504-506.

36 CALSAMIGLIA, Albert. Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica. Barcelona: Ariel, 1978. p. 193.

Pareciera finalmente, que un examen de la seguridad jurídica, realizado desde una amplia perspectiva que rebase el formalismo jurídico, pueda ser la clave que incline la balanza de la decisión.

En el Derecho...
El sistema...
Los sistemas...
El sistema...
El sistema...

El sistema...
El sistema...
El sistema...

El sistema...
El sistema...
El sistema...