

UNIVERSITAT POMPEU FABRA

TESIS DOCTORAL

SOBRE EL CARÁCTER DE LAS

NORMAS DE COMPETENCIA

Jordi Ferrer Beltrán

Barcelona, 1997

TESIS DOCTORAL

SOBRE EL CARÁCTER DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA

Jordi Ferrer Beltrán

Director: Jorge F. Malem Seña

Universitat Pompeu Fabra. Barcelona

1997

ÍNDICE.

Introducción.

1. El derecho como sistema dinámico y las normas de competencia.
2. Sobre el carácter de las normas de competencia.

PRIMERA PARTE.

Capítulo I. Las normas de competencia como obligaciones indirectas.

1. Las normas de competencia en la teoría del derecho de Kelsen.

1.1. Sistemas estáticos y sistemas dinámicos.

1.2. Las normas de competencia hasta la 2ª edición de la *Teoría Pura del*

Derecho.

1.2.1. El concepto de competencia.

1.2.2. Las normas de competencia como partes de normas.

1.2.2.1. Algunas críticas.

1.2.3. Las normas de competencia como obligaciones indirectas.

1.3. Las normas de competencia en la *Teoría General de*

las Normas.

2. Las normas de competencia en la teoría del derecho de Nino.
3. Algunas críticas a la concepción de las normas de competencia como obligaciones indirectas.

Capítulo II. Las normas de competencia como normas permisivas.

1. Las normas de competencia en la teoría de von Wright.
 - 1.1. Normas de primer orden y normas de orden superior.
 - 1.2. Normas de competencia.
 - 1.2.1. El carácter de las normas de competencia.
 - 1.3. Existencia y validez.
 - 1.3.1. La existencia de las normas.
 - 1.3.2. La validez de las normas.
2. La tesis permisivista en la teoría de Alchourrón y Bulygin.
 - 2.1. Sistema del súbdito y sistema del juez.
 - 2.2. Criterios de identificación y normas de competencia.
 - 2.2.1. Normas formuladas y normas derivadas.
 - 2.3. Existencia y validez.
 - 2.4. Limitación de la competencia.
3. Algunas críticas a la tesis permisivista.

Capítulo III. Las normas de competencia como definiciones o reglas conceptuales.

1. La concepción de Hart: reglas secundarias y normas de competencia.

1.1. El marco teórico previo.

1.1.1. Un modelo de derecho como órdenes coercitivas.

1.1.2. El paso de una estructura social primitiva a los ordenamientos jurídicos modernos.

1.2. Sobre las reglas secundarias y las normas de competencia.

1.2.1. Las reglas secundarias en Hart.

1.2.2. La clase de las reglas secundarias no es coextensiva con las normas de competencia.

1.2.3. El carácter de las normas de competencia.

2. Las normas de competencia en la teoría del derecho de Ross.

2.1. El derecho como sistema de normas.

2.2. Las normas de competencia como obligaciones indirectas.

2.3. Las normas de competencia como definiciones.

2.4. Compatibilidad o incompatibilidad entre las dos reconstrucciones rossianas de las normas de competencia.

3. Las normas de competencia como definiciones en la teoría de Alchourrón y Bulygin.

3.1. El argumento de la nulidad.

4. Algunas críticas a la concepción de las normas de competencia como definiciones.

SEGUNDA PARTE.

Capítulo IV. Las normas de competencia como reglas constitutivas de la competencia (I).

1. Las diferentes concepciones de la tesis no reductivista.
2. Algunos problemas de las concepciones no reductivistas.
3. La referencia del concepto 'norma de competencia'.

3.1. El sujeto.

3.2. La propiedad 'ser competente'.

3.2.1. La competencia y el criterio de identificación del sistema.

3.3. El acto jurídico.

3.4. La materia.

Capítulo V. Las normas de competencia como reglas constitutivas de la competencia (II).

1. El carácter de las normas de competencia.

2. Normas de competencia, identificación de las normas o actos válidos y nulidad.

3. Disposiciones de competencia y normas de competencia.

Conclusiones.

Bibliografía citada.

Introducción.

1. El derecho como sistema dinámico y las normas de competencia.

Kelsen destacó, y hoy es un lugar común, que una de las particularidades del derecho es que éste regula su propia creación¹. El conjunto de normas jurídicas válidas en un determinado territorio está inmerso en un continuo proceso de adición de nuevas normas y eliminación de otras que, hasta ese momento, pertenecían al conjunto. Aquéllo que le otorga carácter dinámico al derecho es que son sus propias normas las que establecen quién, cuándo y cómo puede ingresar o eliminar normas del conjunto. Son las llamadas *normas de competencia* (o normas que confieren poderes) las que establecen todas o parte de esas condiciones para la producción y eliminación de normas del conjunto. Por ello, si se quiere determinar si una norma es válida en un

¹ Vid., por ejemplo, KELSEN, H.: *Teoría General del Derecho y del Estado*, UNAM, [Trad. García Máynez, E.], México D.F., 1988, pág. 146.

sistema dinámico necesariamente habrá que determinar si la autoridad que dictó la norma era competente y, a su vez, para averiguar esto último deberá atenderse a lo establecido por las normas de competencia del sistema. Puede sostenerse, en fin, que debido al carácter dinámico de los sistemas jurídicos las normas de competencia ocupan un lugar central en toda reconstrucción adecuada del material jurídico².

En las líneas que preceden he usado conceptos como sistema, norma de competencia, competencia, validez, entre otros. Todos ellos son conceptos centrales para la confección de una teoría del derecho, que, por ello, debería ofrecer una definición y un uso precisos de los mismos. Ahora bien, éstos no pueden reconstruirse aisladamente por cuanto tienen evidentes interrelaciones que producen que cualquier decisión conceptual acerca de uno de ellos incida en la caracterización del resto³. Por eso, el anclaje del concepto de norma de

² En ese sentido, Hart sostiene que no puede ofrecerse una definición general del derecho sin un previo análisis del papel de las normas de competencia. Vid. HART, H.L.A.: "Legal Powers", en HART, H.L.A.: *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1982, pág. 196. Cfr. también, entre otros, BLACK, O.: "Legal Validity and the Infinite Regress", en *Law and Philosophy*, vol. 15, n° 4, 1996, págs. 342 y 346; y LINDAHL, L.: *Position and Change. A Study in Law and Logic*, Reidel Publishing Company, Dordrecht, 1977, pág. 194.

³ En otras palabras, *termini sine theoria nihil valent*. Sobre la noción de reconstrucción racional de un concepto, vid. CARNAP, R.: *Meaning and Necessity. A Study in Semantics and Modal Logic*, The University of Chicago Press, Chicago, 1988, págs. 7 y 8; Id.: *Logical Foundations of Probability*, The University of Chicago Press, Chicago, 1951, págs. 5 a 7. Puede verse una propuesta de traslación del análisis de Carnap a los conceptos jurídicos en FRÄNDBERG,

competencia en una red conceptual más amplia, capaz de dar cuenta del fenómeno jurídico, estará presente en todo el desarrollo de la tesis.

El trabajo que aquí se inicia adopta un enfoque analítico del quehacer filosófico. Desde una perspectiva analítica, puede decirse que la filosofía consiste en un análisis de la estructura conceptual a través de la que comprendemos el mundo. Analizar esa estructura implica la descomposición de la misma en sus partes integrantes y la identificación de las relaciones que se dan entre ellas. En palabras de Berlin:

"(...) la filosofía no es un estudio empírico; no es el examen crítico de lo que existe o ha existido o existirá, cosas de las que se ocupan el sentido común en sus conocimientos y creencias, así como los métodos de las ciencias naturales. Tampoco es una forma de deducción formal, como lo son las matemáticas y la lógica. Su materia de estudio la constituyen, en gran medida, no las cosas de la experiencia, sino los modos como se les ve, las categorías permanentes o semipermanentes en términos de las cuales se concibe y clasifica a la experiencia."⁴

Á.: "An Essay on the Systematics of Legal Concepts. A Study of Legal Concept Formation", en *Scandinavian Studies in Law*, 1987, págs. 113 a 115.

⁴ Vid. BERLIN, I.: "El objeto de la filosofía", en BERLIN, I.: *Conceptos y categorías. Ensayos filosóficos*, Fondo de cultura económica, [Trad. González Aramburo, F.], Madrid, 1992, págs. 38 y 39. También puede resultar iluminadora la forma en que Hempel concibe el método científico, cuyo análisis sería, al menos en parte, el objeto de la filosofía: "La sistematización científica requiere el establecimiento de diversas conexiones, mediante leyes o principios teóricos, entre diferentes aspectos del mundo empírico, que se caracterizan mediante conceptos científicos. Aquí, los conceptos de la ciencia son los nudos en una red de interrelaciones sistemáticas en las que

De este modo, el trabajo filosófico consiste en la explicación o reconstrucción de los conceptos a través de los estudiamos los hechos del mundo y de las relaciones que aquellos guardan entre sí. Ésto supone que el entramado conceptual al que la filosofía dedica su atención es ya usado por nosotros. Ahora bien, es plausible afirmar que el hecho de que usemos un entramado conceptual no conlleva necesariamente que tengamos una clara comprensión de ese entramado y de las leyes que gobiernan las relaciones entre sus diversos nudos o conceptos⁵.

Si se traslada esta imagen al ámbito jurídico, no podrá negarse que los juristas manejan con un alto grado de conocimiento un buen número de conceptos, tales como préstamo, violación, sucesión intestada, etc. Ahora bien, también es cierto que el jurista hace uso de otros conceptos más generales que, aunque figuran en su disciplina, está ante ellos en la misma situación en la que nos encontramos frente a determinados términos

las leyes y los principios teóricos constituyen los hilos." Cfr. HEMPEL, C.G.: *Filosofía de la ciencia natural*, Alianza, [Trad. Deaño, A.], Madrid, 1995, págs. 138 y 139. Vid. también CARNAP, R.: "La antigua y la nueva lógica", en AYER, A.J.: *El positivismo lógico*, Fondo de Cultura económica, Madrid, 1993, pág. 139.

⁵ En ese sentido, Strawson presenta una iluminadora analogía entre el quehacer filosófico y el del gramático. Vid. STRAWSON, P.F.: *Analysis and Metaphysics. An Introduction to Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 1992, págs. 5 y ss.

preteóricos⁶. Aunque los juristas usan conceptos como norma jurídica, validez, nulidad, competencia, etc, parecen no tener un amplio dominio teórico de los mismos, debido, en parte, al hecho de que se trata de conceptos ampliamente contestados en el ámbito jurídico. Por ello, al menos una de las tareas a las que ha de dedicarse la filosofía del derecho es el análisis de esos conceptos y de sus interrelaciones⁷.

La aplicación de estas ideas ha llevado a Ross a sostener que la filosofía del derecho:

"(...) no tiene un objeto específico coordinado con y distinto del objeto de la «ciencia del derecho» -el estudio del derecho- en sus varias ramificaciones. La relación de la filosofía del derecho con la ciencia del derecho es refleja; la filosofía del derecho dirige su atención hacia el aparato lógico de la ciencia del derecho, en particular hacia el aparato de conceptos, con miras a hacerlo objeto

⁶ En el mismo sentido, vid. MORESO, J.J.: "Proyecto docente y de investigación", presentado como primer ejercicio al concurso de la Cátedra de Filosofía del Derecho, Moral y Política de la Universidad de Girona, 1996, pág. 30. Me he beneficiado ampliamente de ese trabajo para la redacción de estas páginas introductorias.

⁷ Cfr., en este sentido, BULYGIN, E.: "Kant y la filosofía del derecho contemporánea", en ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pág. 380.

de un análisis lógico más detallado que el que efectúan los diversos estudios jurídicos especializados."⁸

En mi opinión, no obstante, el análisis conceptual que realiza la filosofía no debe limitarse al discurso científico y, en el caso de la filosofía del derecho, al lenguaje de la ciencia del derecho o dogmática. También el uso no científico del lenguaje precisa de conceptos o categorías a través de los que clasificamos los objetos o eventos del mundo. De este modo, la filosofía puede dirigir fructíferamente su análisis hacia la estructura conceptual subyacente a cualquier tipo de discurso, sea científico u ordinario⁹. Pero, además, frente a las ciencias naturales, el estudio del derecho tiene la particularidad de que tanto ese estudio como el objeto del mismo se expresan en un lenguaje. Por ello, la filosofía del derecho bien puede ocuparse del aparato conceptual que subyace tanto al discurso de los juristas como al propio discurso del derecho. Es más, la llamada ciencia jurídica toma del derecho positivo la mayor parte de los conceptos que usa, de modo que puede decirse que "naciones tales como asesinato, parricidio, grado de parentesco, bien mueble, letra de cambio o ley orgánica, son usados por los juristas de

⁸ Vid. ROSS, A.: *Sobre el derecho y la justicia*, 5ª ed., EUDEBA, [Trad. Carrió, G.R.], Buenos Aires, 1994, pág. 25.

⁹ En este mismo sentido vid., por ejemplo, CARNAP, R.: *Meaning and Necessity*, op. cit. pág. 7; y BERLIN, I.: "El objeto de la filosofía", op. cit., pág. 42.

forma «parasitaria» de su uso en el lenguaje del Derecho."¹⁰ El objeto de la filosofía del derecho, entonces, estará integrado no sólo por el andamiaje conceptual de la ciencia del derecho, como afirma Ross, sino también por la estructura del lenguaje del derecho positivo¹¹.

Von Wright ha señalado que el análisis filosófico consiste fundamentalmente en la construcción de un andamiaje conceptual que sea capaz de dar cuenta de nuestras intuiciones conceptuales¹². Si se traslada esta concepción al ámbito de la teoría del derecho contemporánea, puede decirse que una de las intuiciones recurrentes es que el derecho es un conjunto de normas sistemáticamente organizado¹³. Ahora bien, afirmar que el derecho tiene forma sistemática exige algo más que la identificación de un simple agregado de normas pertenecientes al mismo. Es necesario también definir

¹⁰ Vid. MORESO, J.J.: "La construcción de los conceptos en la ciencia jurídica", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XII, 1995, pág. 369.

¹¹ Spaak realiza al mismo punto una matización distinta, al considerar que el análisis conceptual es una tarea central pero no la única de la filosofía. Vid. SPAAK, T.: *The Concept of Legal Competence*, Dartmouth Publishing Company, Aldershot, 1994, pág. 28.

¹² Vid. WRIGHT, G.H. von: *The Varieties of Goodness*, Routledge & Kegan Paul, London, 1963, págs. 4 a 6; Id.: "Intellectual Autobiography", en SCHILPP, P. y HAHN, L. (eds.): *The Philosophy of Georg Henrik von Wright*, Library of Living Philosophers, La Salle, Illinois, 1989, pág. 49.

¹³ Vid. CARACCILO, R.: *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, pág. 11; y MORESO, J.J. y NAVARRO, P.E.: *Orden jurídico y sistema jurídico. Una investigación sobre la identidad y la dinámica de los sistemas jurídicos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 22.

una o varias relaciones entre las normas de ese agregado. Esas relaciones determinan la estructura sistemática del conjunto de normas¹⁴. Por tanto, el concepto de sistema jurídico que se use dependerá de la determinación de las relaciones que las normas del conjunto deben guardar entre sí. Y, dado que esas relaciones cumplen la función de criterios de pertenencia al sistema, si se modifican aquéllas cambiará también el conjunto de normas que pertenezcan al sistema jurídico. Esto es, se identificarán sistemas jurídicos distintos.

Una segunda intuición conceptual recurrente en teoría del derecho, a la que he hecho mención en las primeras líneas de este trabajo, es que la competencia de la autoridad emisora de una norma es condición de la validez de ésta. Y, en segundo lugar, que la competencia de la autoridad depende de lo que establezcan algunas normas del sistema, a las que se llama por ello 'normas de competencia'¹⁵. Es por eso que puede decirse que el derecho regula su propia creación y que es, en definitiva, un sistema dinámico. No

¹⁴ Vid. ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: "Sobre el concepto de orden jurídico", en ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: *Análisis lógico y Derecho*, op. cit., pág. 396; y CARACCIOLO, R.: *El sistema jurídico. Problemas actuales*, op. cit., págs. 12 y 57.

¹⁵ Vid. MENDONCA, D.: *Exploraciones normativas*, Fontamara, México D.F., 1995, pág. 46; y CARRIÓ, G.: "Sobre los límites del lenguaje normativo", ahora en CARRIÓ, G.: *Notas sobre derecho y lenguaje*, 4ª ed. corregida y aumentada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, págs. 253 y 254.

obstante, a la luz de la concepción filosófica que he ligeramente delineado en las páginas precedentes, esa intuición conceptual debe explicarse o reconstruirse racionalmente en una red conceptual en la que resultarán de especial importancia los conceptos de competencia, norma de competencia, validez, pertenencia, nulidad, existencia de normas, etc, así como las formas en que éstas se relacionen. Habrá de determinarse, en fin, qué tipo de condición, necesaria, suficiente o necesaria y suficiente, es la competencia de la autoridad para la validez de las normas que emita.

Parece correcto decir que si se quiere dar cuenta de los criterios de pertenencia de normas a los sistemas jurídicos contemporáneos hay que hacer especial mención de los criterios de legalidad y deducibilidad. Esos criterios han sido presentados por Caracciolo como sigue¹⁶:

Criterio de legalidad:

"Si N pertenece a S , y N autoriza a x la promulgación de NI , y x ha promulgado NI , entonces NI pertenece a S ."

¹⁶ Vid. CARACCILO, R.: *El sistema jurídico. Problemas actuales*, op. cit., pág. 57.

Criterio de deducibilidad:

" S N pertenece a S , y NI es una consecuencia lógica de N o es una consecuencia lógica de N y algún enunciado E , entonces NI pertenece a S ."

En atención al tema de este trabajo, el criterio de deducibilidad será sólo analizado de forma tangencial. El criterio de legalidad, en cambio, ocupa un lugar central en la discusión teórica acerca de las normas de competencia. Es más, en función de la tesis que se sostenga respecto de éstas será necesaria una formulación parcialmente diversa del criterio de legalidad. Ese criterio indica la relación entre los conceptos de competencia, norma de competencia y validez de las normas. Así, se exigirán formulaciones distintas del criterio en atención a si se sostiene que la competencia es condición necesaria, suficiente o necesaria y suficiente de esa validez. Este punto será analizado en la segunda parte del trabajo.

No obstante, para una mejor comprensión del trabajo, es conveniente la introducción de algunas distinciones fundamentales. En primer lugar, si se acepta que el sistema jurídico es un sistema deductivo, entonces pertenecen al mismo todas las normas que son consecuencia lógica de otras normas del sistema. De este modo, entre las normas pertenecientes al sistema, figuran

normas formuladas y normas derivadas. Las primeras pertenecen al sistema desde su promulgación, esto es, su formulación en un lenguaje por algún sujeto. Las normas derivadas, en cambio, deben su pertenencia al hecho de ser consecuencia lógica de alguna o algunas normas formuladas del sistema¹⁷.

En segundo lugar, Caracciolo ha distinguido entre normas independientes y normas dependientes en función de si su pertenencia al sistema exige la pertenencia previa de otras normas. De este modo, las normas independientes serían aquéllas cuya pertenencia al sistema no requiere la pertenencia previa de otras normas. Y serían normas dependientes aquéllas cuya pertenencia sí está condicionada por la pertenencia de alguna otra norma¹⁸. Podrá observarse que todas las normas derivadas son normas dependientes, puesto que su pertenencia exige la de las normas formuladas de las que son consecuencia lógica. En cambio, la normas formuladas pueden ser dependientes o independientes.

¹⁷ Vid. ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: "Sobre el concepto de sistema jurídico", op. cit., pág. 396.

¹⁸ Cfr. CARACCILO, R.: *El sistema jurídico. Problemas actuales*, op. cit., pág. 31; y MORESO, J.J. y NAVARRO, P.E.: *Orden jurídico y sistema jurídico...*, op. cit., pásg. 37 y ss.

Finalmente, es necesario distinguir entre orden jurídico y sistema jurídico. Esta última dicotomía fue introducida por Alchourrón y Bulygin para dar cuenta de dos afirmaciones que los juristas suelen mantener simultáneamente y que, sin ella, parecen incompatibles. Así, afirman, por un lado, que el derecho tiene carácter sistemático y, por otro, que a pesar de la introducción o eliminación de algunas de sus normas, el sistema jurídico sigue siendo *el mismo*. Es evidente que ambas cosas no pueden sostenerse simultáneamente si se mantiene invariable la noción de sistema que en ellas se usa, dado que cualquier sistema cambia cuando lo hace alguno de sus elementos. Por ello, Alchourrón y Bulygin restringen la noción de sistema jurídico para referirse al conjunto de normas jurídicas de un momento temporal dado, y usan la noción de orden jurídico para referirse a una secuencia de sistemas jurídicos. La unidad de la secuencia, esto es, del orden jurídico, estaría entonces determinada por la identidad de los criterios usados para la identificación de los sistemas que integran la secuencia¹⁹.

¹⁹ Cfr. ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: "Sobre el concepto de orden jurídico", op. cit., págs. 396 y 397. El primero en advertir la ambigüedad señalada del término 'sistema jurídico' fue Raz, quien propuso la terminología de 'sistema jurídico momentáneo' para referirse al conjunto de normas jurídicas válidas en un determinado momento, y 'sistema jurídico' para referirse al conjunto de los sistemas jurídicos momentáneos. Vid. RAZ, J.: *El concepto de sistema jurídico*, UNAM, [Trad. Tamayo y Salmorán, R.], México D.F., 1986, pág. 55.

En el marco de ésta distinción, puede precisarse algo más los conceptos de norma dependiente e independiente. Caracciolo llama 'norma independiente' a aquélla cuya pertenencia al sistema no depende de la pertenencia de otra norma. Y 'norma dependiente' a aquélla cuya pertenencia al sistema sí requiere la pertenencia de otra norma al mismo sistema. Por mi parte, en cambio, usaré la distinción de modo ligeramente modificado. Llamaré 'normas independientes' a las normas formuladas que pertenezcan al *sistema originario* del orden jurídico. La calificación de dependientes, en cambio, se otorgará a todas aquellas normas cuya pertenencia dependa de la de otras normas a alguno de los sistemas jurídicos que integran el orden jurídico.

En base a las tres distinciones propuestas, puede situarse la relevancia de las normas de competencia en el marco de la identificación de la pertenencia al sistema de las normas dependientes formuladas. Por ello, salvo advertencia contraria, cuando en este trabajo se haga referencia a la validez de las normas, deberá entenderse siempre de forma limitada a la de las normas dependientes formuladas.

Es más, con la limitación recién señalada, 'validez' y 'pertenencia' se usarán como sinónimos. Como ha sido advertido por diversos autores, el término 'validez' es usado en la literatura jurídica con una gran ambigüedad²⁰. Por ello, no todos los autores cuyas obras serán estudiadas en la primera parte del trabajo usan el término en el mismo sentido. No obstante, creo que es general la atribución de, al menos, el significado de pertenencia²¹. En todo caso, cuando, en el contexto del análisis de las tesis de un autor, se use 'validez' con un sentido distinto a 'pertenencia' será advertido expresamente. Por último, también 'nulidad' e 'invalidez' serán usados como sinónimos.

2. Sobre el carácter de las normas de competencia.

Que las normas de competencia ocupan un lugar central en la reconstrucción de los sistemas jurídicos ha sido ya señalado. Hasta aquí,

²⁰ Vid., por todos, GARZÓN VALDÉS, E.: "Algunos modelos de validez normativa", en *Revista Latinoamericana de Filosofía*, vol. III, n° 1, 1977.

²¹ Es más, desde una perspectiva positivista de la teoría del derecho, Bulygin ha sostenido que "(...) una teoría jurídica sólo puede afirmar la validez de una norma en el sentido de su pertenencia a un determinado orden o sistema". Vid. BULYGIN, E.: "Kant y la filosofía del derecho contemporánea", op. cit., pág. 378.

puede decirse que, aunque con terminologías distintas, autores como Kelsen, Bobbio, von Wright o Alchourrón y Bulygin muestran un grado absoluto de acuerdo. No obstante, ese acuerdo se desvanece si se plantea la espinosa cuestión del carácter de las normas de competencia. Este desacuerdo teórico tiene, a su vez, una especial relevancia práctica. Basta mencionar que la composición del sistema jurídico, es decir, la pertenencia de las normas al sistema puede variar sustancialmente si se opta por una u otra de las tesis en conflicto. En el desarrollo del trabajo, mostraré algunos ejemplos de esa incidencia práctica. Es más, como ya ha sido señalado, también la formulación del criterio de legalidad se verá afectada en función del carácter que se atribuya a las normas de competencia.

Por todo ello, sostengo que el concepto de norma de competencia ocupa un lugar central en la red conceptual que nos permite comprender el fenómeno jurídico. En ese sentido, una tesis acerca del carácter de las normas de competencia deberá dar cuenta de la inserción de su concepto de norma de competencia en un esquema más amplio y de sus relaciones con otros conceptos como validez, nulidad, sanción, competencia, etc. Como se verá en el desarrollo del trabajo, los principales problemas que presentan las diversas concepciones de las normas de competencia pueden ser residenciados

precisamente en su inserción en un andamiaje conceptual más amplio que nos permita comprender claramente el fenómeno jurídico.

Pueden identificarse tres tesis clásicas acerca del carácter de las normas de competencia, a saber, i) la que sostiene que son normas que establecen obligaciones indirectas; ii) la que sostiene que conceden permisos a las autoridades para realizar acciones normativas; y iii) la que puede llamarse 'tesis no reductivista', que, negativamente, se caracteriza por el rechazo de cualquier concepción que implique la atribución de un carácter prescriptivo a las normas de competencia y, positivamente, por atribuirles un carácter definitorio. En la primera parte del trabajo analizaré estas tres tesis clásicas. En la segunda parte defenderé una concepción de la competencia y de las normas de competencia que asume la versión negativa de la tesis no reductivista pero rechaza el carácter definitorio de las normas de competencia.

A los efectos de realizar un análisis pormenorizado de cada una de las concepciones acerca del carácter de las normas de competencia, éstas serán presentadas en la versión de los teóricos del derecho que las han defendido, de forma que puedan ser integradas en el marco más general de su teoría del

derecho. Por ello, aun sin pretender realizar una exposición completa de esas concepciones teóricas, se apuntan algunos comentarios críticos acerca del anclaje del concepto de norma de competencia en el aparato conceptual de cada uno de los autores. Se dedicará especial atención a la relación de los conceptos de norma de competencia y de competencia con los de validez y existencia de las normas.

No obstante lo apuntado en el párrafo precedente, ésta no es una tesis de historia de la filosofía del derecho. No se encontrará en ella una sucesión de los autores y teorías más relevantes de ningún período. Más bien se pretende dar cuenta de un problema central en la teoría del derecho y, sólo a esos efectos, se analizan en la primera parte de la tesis las respuestas que le han dado algunos de los teóricos más importantes de este siglo. Al final de cada capítulo de esa primera parte el lector encontrará un epígrafe en el que se lleva a cabo una valoración de los problemas que presenta la concepción de las normas de competencia analizada, con voluntad de ser general a esa concepción y no únicamente circunscrita a la versión presente en las obras de los autores especialmente estudiados.

El primer capítulo está dedicado a la tesis que sostiene que las normas de competencia establecen obligaciones indirectas. De forma simple, esa tesis supone que las normas de competencia se dirigen a los destinatarios de las normas emitidas en función de la competencia y les imponen la obligación de obedecerlas o aplicarlas. Han sostenido esta noción de las normas de competencia, entre otros, autores como Kelsen, Nino, Ziemiński y MacCormick. Se analizarán con especial detenimiento las concepciones de Kelsen y Nino. No creo que sea necesario justificar aquí la atención dedicada al autor vienés dada la influencia que su teoría pura del derecho ha ejercido en todos los teóricos posteriores. Sí, en cambio, merece algún comentario la elección de la obra de Nino para desarrollar esta primera tesis del carácter de las normas de competencia. Aunque no son pocos los trabajos de Nino dedicados a la teoría del derecho, creo que resultará pacífico que esa no es la más importante aportación de su extensa obra. No obstante, sus escritos acerca de la teoría de las normas y su presentación de la tesis de las normas de competencia como obligaciones indirectas resultan de una admirable claridad. Por otra parte, aunque esta razón sea sólo contextual, Nino ha ejercido una considerable influencia en la filosofía del derecho en lengua hispana de los últimos años, por lo que su obra resulta de referencia casi obligada.

En el primer capítulo se incluye también, junto a la presentación de la concepción de Kelsen, un análisis detallado de la tesis que sostiene que las normas de competencia, entre otras, son únicamente partes de normas o normas dependientes.

El segundo capítulo está dedicado al estudio de la tesis que atribuye carácter permisivo a las normas de competencia, que ha sido sostenida por autores como Von Wright, Lindahl, Caracciolo y Alchourrón y Bulygin. Son analizadas con detenimiento las concepciones de Von Wright y de Alchourrón y Bulygin.

El tercer capítulo cierra la primera parte de la tesis. En él se analiza la concepción que sostiene que las normas de competencia son reglas conceptuales o definiciones. En ese sentido, se estudian las ideas de Hart, Ross y Alchourrón y Bulygin. Cabe mencionar que Ross ha sido también tradicionalmente presentado como representante de la concepción de las normas de competencia como obligaciones indirectas. No obstante, en ese tercer capítulo se ofrecerá una interpretación del pensamiento de Ross que otorga preeminencia a la concepción de las normas de competencia como definiciones.

La selección de autores realizada para analizar el problema del carácter de las normas de competencia puede ser, como cualquier selección, criticada por los criterios usados para realizarla o por la aplicación de esos criterios. En el caso de este trabajo, podrá decirse que se ha dejado de lado toda una línea de pensamiento iniciada por Hohfeld²² y continuada por buena parte de la filosofía del derecho escandinava, en la que merecen especial mención Lindahl²³ y Kanger²⁴.

La obra de Hohfeld ha tenido una gran influencia, principalmente en la filosofía del derecho anglosajona y en la escandinava. No obstante, también es cierto que el interés principal de Hohfeld y de los continuadores de su obra radica en el análisis de algunos conceptos jurídicos fundamentales, tales como la competencia, la inmunidad, la sujeción, etc, y de las relaciones entre ellos. Aunque, como se verá a lo largo de la tesis, esos conceptos están estrechamente vinculados al de norma de competencia, creo que el análisis de los mismos en el modo en que lo hace Hohfeld es compatible con cualquiera de las tesis en conflicto acerca del carácter de las normas de

²² Cfr. HOHFELD, W.N.: *Conceptos jurídicos fundamentales*, Fontamara, México D.F., 1992.

²³ Cfr. LINDAHL, L.: *Position and Change*, op. cit.

²⁴ Cfr. KANGER, S.: "Law and Logic", en *Theoria*, vol. 38, 1972.

competencia. Así, por ejemplo, Lindahl ha realizado en su libro *Position and Change* un análisis del concepto 'competencia' (en su terminología, *power*) en términos de permiso. En favor de esa explicación del concepto, usa entre otros argumentos la reconstrucción de los conceptos jurídicos fundamentales de Hohfeld y le atribuye la tesis de que la competencia es un tipo de permiso²⁵. Makinson, en cambio, parte de la misma teoría de Hohfeld para criticar tanto la asimilación entre competencia y permiso realizada por Lindahl y Kanger como el uso de aquella teoría en apoyo de tal asimilación²⁶. Finalmente, también Ross ha usado el aparato de los conceptos jurídicos fundamentales de Hohfeld en la defensa de una concepción no reductivista de las normas de competencia²⁷.

En otras palabras, pueden mantenerse las ideas principales del trabajo de Hohfeld y su cuadro de relaciones entre los conceptos jurídicos fundamentales con independencia del carácter que se atribuya a las normas de competencia,

²⁵ Vid. LINDAHL, L.: *Position and Change*, op. cit., págs. 206 a 210.

²⁶ Vid. MAKINSON, D.: "On the Formal Representation of Rights Relations. Remarks on the Work of Stig Kanger and Lars Lindahl", en *Journal of Philosophical Logic*, vol. 15, 1986, págs. 408 y ss.

²⁷ Vid. ROSS, A.: *Sobre el derecho y la justicia*, op. cit., págs. 155 a 163; Id.: *Lógica de las normas*, Tecnos, [Trad. Hierro, J.S.P.], Madrid, 1971, págs. 113 y ss.

lo que hace que la teoría de Hohfeld no ocupe un lugar relevante en la discusión de esta última cuestión.

Finalmente, en la segunda parte del trabajo el lector encontrará la defensa de una concepción de las normas de competencia que pretende superar los diversos problemas que presentan las tres tesis anteriores. Las líneas maestras de esa concepción se pueden encontrar en la explicación del concepto de competencia como propiedad disposicional institucional y del concepto de norma de competencia como regla constitutiva de la propiedad disposicional institucional de un sujeto *s* de ser competente para la realización de un acto jurídico *a* sobre una materia *m*.

Ahora bien, como ya he intentado mostrar en estas páginas, la concepción de las normas de competencia que se sostenga debe encuadrarse en un esquema conceptual más amplio que sea capaz de dar cuenta del fenómeno jurídico. Por ello, la caracterización de las normas de competencia como reglas constitutivas de la propiedad disposicional institucional de ser competente exige una adecuación del criterio de legalidad. Presentaré una formulación de ese criterio en la que se hace referencia a la competencia del sujeto emisor de una norma y al cumplimiento de las condiciones de

actualización de la competencia como condiciones para la validez de la norma emitida.

Las oraciones que expresan, al menos, una norma de competencia serán denominadas 'disposiciones de competencia'. Esas disposiciones pueden, no obstante, expresar alguna otra norma simultáneamente, ya sea una regla de incompetencia o bien alguna norma de conducta acerca del uso de la competencia. Si a ellas se suman las reglas constitutivas que expresan las condiciones de actualización de la competencia, resulta una tipología tripartita de los motivos de irregularidad de una norma (o de un acto jurídico), a saber: i) la emisión por un sujeto incompetente, ii) el incumplimiento de alguna de las condiciones de actualización de la competencia, y iii) la violación de alguna norma de conducta acerca del uso de la competencia. Los dos primeros motivos de irregularidad son causa de invalidez de la norma (o del acto jurídico); el tercero puede dar lugar únicamente a una sanción para el sujeto correspondiente.

En resumen, la concepción de las normas de competencia que defiendo en la segunda parte de este trabajo se integra en una línea de pensamiento que, siguiendo a Bulygin, puede denominarse 'no reductivista' acerca del carácter

de esas normas. No obstante, pretende salvar algunos problemas importantes que hasta el momento han presentado las concepciones más articuladas de la misma. En especial, evita la superposición entre las cláusulas del criterio de identificación del sistema que hacen referencia a la validez de las normas formuladas dependientes y las normas de competencia; mantiene a todas las normas en un mismo nivel lingüístico y conceptúa la validez como una propiedad que se atribuye extrasistemáticamente a las normas si han sido dictadas por un sujeto competente y de acuerdo con las condiciones de actualización de su competencia.

Primera parte.

Capítulo I.

Las normas de competencia como obligaciones indirectas.

1. Las normas de competencia en la teoría del derecho de Kelsen.

1.1. Sistemas estáticos y sistemas dinámicos.

1.2. Las normas de competencia hasta la segunda edición de la *Teoría Pura del Derecho*.

1.2.1. El concepto de competencia.

1.2.2. Las normas de competencia como partes de normas.

1.2.2.1. Algunas críticas.

1.2.3. Las normas de competencia como obligaciones indirectas.

1.3. Las normas de competencia en la *Teoría General de las Normas*.

2. Las normas de competencia en la teoría del derecho de Nino.

3. Algunas críticas a la concepción de las normas de competencia como obligaciones indirectas.

1. Las normas de competencia en la teoría del derecho de Kelsen.

La presente sección versa sobre uno de los más grandes iusfilósofos de este siglo: Hans Kelsen. Su teoría, de corte imperativista²⁸ y con pretensiones de pureza metodológica²⁹, representa un eslabón ineludible para comprender gran parte de las posteriores aportaciones a la teoría del derecho³⁰.

Kelsen distingue dos tipos de sistemas normativos, estáticos y dinámicos, y encuadra al derecho entre los últimos. Imagina los sistemas normativos

²⁸ En el mismo sentido, vid. GRAY, R.: "The Prescriptive Nature of Obligatory Laws", en *ARSP*, 1983, págs. 313 y 314; MACCORMICK, N.: "Legal Obligation and the Imperative Fallacy", en SIMPSON, A.W.B. (ed.): *Oxford Essays in Jurisprudence*, Second Series, Oxford University Press, Oxford, 1978, págs. 101 y ss.; y RAZ, J.: *El concepto de sistema jurídico*, op. cit., 1986, pág. 190. Creo que se puede sostener esta caracterización de la teoría kelseniana al menos hasta la segunda edición de la *Teoría Pura del Derecho* donde, como se verá más adelante, Kelsen acepta la existencia de normas permisivas y autorizantes. Como consecuencia de esta aceptación, puede sostenerse que Kelsen diluye su imperativismo. Así, el *sollen* que, según el autor austríaco, es característico de toda norma podría entenderse como una *binding force* sin necesidad de suponer el carácter obligatorio de todo tipo de normas. Cfr. HARRIS, J.W.: *Law and Legal Science. An Inquiry into the Concepts 'Legal Rule' and 'Legal System'*, Oxford University Press, Oxford, 1979, págs. 34 a 41; Id.: "Kelsen's Pallid Normativity", en *Ratio Juris*, vol. 9, n° 1, 1996, págs. 100 y 101.

²⁹ Cfr. el prólogo a su primera edición de la *Teoría Pura del Derecho*: KELSEN, H.: *Teoría Pura del Derecho*, 1ª ed., EUDEBA, [Trad. Nilve, M. de la 26ª ed. de la versión francesa de 1953], Buenos Aires, 1989. Del mismo modo, KELSEN, H.: *Teoría Pura del Derecho*, 2ª ed., UNAM, [Trad. Vernengo, R.], México, 1986, pág. 15.

³⁰ Puede verse una exposición de la importancia e influencia de Kelsen en la teoría del Derecho de este siglo en BOBBIO, N.: "Struttura e funzione nella teoria del diritto di Kelsen", en BOBBIO, N.: *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 1992, págs. 65 y ss.

dinámicos y, por tanto, también a los sistemas jurídicos, como una construcción escalonada que parte de la norma básica³¹. A esta característica del derecho deben las normas de competencia el puesto central que, como se verá, ocupan en la reconstrucción del material jurídico.

Con el objeto de analizar los diversos argumentos que se ofrecen respecto de las normas de competencia en el contexto general de la teoría kelseniana, en lo que sigue presentaré la distinción entre sistemas estáticos y dinámicos, así como las dos tesis básicas que Kelsen ha defendido acerca de las normas que conceden poderes jurídicos. Para esto último, he distinguido dos etapas: la primera abarca hasta la segunda edición de la *Teoría Pura del Derecho*, y la segunda, circunscrita al último período del pensamiento kelseniano, tiene en la *Teoría General de las Normas* el hito principal.

La distinción precedente tiene por objeto responder al tratamiento diferenciado que habitualmente ha merecido la *Teoría General de las Normas* en el marco de la teoría kelseniana, así como reflejar la exacta incidencia que respecto de las normas de competencia han tenido algunos cambios teóricos habidos en ella.

³¹ Vid. KELSEN, H.: *Teoría Pura del Derecho*, 2ª ed., op. cit., págs. 232 y ss.

1.1. Sistemas estáticos y sistemas dinámicos.

A pesar de que no es muy clara la explicación que Kelsen nos ofrece de la distinción entre sistemas estáticos y dinámicos, no debe ello menoscabar la importancia de la distinción misma. En este punto, mi único objetivo es presentar conceptualmente los dos modelos³², prescindiendo de algunos cambios de matiz o énfasis que se puedan dar a lo largo de las mismas.

En un ordenamiento estático, la validez³³ de las normas se determina por su contenido. En un sistema de este tipo, existe una norma básica que

³² Básicamente, las que van de la primera a la segunda edición de la *Teoría Pura del Derecho*.

³³ Sobre la ambigüedad de la noción de validez en Kelsen, puede verse NINO, C.S.: "El concepto de validez jurídica en la teoría de Kelsen", en NINO, C.S.: *La validez del derecho*, Astrea, Buenos aires, 1985; Id.: "Some Confusions around Kelsen's Concept of Validity" en *Archiv für Rechts und Socialphilosophie*, LXIV, 1978; BULYGIN, E.: "La relación entre validez y eficacia en Kelsen y Hart", en *Notas de filosofía del Derecho*, año II, n° IV, págs. 3 y 4; GARZÓN VALDÉS, E.: "Algunos modelos de validez normativa", op. cit.; CALSAMIGLIA, A.: *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona, 1978, págs. 126 y ss.; PATTARO, E.: "Per una critica della dottrina pura", en PATTARO, E. (ed.): *Contributi al realismo giuridico*, Giuffrè Editore, Milano, 1982; y HIERRO, L.L.: *El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del derecho*, Fernando Torres editor, Valencia, 1981, págs. 264 y ss., donde se incluye un análisis de las críticas realistas a la noción kelseniana de validez. Fariñas Dulce, en cambio, defiende que el concepto de validez usado por Kelsen es sustancialmente unívoco, por cuanto puede reconducirse en todos sus casos a la vinculatoriedad u obligatoriedad de las normas respecto de las cuales se predica la validez. Vid. FARIÑAS DULCE, M^a.J.: *El problema de la validez jurídica*, Cívitas, Madrid, 1991, págs. 48 a 56. Bulygin han mostrado, por otra parte, que tampoco el concepto de existencia que usa Kelsen es unívoco, indentificándose al menos tres sentidos distintos en las obras de Kelsen. Vid. BULYGIN, E.: "An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law", en *Ratio Juris*, vol. 3, n° 1, 1990, págs. 37 a 39.

determina el contenido que las demás normas deben tener para pertenecer al sistema. Una norma será válida en dicho sistema si su contenido puede ser subsumido bajo el contenido de otra norma del sistema "como lo particular bajo lo universal", y así sucesivamente hasta llegar a la norma básica, o norma presupuesta. Así,

"Puesto que todas las normas de un orden de este tipo están ya contenidas en el contenido de la norma presupuesta, puede deducírseles mediante una operación lógica, una inferencia de lo general a lo particular"³⁴

A la cuestión de cómo identificar la norma básica del sistema, Kelsen responde que su contenido debe ser inmediatamente evidente:

"(...) la norma de cuyo contenido se derivan las restantes normas, como lo particular de lo universal, tanto en cuanto a su fundamento de validez, como también en cuanto a su contenido válido, sólo puede ser considerada norma fundante básica cuando su contenido es aceptado como inmediatamente evidente."³⁵

³⁴ KELSEN, H.: *Teoría Pura del Derecho*, 2ª ed., op. cit., pág. 203.

³⁵ KELSEN, H.: *Teoría Pura del Derecho*, 2ª ed., op. cit., pág. 203.

Una norma es inmediatamente evidente si está dada en la razón o mediante la razón. Pero,

"(...) el concepto de una norma inmediatamente evidente tiene como presupuesto el concepto de una razón práctica, es decir, el concepto de una razón legisladora; y este concepto (...) es insostenible, dado que la función de la razón es conocer y no querer, mientras que la imposición de las normas es un acto de voluntad. De ahí que no pueda haber ninguna norma inmediatamente evidente".³⁶

En resumen, se puede reconstruir lo expresado hasta aquí mediante el siguiente argumento lógico:

1- Un sistema es estático si, y sólo si, contiene una norma básica de cuyo contenido es derivable lógicamente el contenido de todas las demás normas del sistema.

2- Una norma es norma básica de un sistema estático si, y sólo si, es inmediatamente evidente.

³⁶ KELSEN, H.: *Teoría Pura del Derecho*, 2ª ed., op. cit., pág. 203.

3- Una norma es inmediatamente evidente si, y sólo si, está dada por la razón.

4- No es conceptualmente posible que una norma esté dada por la razón, ya que su función es conocer y no querer, mientras que la imposición de una norma es un acto de voluntad³⁷.

5- No es conceptualmente posible la existencia de normas inmediatamente evidentes³⁸.

6- No es conceptualmente posible la existencia de normas básicas de un sistema estático.

³⁷ Esta es la crítica fundamental que Kelsen realiza al iusnaturalismo racionalista. Dado el concepto de norma que Kelsen usa, como sentido objetivo de un acto de voluntad, es conceptualmente imposible suponer una norma que no ha sido creada mediante un acto de voluntad y, por tanto, es conceptualmente imposible la existencia de una norma inmediatamente evidente. Vid. KELSEN, H.: *¿Qué es la Justicia?*, Fontamara, [Trad. Garzón Valdés, E.], México, 1992, págs. 69 y ss.

³⁸ Se puede decir que la existencia de una norma inmediatamente evidente es conceptualmente tan imposible, para Kelsen, como la existencia de círculos cuadrados o de triángulos cuadriláteros.

7- No es conceptualmente posible la existencia de sistemas estáticos³⁹.

La conclusión precedente es punto de llegada obligado a partir del momento en que Kelsen entiende que una norma es el sentido de un acto de voluntad⁴⁰. Parece, pues, acertada la posición de Diciotti cuando afirma que la caracterización de los sistemas estáticos que presenta Kelsen nos sitúa "ante un modelo ilusorio, la representación de un autoengaño por parte de los defensores de una ética cognitivista y, en primer lugar, de los iusnaturalistas"⁴¹. Pero, a pesar de ello, la imposibilidad de la existencia de

³⁹ A la misma conclusión se llega en GIANFORMAGGIO, L.: "Cosa resta nella *Allgemeine Theorie der Normen* dei sistemi normativi statici e dinamici?", en GIANFORMAGGIO, L. (comp): *Sistemi normativi statici e dinamici. Analisi di una tipologia kelseniana*, Giappichelli, Torino, 1991, págs. 465 y 466.

⁴⁰ Cfr. KELSEN, H.: *Teoría Pura del Derecho*, 2ª ed., op. cit., pág. 19. Cabe advertir que del simple rechazo de la existencia de sistemas estáticos, Kelsen no deduce la inexistencia de sistemas normativos morales: "Cuando se afirma una norma, de la que se derivan, como fundamento de validez y contenido válido, normas morales, como inmediatamente evidente, ello sucede porque se cree que ha sido establecida por la voluntad divina, o por alguna otra autoridad sobrehumana; o por cuanto, al haber sido producida por la costumbre, es tenida, como lo acostumbrado, como evidente de suyo. A la postre, su validez sólo puede fundarse en una norma presupuesta, según la cual debe comportarse conforme a las órdenes de la autoridad que las dicta, o según las normas producidas consuetudinariamente. (...)Estas normas constituyen un sistema dinámico de normas." Vid. KELSEN, H.: *Teoría Pura del Derecho*, 2ª ed., op. cit., págs. 203 y 204.

⁴¹ DICCIOTTI, E.: "Sistema statico e sistema dinamico. Ontologia e metodologia", en GIANFORMAGGIO, L. (comp): *Sistemi normativi statici e dinamici...*, op. cit., pág. 100. Vid. también OPALEK, K.: "Riesame della distinzione tra sistemi normativi statici e dinamici", en la compilación citada, págs. 23 y 24 y 31 y ss. Este último sostiene la posibilidad de entender los sistemas jurídicos como sistemas mixtos estático/dinámicos. Resulta obvio en este punto que, al menos por las razones expuestas hasta aquí, no participo de esa tesis. Contra esa tesis de Opalek, puede verse ALCHOURRÓN, C.E. y MARTINO, A.A.: "Kelsen senza la norma fondamentale",

sistema estáticos no afecta a la posibilidad de pensar o imaginar sistemas de este tipo, lo que aprovecha Kelsen para presentar la distinción entre sistemas estáticos y dinámicos, así como para hacer blanco de sus críticas a los primeros⁴².

En un sistema dinámico, en cambio, el fundamento de la validez de las normas es de muy distinto orden. Según Kelsen, a excepción de la norma básica, una norma es válida en un sistema dinámico, esto es, pertenece a dicho sistema⁴³ si, y sólo si, su creación ha sido autorizada por otra norma del sistema⁴⁴. De tal modo que, según Kelsen, la estructura sistémica refleja una estructura jerárquica, la norma autorizante de la creación de otra norma

en la compilación citada, págs. 399 y ss.

⁴² Vid. OPALEK, K.: "Riesame della distinzione...", op. cit., págs. 27 y ss. En el mismo sentido, puede verse DICIOTTI, E.: "Sistema estático e...", op. cit., pág. 100, donde afirma: "En efecto, según Kelsen, un sistema estático puro es imaginable -y, de hecho, el propio Kelsen ofrece una representación del mismo- pero su existencia es imposible, dado el concepto de existencia de normas que él sostiene."

⁴³ No debe olvidarse que, para Kelsen, el término *validez* indica no sólo la pertenencia de una norma a un sistema determinado sino también su propia existencia y su obligatoriedad. Es decir, existencia, pertenencia y obligatoriedad de una norma vienen indicadas todas ellas bajo la ambigüedad en que Kelsen usa *validez*. Vid. KELSEN, H.: *Teoría Pura del Derecho*, 1ª ed., op. cit., pág. 35.

⁴⁴ Por supuesto, para evitar el regreso al infinito, queda a salvo de lo anterior la norma básica. Vid. KELSEN, H.: *Teoría Pura del Derecho*, 2ª ed., op. cit., pág. 202.

es superior respecto de ésta última, y así sucesivamente⁴⁵. Si se pregunta sobre la validez de la norma autorizante deberemos recurrir a otra norma que, a su vez, autorizó la creación de aquélla. Para evitar el regreso al infinito, Kelsen recurre a la norma básica, que estatuye los requisitos que deben cumplirse al dictar una norma para que ésta pertenezca al sistema:

"Una norma pertenece al orden sustentado en semejante norma fundante, en tanto ha sido producida en la forma determinada por la norma fundante básica, y no por tener determinado contenido. (...) Los contenidos sólo pueden ser determinados por actos mediante los cuales la autoridad facultada por la norma básica, y luego, las autoridades facultadas por aquella, establecen las normas positivas de ese sistema."⁴⁶

De este modo, puede afirmarse que la distinción entre sistemas estáticos y dinámicos está basada en la diversidad del fundamento de la validez de sus normas: en tanto que en los primeros una norma es válida si su contenido es deducible lógicamente de otra norma más general, en los segundos, una

⁴⁵ Naturalmente, éste no es el único criterio que se puede tomar en consideración para establecer cuándo una norma es superior a otra. Aunque no me detendré en este punto, puede verse al respecto GUASTINI, R.: "Normas supremas", en *Doxa*, nº 17-18, 1995, págs. 259 y ss.; y RUIZ MIGUEL, A.: "El principio de jerarquía normativa", en *Revista española de derecho constitucional*, nº 24, 1988.

⁴⁶ KELSEN, H.: *Teoría Pura del Derecho*, 2ª ed., op. cit., pág. 204.

norma es válida si ha sido dictada mediante el procedimiento establecido por otra norma superior⁴⁷.

Así como la moral, desde un punto de vista cognitivista, es considerada como ejemplo de sistema estático, "el sistema normativo que aparece como un orden jurídico, tiene esencialmente un carácter dinámico"⁴⁸. Si entendemos que un sistema normativo es un conjunto de normas más una relación entre ellas⁴⁹, puede afirmarse que, en el sistema dinámico kelseniano, esa relación

⁴⁷ Cfr. por ejemplo, KELSEN, H.: *Teoría General del Derecho y del Estado*, op. cit., págs. 132 y 133; donde se afirma que "las normas de un sistema dinámico tienen que ser creadas mediante actos de voluntad por aquellos individuos autorizados al efecto por una norma de grado más alto. Semejante autorización implica una delegación. La facultad de crear normas es delegada de una autoridad a otra autoridad; aquélla es la más alta, ésta es inferior. (...) Una norma forma parte de un sistema dinámico si ha sido creada en la forma establecida en último término por la norma básica".

⁴⁸ KELSEN, H.: *Teoría Pura del Derecho*, 2ª ed., op. cit., pág. 205. Siendo ésta una tesis invariable en todas sus obras, puede verse también, KELSEN, H.: *Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado*, Ed. Porrúa, [Trad. Roces, W., de la 2ª edición alemana], México D.F., 1987, págs. 29 y ss, donde ya estaba implícita la distinción entre sistema estático y dinámico; Id.: *Teoría Pura del Derecho*, 1ª ed. op. cit., pág. 136 y ss; Id.: *Teoría General del Estado*, Editora Nacional, [Trad. Legaz Lacambra, L.], México D.F., 1979, págs. 135 y ss; Id.: *Teoría General del Derecho y del Estado*, op. cit., pág. 133 y ss.

⁴⁹ Vid. ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: "Sobre el concepto de orden jurídico", op. cit., pág. 396. Alchourrón y Bulygin, tomando una noción de Tarski, sostienen que lo que da carácter sistemático al Derecho es su carácter deductivo, esto es, el Derecho es un conjunto de normas (o entre cuyos elementos hay al menos una norma) al que pertenecen todas sus consecuencias lógicas. Vid. también TARSKI, A.: *Logic, Semantics, Metamathematics*, 2ª ed., Hackett Publishing Company, [Trad. Woodger, J.H.], Indianapolis, 1983, págs. 30 y ss., 38 y ss., y 60 y ss.; así como CARACCILO, R.: *El sistema jurídico. Problemas actuales*, op. cit., pág. 12.

está dada por la estructura jerárquica, esto es, por el principio de legalidad⁵⁰. Asimismo, la unidad de un sistema depende de la fundamentación de la validez de sus normas en una misma norma básica⁵¹. De este modo, como afirma Caracciolo,

"Si se tiene en cuenta primordialmente a los actos de promulgación, las normas son válidas si han sido emitidas por individuos autorizados para hacerlo por otras normas del mismo sistema, que por ello, son «sus autoridades» competentes. Una cadena de subordinación en la que las normas «superiores» autorizan la creación de normas «inferiores» termina en las emitidas por una autoridad suprema, v.gr., la autoridad creadora de la constitución, cuyos actos no han sido autorizados por normas promulgadas. En este caso, la función de la norma básica es la de conceder esa competencia originaria, sin la cual no es posible admitir - dice Kelsen- que la constitución es una norma."⁵²

⁵⁰ KELSEN, H.: "El concepto de orden jurídico", en *Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*, 2ª ed. mexicana, Fontamara, [Trad. Azaretto, Mª I.], México D.F., 1992, pág. 99.

⁵¹ Munzer atribuye a Kelsen en este punto la comisión de la falacia chico-chica, consistente en deducir del enunciado según el cual todo chico ama a una chica que existe una chica tal que es amada por todos los chicos $\forall x [Fx \rightarrow Ey(Gy \& Rxy)] \rightarrow Ey [Gy \& \forall x(Fx \rightarrow Rxy)]$; que se lee: si para todo x , si x es un chico entonces existe un y tal que y es chica y y es amada por x , entonces existe un y tal que y es chica y para todo x si x es chico entonces x ama a y -. Así, según Munzer, Kelsen deduciría del hecho que toda norma extrae su validez de una norma superior que existe una norma superior de la que todas las demás normas extraen su validez. Vid. MUNZER, S.: *Legal Validity*, Martinus Nijhoff, La Haya, 1972, págs. 48 y 49.

⁵² CARACCILOLO, R.: *El sistema jurídico. Problemas actuales*, op. cit., págs. 36 y 37.

En atención a lo tratado hasta aquí, puede advertirse ya la importancia que tienen las normas de competencia en la teoría pura del derecho. Ellas son las que hacen posible la introducción y la eliminación de normas al sistema, esto es, que el sistema cambie⁵³. Es más, ello tiene como consecuencia que sea necesario un concepto de autorización o competencia tanto para la individualización de las normas de un sistema jurídico, como para la propia caracterización como sistema del conjunto de normas jurídicas⁵⁴.

Así lo ve también Bobbio cuando afirma que "la interpretación del orden jurídico como sistema dinámico es la mejor muestra del puesto central que

⁵³ También Raz destaca la función determinante que las normas de competencia están llamadas a cumplir en la teoría del derecho de Kelsen. Cfr. RAZ, J.: *El concepto de sistema jurídico*, op.cit., pág. 124.

⁵⁴ En este sentido, afirma el autor austríaco que "todas las normas cuya validez puede ser referida a una y la misma norma fundamental constituyen un orden o sistema normativo", así como que "toda la función de la norma básica consiste en conferir el poder creador de derecho al acto del primer legislador y a todos los demás actos en él basados". Cfr. KELSEN, H.: *Teoría General del Derecho y del Estado*, op. cit., págs. 130 a 131 y 136 a 137, respectivamente. Hay que advertir, no obstante, que respecto de la individualización de las normas del sistema, la teoría presentada adolece de un problema importante. Como ha señalado Raz, sólo después de conocer qué normas pertenecen a un determinado sistema podemos descubrir el contenido de la norma básica del sistema; "no es posible invertir el proceso y descubrir qué normas pertenecen al sistema por referencia a la norma fundamental". De este modo, la norma básica adquiere más bien una función legitimadora de la primera constitución -a posteriori de su creación- que capacitadora del primer legislador. Vid. RAZ, J.: *El concepto de sistema jurídico*, op. cit., pág. 131. Una posición divergente que pretende ofrecer una interpretación de la teoría kelseniana que evite las objeciones de Raz, puede verse en CARACCILOLO, R.: "Norma fundamental y reconocimiento autoritario", en CARACCILOLO, R.: *La noción de sistema en la teoría del Derecho*, Fontamara, México, 1994, págs. 42 y 43.

ocupa la noción de creación jurídica en la teoría kelseniana"⁵⁵. El sistema jurídico es, pues, un sistema basado en la noción de competencia, en relaciones de autorización⁵⁶.

El carácter dinámico de los sistemas jurídicos no merma la posibilidad de que éstos puedan ser reconstruidos desde dos ángulos distintos: el punto de vista estático y el dinámico. Gráficamente, el primero de ellos consiste en ver el derecho en un momento temporal concreto, en tanto que el segundo consiste en analizar el transcurrir temporal, es decir, recogiendo el ingreso y el egreso de normas del sistema. Así, en palabras de Kelsen, puede

"distinguirse entre una teoría estática y una teoría dinámica del derecho. La primera tiene como objeto el derecho como sistema de normas con validez, el

⁵⁵ BOBBIO, N.: "Kelsen y el poder jurídico", en BULYGIN, E., FARRELL, M.D., NINO, C.S. y RABOSI, E. (comps.): *El lenguaje del Derecho. En Homenaje a Genaro R. Carrió*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980, pág. 85.

⁵⁶ En el mismo sentido, puede verse WEINBERGER, O.: "The Theory of Legal Dynamics Reconsidered", en *Ratio Juris*, vol. 4, n° 1, Marzo-1991, pág. 19. Paulson ha propuesto distinguir dos tipos de autorización en la obra de Kelsen, a saber, autorización formal y material. La distinción pretende dar cuenta de las implicaciones que para el concepto de competencia tiene la tesis de la existencia de una cláusula alternativa tácita. Dado que, en mi opinión, esa tesis tiene un carácter *ad hoc* en la teoría pura kelseniana, no analizaré las referidas implicaciones. Vid. PAULSON, S.L.: "Material and Formal Authorization in the Kelsen's Pure Theory", en *Cambridge Law Journal*, vol. 39, n° 1, 1980.

derecho en su estado de equilibrio; la segunda, el proceso jurídico en el que el derecho se produce y aplica, el derecho en su movimiento."⁵⁷

Ahora bien, si los puntos de vista estático y dinámico son sólo dos modos distintos de *mirar* el derecho, esto es, si se trata de diversas formas de reconstruir un mismo material jurídico, entonces debe disponerse de un criterio de individuación de ese material jurídico que sea independiente del punto de vista que se adopte para reconstruirlo. O bien uno de los dos puntos de vista, estático o dinámico, debe gozar de primacía. En caso contrario no podría decirse que es el *mismo* derecho el que se *mira* desde un punto de vista estático y desde un punto de vista dinámico⁵⁸. En lo sucesivo, volveré en diversas ocasiones sobre este punto.

⁵⁷ Vid. KELSEN, H.: *Teoría Pura del Derecho*, 2ª ed., op. cit., pág. 83. Sobre la distinción entre los puntos de vista estático y dinámico en Kelsen, puede verse PAULSON, S.L.: "Per una interpretazione soddisfacente di "statico" e "dinamico" nella Teoria Pura di Kelsen", en GIANFORMAGGIO, L. (comp.): *Sistemi normativi statici e dinamici...*, op. cit., págs. 69 a 96.

⁵⁸ El mismo problema es planteado por Raz, quien sostiene que hay una primacía del punto de vista estático en la identificación del material jurídico, de modo que el criterio de individuación sería aquél que dispone que "toda disposición jurídica es una norma que impone un deber al estipular una sanción". Vid. RAZ, J.: *El concepto de sistema jurídico*, op. cit., 139 a 143.

1.2. Las normas de competencia hasta la 2ª edición de *la Teoría Pura del Derecho.*

Un análisis del conjunto de las obras más importantes de la producción kelseniana permite afirmar que, respecto de las normas de competencia, no aparecen en ellas grandes cambios teóricos. Más bien puede detectarse una evolución en el examen de las mismas consistente en una progresiva minuciosidad en la elaboración de los argumentos⁵⁹. A grandes rasgos, puede sostenerse que dichos argumentos son dos, a saber: 1º) que las normas que otorgan facultades no son normas independientes sino partes de normas que establecen obligaciones respaldadas por sanciones⁶⁰; y 2º) que las normas cuya función es autorizar la creación de otras normas son reducibles a deberes, de modo que si bien los destinatarios directos son los órganos jurídicos, obligan indirectamente a los súbditos a obedecer las normas dictadas por aquéllos en uso de la autorización otorgada por la norma de competencia.

⁵⁹ Puede observarse que la atención prestada a las normas de competencia en los *Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado* y en la primera edición de la *Teoría Pura del Derecho* no va más allá de unas pocas referencias difusas, en tanto que es mayor la importancia que se les concede en la *Teoría General del Derecho y del Estado* y en la segunda edición de la *Teoría Pura del Derecho*, llegando a dedicarles un capítulo completo en su póstuma *Teoría General de las Normas*.

⁶⁰ La misma tesis es sostenida por COHEN, L.J.: "The Concept of Law. By H.L.A. Hart.", en *Mind*, 1962, págs. 404 y 405.

En lo que sigue, veremos detenidamente estos dos argumentos. No obstante, creo que será necesaria una presentación previa de la teoría kelseniana sobre la competencia o, más genéricamente, sobre la capacidad jurídica.

1.2.1. El concepto de competencia.

Según Kelsen, en un sentido muy lato,

"determinada conducta de determinado individuo se encuentra facultada por el orden jurídico, no sólo cuando se concede al individuo un poder jurídico, esto es, la capacidad de producir normas, sino, en general, cuando la conducta del individuo es convertida en condición directa o indirecta de la consecuencia jurídica, esto es, del acto coactivo instituido como debido, o constituye ella misma la conducta consistente en el acto coactivo."⁶¹

De este modo, se incluye en la referencia del término 'capacidad', o 'competencia', una serie de nociones que la dogmática jurídica suele tratar separadamente: capacidad de hecho o de obrar, capacidad de derecho o

⁶¹ KELSEN, H.: *Teoría Pura del Derecho*, 2ª ed., op. cit., pág. 157. Cfr. también, KELSEN, H.: *Teoría General del Derecho y del Estado*, op. cit., págs. 105 y 106.

jurídica, capacidad procesal, capacidad delictual, etc. Ahora bien, debe advertirse que Kelsen no confunde en absoluto esas diversas nociones. Sostiene, en cambio, que todas ellas reflejan una familia de conceptos íntimamente relacionados, que pueden unirse bajo los términos 'competencia' o 'capacidad'. Como ha señalado Bulygin, pueden mencionarse al menos cuatro conceptos distintos de esa familia explícitamente recogidos por Kelsen: a) *Zuständigkeit*, que es el poder para crear normas jurídicas, b) *Rechtsmacht*, que es el poder de participación de los sujetos jurídicos en la creación de normas jurídicas, c) *Handlungsfähigkeit*, que es el poder para crear normas jurídicas autónomas o para producir efectos jurídicos mediante determinados actos, y d) *Deliktsfähigkeit*, que es la capacidad para cometer delitos o, en general, actos antijurídicos⁶². A todos ellos los engloba el hecho que significan la posibilidad de que un determinado individuo produzca efectos jurídicos mediante una determinada acción u omisión. En definitiva, un individuo está facultado para realizar un determinado acto jurídico cuando el derecho le reconoce efectos jurídicos a su conducta.

⁶² Vid. BULYGIN, E.: "Sobre las normas de competencia", en ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: *Análisis lógico y Derecho*, op. cit., págs. 485 y 486. Sobre el léxico kelseniano respecto del poder jurídico, puede verse también, BOBBIO, N.: "Kelsen y el poder jurídico", op. cit., págs. 74 y 75; así como LOSANO, M.G.: "Glossarietto kelseniano", en LOSANO, M.G.: *Forma e realtà in Kelsen*, Edizioni di Comunità, Milano, 1981, págs. 213 a 225.

Como es obvio, definida de este modo, la capacidad o competencia para realizar una determinada acción no supone el status permitido de la misma. Así, por ejemplo, la capacidad delictual supone por definición que la conducta para la que se es capaz esté prohibida por el derecho⁶³.

Ésta es, no obstante, una definición extremadamente amplia para la tarea que aquí nos ocupa. Por ello, parece razonable reducir el *definiendum* a un sentido más estricto, que relacione el término 'competencia' con el poder jurídico, esto es, aquello predicado de quien con sus actos puede (tiene la facultad legal para) modificar el sistema jurídico, sea añadiendo o eliminando normas⁶⁴. Como se verá más adelante, en este sentido estricto, el facultamiento sí implica para Kelsen la permisión del acto facultado.

Si se da un paso más en la argumentación, se puede ahora reinterpretar a Kelsen y definir las normas de competencia como aquellas que facultan a determinados individuos para que, mediante determinados actos, produzcan

⁶³ KELSEN, H.: *Teoría Pura del Derecho*, 2ª ed., op. cit., pag. 158.

⁶⁴ En el último capítulo se verá que la definición de 'competencia' que asumo es algo más amplia: incluye la capacidad de realizar actos jurídicos válidos, aún si estos no son propiamente normativos. No obstante, a los efectos de analizar la teoría kelseniana, creo que será útil mantener la definición más restringida propuesta en el texto.

modificaciones en el sistema jurídico. Esto es, una norma es de competencia si, y sólo si, concede un poder jurídico.

Resta analizar a continuación cómo encajan dichas normas en el seno de la teoría pura del derecho. Ya he avanzado al inicio de este apartado que son dos las reconstrucciones que Kelsen nos ofrece al respecto. En lo sucesivo, analizaré en primer lugar la tesis que presenta las normas de competencia como partes de normas completas y, en segundo lugar, la interpretación de las normas de competencia como obligaciones indirectas.

1.2.2. Las normas de competencia como partes de normas.

Según Kelsen, lo que caracteriza al derecho por diferencia de otros ordenamientos sociales es su carácter coercitivo, "bajo la forma de sanciones socialmente organizadas"⁶⁵. Ésta es una característica que no sólo se aplica al derecho como un todo sino que forma parte de cada uno de sus elementos integrantes, esto es, de cada una de las normas, aunque desde un punto de vista dinámico "el derecho es algo creado a través de un determinado

⁶⁵ Véase, por todas, KELSEN, H.: *Teoría Pura del Derecho*, 1ª ed., op. cit., págs. 70 y 71; y KELSEN, H.: *Teoría Pura del Derecho*, 2ª ed., op. cit., págs. 46 y 47.

proceso, siendo jurídico todo lo creado de esta manera". Ello tiene como consecuencia que, mediante un punto de vista de este tipo, no se obtenga "ninguna respuesta a la pregunta sobre la esencia de lo jurídico, ni ofrece un criterio para distinguir el derecho de otras normas sociales"⁶⁶.

Por ello, en un sentido estricto, para esta concepción no son jurídicas (o mejor, no expresan normas jurídicas), todas aquellas oraciones que, aun cuando aparezcan en el seno de una ley, no tengan carácter normativo, es decir, no regulen conductas mediante la imposición de sanciones:

"Esto no significa, sin embargo, que todo aquello que ha sido creado de acuerdo con el procedimiento sea derecho, es decir, norma jurídica. Sólo tendrá tal carácter si se propone regular la conducta humana y la regula mediante el establecimiento de un acto coercitivo, con el carácter de sanción"⁶⁷.

En este punto Kelsen advierte una dificultad. En efecto, las normas de competencia, que integran gran parte del derecho constitucional, constituyen un buen ejemplo contra el carácter definitorio para las normas jurídicas de la imposición de sanciones. Las normas de competencia constitucionales, de

⁶⁶ KELSEN, H.: *Teoría General del Derecho y del Estado*, op. cit., pág. 144.

⁶⁷ KELSEN, H.: *Teoría General del Derecho y del Estado*, op. cit., pág. 145.

cuya validez como normas jurídicas se deriva la validez de todas las demás normas del sistema, no regulan conductas mediante la imposición de sanciones. Kelsen, ofrece para este contratiempo el argumento que llamaré *de las partes de normas*⁶⁸.

"Las normas de la Constitución que regulan la creación de los preceptos generales que habrán de aplicar los tribunales y otros órganos de aplicación del derecho no son, por consiguiente, normas jurídicas independientes y completas. Son partes integrantes de la totalidad de las normas jurídicas que los tribunales y otros órganos tienen que aplicar. Por esta razón no puede citarse el derecho constitucional como ejemplo de normas jurídicas que no establecen sanciones."⁶⁹

Si como hemos visto, según Kelsen es característica definitoria de las normas jurídicas la regulación de conductas mediante la imposición de sanciones, se sigue que las normas de competencia no son normas jurídicas, puesto que éstas no regulan conductas mediante la imposición de sanciones. Pero dado que son condición de validez de las normas que sí imponen

⁶⁸ Acojo aquí una terminología que tomo prestada de Hernández Marín, quien en diversas obras hace un interesante análisis de este aspecto de la teoría kelseniana. Vid. HERNÁNDEZ MARÍN, R.: *El Derecho como dogma*, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 35 y ss; *Historia de la filosofía del derecho contemporánea*, Tecnos, Madrid, 1986, págs. 128 y ss; y *Teoría general del Derecho y de la ciencia jurídica*, P.P.U., Barcelona, 1989, págs. 156 y 157.

⁶⁹ KELSEN, H.: *Teoría General del Derecho y del Estado*, op. cit., pág. 170.

sanciones, Kelsen las reconstruye como partes de éstas últimas. De este modo, una norma jurídica completa estaría formada por la disposición que regula la conducta humana imponiendo sanciones en caso de incumplimiento más todos aquellos eslabones de la cadena de validez que son necesarios para predicar la validez de la disposición en cuestión. Así, la descripción de una norma jurídica completa podría ser la siguiente:

"Cuando los individuos autorizados a legislar hubieren promulgado una norma general según la cual quien cometiera hurto debe ser condenado de determinada manera, y cuando el tribunal autorizado al respecto en la legislación procesal penal hubiere verificado, mediante uno de los procedimientos específicos de la legislación procesal penal, que un hombre determinado ha incurrido en hurto y además, cuando ese tribunal hubiere impuesto la pena legalmente determinada, entonces un órgano determinado deberá ejecutar la pena."⁷⁰

Y no sólo las disposiciones que conceden competencia serán partes de normas, sino también, por ejemplo, las normas permisivas, las derogatorias y, en general, las que prescriben conductas sin establecer sanciones⁷¹. Todas ellas tienen en común que son, o en algún sentido comportan, condiciones

⁷⁰ KELSEN, H.: *Teoría Pura del Derecho*, 2ª ed., op. cit., pág. 69.

⁷¹ En tanto que delimitan el dominio de validez de las normas prohibitivas que imponen sanciones. Vid. KELSEN, H.: *Teoría Pura del Derecho*, 2ª ed., op. cit., pág. 68.

para la validez de las normas que imponen deberes mediante la amenaza de una sanción⁷².

En la segunda edición de la *Teoría Pura del Derecho*, el autor austríaco llama a las disposiciones que no imponen sanciones *normas no independientes*, o *normas dependientes*. Ya no afirma, explícitamente, que sean parte de las normas independientes, esto es, las que regulan conductas mediante la imposición de sanciones, sino que sostiene que están en conexión esencial con ellas⁷³. Ello ha motivado que Alchourrón y Bulygin mantengan que en esta obra se opera un cambio importante respecto de la identidad de las normas. En ella, afirman, la coactividad es sólo un elemento definitorio del derecho como sistema, pero no de cada uno de sus elementos integrantes. Siendo así, cabe la posibilidad de que existan normas que no impongan

⁷² Si bien esto es bastante claro en relación a las normas de competencia y a las derogatorias, conviene decir algo más acerca de las normas permisivas. Así, afirma Kelsen que "Normas jurídicas no independientes son también aquellas que permiten positivamente una conducta. Puesto que sólo delimitan el dominio de validez de una norma jurídica, que prohíbe esa conducta al enlazar a su contraria una sanción.". De esta forma, la norma permisiva tiene únicamente la función de establecer una excepción a la norma prohibitiva y, en este sentido, ambas forman una unidad, esto es, la excepción es una parte de la norma prohibitiva. Vid. KELSEN, H.: *Teoría Pura del Derecho*, 2ª ed., op. cit., pág. 68.

⁷³ Vid. KELSEN, H.: *Teoría Pura del Derecho*, 2ª ed., op. cit., págs. 67 y ss.

deberes coactivamente; a éstas se les llama normas dependientes, y a las que sí lo hacen, normas independientes⁷⁴.

El cambio de posición que se atribuye a Kelsen tendría dos consecuencias de la mayor importancia. Por un lado, implicaría una modificación del criterio de identidad de las normas jurídicas, que ahora no incluiría la característica de la coacción; por el otro, significaría abandonar la definición del derecho en función de las características de las normas jurídicas para defender una tesis inversa: la definición de las normas jurídicas en función de su pertenencia a un ordenamiento jurídico⁷⁵. De este modo, la coactividad ya no sería una propiedad de todas y cada una de las normas jurídicas sino del propio ordenamiento jurídico⁷⁶.

⁷⁴ ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1987, págs. 104 a 106. En un sentido parecido se pronuncian MUNZER, S.: *Legal validity*, op. cit., págs. 16 y 17; GAVAZZI, G.: *Norme primarie e norme secondarie*, Giappichelli, Torino, 1967, pág. 126; y, entre nosotros, ROBLES, G.: *Epistemología y Derecho*, Pirámide, Madrid, 1982, págs. 135 a 137.

⁷⁵ También Bobbio hace una interpretación en este sentido de la segunda edición de la *Teoría Pura del Derecho*, a lo que añade que ésta es una de las grandes aportaciones de Kelsen con respecto de los teóricos del derecho que le fueron contemporáneos. Vid. BOBBIO, N.: "Hans Kelsen", en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1973, págs. 537 y ss.

⁷⁶ Un sistema normativo, entonces, será jurídico si contiene al menos algunos enunciados prescriptivos de sanciones. Vid. ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: *Introducción a la metodología ...*, op. cit., pág. 106.

Hay que hacer notar, en cambio, que el mismo Kelsen se muestra contrario a una interpretación de este tipo, como se puede leer en su respuesta a las críticas de Julius Stone, que merece la pena citar:

"Resulta casi increíble la afirmación del profesor Stone de que «el principal problema, el de señalar la diferencia específica entre las normas *jurídicas* y otras normas, tiene que ser referido (...) al hecho de que las primeras son parte de un cierto tipo de sistema de normas y no a una característica interna de toda norma jurídica». Como el profesor Stone cita frecuentemente mi *Reine Rechtslehre* (en su segunda edición) podemos suponer que ha leído ese libro. Si es así, debe saber que he tratado con detenimiento el problema de la diferencia específica entre las normas jurídicas y otras normas, especialmente la diferencia entre las normas jurídicas y las normas morales, y que sostengo que ella estriba en que las normas jurídicas prescriben cierta conducta humana al imputar a la conducta contraria un acto coercitivo como sanción. De acuerdo con la Teoría Pura del Derecho, la característica interna de la norma jurídica es que establece un acto coercitivo."⁷⁷

Por mi parte, considero que no puede encontrarse en la segunda edición de la *Teoría Pura del Derecho* más que un cambio en la forma de explicar la misma tesis que en la *Teoría General del Derecho y del Estado* he

⁷⁷ Vid. KELSEN, H.: "El profesor Stone y la Teoría Pura del Derecho", en *Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*, op. cit., [Trad. Ortiz, R.I.W. de y Bacqué, J.A.], pág. 50.

identificado como tesis *de las partes de normas*. Coincido con Raz en que, a pesar del cambio de terminología operado en 1960, Kelsen repite todos los argumentos que en sus obras anteriores utilizó para mantener la tesis de las partes de normas⁷⁸. Hay que advertir, sin embargo, que, de ser así, ello no falsearía las dos afirmaciones de Alchourrón y Bulygin respecto de los cambios en las definiciones de norma jurídica y de derecho propuestas por Kelsen. Más limitadamente, lo que se pone en duda es la fundamentación que Alchourrón y Bulygin ofrecen para defender estas tesis. Creo que no es aventurado decir que pueden tener plausibilidad en el marco de la dinámica jurídica; pero, como se verá más adelante, éste no es el caso de la de las partes de normas, que corresponde a un punto de vista estático del derecho.

⁷⁸ Cfr. RAZ, J.: *El concepto de sistema jurídico*, op. cit., nota 33 en la pág. 142. También Hart, aunque de forma más prudente, reconoce que "no está claro (...) si la última identificación de Kelsen, en la 2ª edición de la *Teoría Pura del Derecho*, de la clase de las *dependent authorizing norms* implica una modificación de su anterior doctrina"; Cfr. HART, H.L.A.: "Legal Powers", op. cit., pág. 196, nota al pie nº 6. Un rechazo parecido al de Raz suscita la tesis anterior en HERNÁNDEZ MARÍN, R.: *Historia de la filosofía del...*, op. cit., págs. 128 y 129. También Moreso cita la 2ª edición de la *Teoría Pura del Derecho* como ejemplo de obra en que se recoge el argumento de las partes de normas; cfr. MORESO, J.J.: *La Teoría del Derecho de Bentham*, P.P.U., Barcelona, 1992, cita 210 en la pág. 185.

1.2.2.1. Algunas críticas.

Primera: De forma previa a la plausibilidad de la tesis de las partes de normas, pueden plantearse algunas observaciones a la reconstrucción que hace Kelsen de una norma completa. Para ello, será útil tomar como ejemplo las siguientes disposiciones normativas:

D₁: El Parlamento será competente para dictar normas en materia penal.

D₂: Quien mate a otro será castigado con una pena de 10 años de cárcel.

Por hipótesis, D₁ es una disposición de rango constitucional, mientras que D₂ es una disposición de rango legal, emitida por el Parlamento en función de la competencia conferida por D₁. De acuerdo a la tesis defendida por Kelsen, D₁ expresa una norma de competencia y es una parte de norma. D₂, en cambio, expresa una norma, dado que regula conductas mediante la imposición de sanciones.

Pero, si D₁ expresa una parte de norma, es pertinente preguntarse cuál es la norma de la que forma parte. Es claro que la respuesta no puede ser que forma parte de la norma expresada por D₂, que ya es una norma completa por

sí sola. La respuesta de Kelsen es que forma parte de una norma N_0 que incluye tanto la parte de norma expresada por D_1 como la norma expresada por D_2 , tal que:

N_0 : Si una norma constitucional N autoriza al Parlamento a dictar normas en materia penal y el Parlamento ha dictado la norma penal según la cual 'si alguien mata a otro debe ser castigado a diez años de cárcel', entonces si alguien mata a otro debe ser castigado a diez años de cárcel.

Como puede observarse, la norma expresada por D_2 se incorpora a la formulación que Kelsen ofrece de una norma completa⁷⁹, que incluye todas las condiciones de validez de la norma. Así, puede decirse que la norma expresada por D_2 es también, en algún sentido, una fragmento o una parte de N_0 . De todo ello pueden extraerse algunas consecuencias importantes: 1) Kelsen parece manejar dos nociones distintas de norma completa. En un primer sentido, una norma es completa si regula conductas mediante la imposición de sanciones. En este sentido, las nociones de norma y de norma

⁷⁹ Puede verse un ejemplo de norma completa en KELSEN, H.: *Teoría Pura del Derecho*, 2ª ed., op. cit., pág. 69. Una presentación de una norma completa sustancialmente igual a la de Kelsen se encuentra en MERKL, A.: "Prolegomeni ad una teoria della costruzione a gradi del diritto", en MERKL, A.: *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, Giuffrè, [Ed. y trad. Geraci, C.], Milano, 1987, págs. 35 y 36.

completa son absolutamente sinónimas. En una segunda acepción del término, una norma es completa si incluye en su antecedente todas las condiciones de validez de la misma. Esta es la noción que usa Kelsen cuando ofrece ejemplos de normas completas; 2) que las nociones de fragmento de norma y de norma completa en la teoría de Kelsen no son excluyentes, esto es, una misma norma puede ser completa en un sentido y fragmento o parte de norma, en otro.

Una vez identificados dos usos distintos del concepto de norma completa, cabe preguntarse acerca de las relaciones que se dan entre ellos. De este modo, parece claro, como ya se ha dicho, que una norma que es completa en el segundo sentido, puede ser una parte de una norma completa en el primer sentido. Ahora bien, ¿una norma completa en el primer sentido, esto es, que incluye todas sus condiciones de validez, debe ser completa en la segunda acepción del término, es decir, debe regular conductas mediante la imposición de sanciones? Creo que la respuesta a esta cuestión debe ser afirmativa, puesto que el concepto básico es el de norma y éste se caracteriza, precisamente, por la nota de regular conductas mediante la imposición de sanciones.

No obstante, se ha objetado que la reconstrucción kelseniana de las normas completas, del tipo de N_0 , no se adecúan al concepto básico de norma que propugna el propio Kelsen⁸⁰.

Como se ha visto, Kelsen reconstruye la norma que regula conductas mediante la imposición de sanciones, por ejemplo, la prohibición del homicidio, más todos los eslabones de la cadena de validez necesarios para predicar la validez de aquella norma, en forma de norma completa. De este modo, la norma de conducta expresada por el siguiente enunciado:

D_2 : Quien mate a otro será castigado con una pena de 10 años de cárcel,

se incluye en una norma completa del tipo N_0 , que puede representarse mediante un enunciado del tipo:

1. Si una norma constitucional N autoriza a un órgano legislativo c a regular x y c regula x estableciendo que 'quien mate a otro será castigado con una pena de 10 años de cárcel', entonces

⁸⁰ Cfr. RAZ, J.: *El concepto de sistema jurídico*, op. cit., págs. 147 y 148; y HERNÁNDEZ MARÍN, R.: *El Derecho como dogma*, op. cit., pág. 35.

quien mate a otro será castigado con una pena de 10 años de cárcel.

Pero sucede que de este último enunciado no se deduce que exista una norma según la cual quien mate a otro deba ser castigado con una pena de 10 años de cárcel. En realidad, la reconstrucción de una norma completa que presenta Kelsen no reúne las características definitorias de una norma jurídica. No regula conductas y no impone sanciones para el incumplimiento. El enunciado 1. es más bien una respuesta teórica a la pregunta respecto de cuándo es obligatoria una conducta. Para poder deducir la existencia de la norma según la cuál "quien mate a otro ..." son necesarias dos premisas que Kelsen olvida:

2. Existe una norma constitucional N que autoriza a un órgano c a regular x .
3. c ha regulado x ordenando que 'quien mate a otro será castigado con 10 años de cárcel'.

Podría sugerirse, en defensa de Kelsen, que N_0 no es más que una típica norma condicional. Sin embargo, creo que no se salva el problema indicado

aquí, puesto que lo que figura en el antecedente del enunciado 1. no son las condiciones de aplicación de la norma 'quien mate a otro...', sino sus condiciones de existencia, i.e. de validez, en términos de Kelsen. De este modo, sin el añadido de las premisas 2 y 3 no puede afirmarse que la norma existe. En cambio, ante una norma condicional decimos que la norma existe pero que su aplicación depende de que se den las condiciones establecidas en su antecedente.

Segunda: Diversos autores han puesto de manifiesto que la reconstrucción del material jurídico propuesta por Kelsen, i.e. en normas completas, es defectuosa. Uno de los primeros y más lúcidos críticos fue Hart, quien señala en *El Concepto de Derecho* que Kelsen paga un precio demasiado elevado por adquirir la agradable uniformidad de las normas completas, pues deforman las diferentes funciones sociales que cumplen los distintos tipos de reglas⁸¹:

⁸¹ Aun cuando Hart, en una crítica muy conocida, afirma que podemos distinguir una versión fuerte y otra más débil de esta teoría, a saber, la que defiende que las normas que establecen sanciones, a las que se reducirían como subpartes las que confieren potestades, van dirigidas a los funcionarios estatales que tienen que aplicarlas; y la que argumenta que las normas que imponen obligaciones con amenaza de sanción van dirigidas a los ciudadanos que están en posición de infringirlas; ambas versiones, para lo que aquí nos interesa, establecen que las normas que confieren potestades no son más que antecedentes de las que establecen sanciones, en las que se integran. Vid. HART, H.L.A.: *El Concepto de Derecho*, Abeledo Perrot, [Trad. Carrió, G.R.] Buenos Aires, 1963, págs. 45 y ss.

"si consideramos a todas las normas jurídicas simplemente desde el punto de vista de las personas a quienes se imponen los deberes, y reducimos todos los otros aspectos de ellas al status de condiciones más o menos elaboradas de la incidencia de los deberes sobre aquéllas, resultará que elementos que, por lo menos, son tan característicos del derecho como lo es el deber, y tan valiosos para la sociedad como éste, serán tratados como algo meramente subordinado. Las reglas que confieren potestades privadas, para ser entendidas, tienen que ser consideradas desde el punto de vista de quienes ejercen tales potestades. Aparecen entonces como un elemento adicional introducido por el derecho en la vida social, por encima del elemento del control coactivo.(...) Las reglas que confieren potestades son concebidas, aludidas y usadas en la vida social en forma diferente de las reglas que imponen deberes, y se las valora por razones diferentes.(...)"

"La reducción de las reglas que confieren y definen las potestades legislativas y judiciales a enunciados de condiciones bajo las cuales surgen los deberes constituye, en la esfera pública, un similar factor de oscuridad. Quienes ejercen dichas potestades para dictar medidas y órdenes dotadas de autoridad, usan estas reglas en una forma de actividad, guiada por un propósito, que difiere totalmente del cumplimiento de deberes o de la sumisión al control coactivo. Representar estas reglas como meros aspectos o fragmentos de las reglas que imponen

deberes es, aun más que en la esfera privada, oscurecer las características distintivas del derecho y de las actividades posibles dentro de su estructura."⁸²

Una crítica de semejante estilo y calado puede leerse en la obra de Raz, quien pone el acento en la nula utilidad del material jurídico reconstruido en forma de normas completas. Así,

"para encontrar el contenido de cualquier norma singular, debe analizarse la totalidad del material jurídico. Tales normas tienen la particularidad de que no existe ninguna ocasión para referirse a una norma completa. Cualquiera que sea el propósito con el cual uno pueda referirse al derecho, uno se encuentra, casi siempre, interesado en una mayor o menor parte de una norma completa kelseniana y, sólo muy raramente, en una norma en su totalidad."⁸³

Alchourrón y Bulygin, por su parte, subrayan la falta de un criterio claro de identidad de las normas jurídicas en la teoría de Kelsen, puesto que resulta altamente complicado saber qué enunciados hay que añadir a una disposición reguladora de conductas mediante sanción para obtener la norma completa⁸⁴.

⁸² Vid. HART, H.L.A.: *El Concepto de Derecho*, op. cit., págs. 51 y 52.

⁸³ Vid. RAZ, J.: *El concepto de sistema jurídico*, op. cit., pág. 145.

⁸⁴ Cfr. ALCHOURRÓN C.E. y BULYGIN, E.: *Introducción a la metodología ...*, op. cit., págs. 98 y 104 y ss.

Por lo demás, la propuesta kelseniana de reconstrucción del derecho incorpora a las disposiciones que regulan conductas mediante la amenaza de sanción material jurídico creado en ocasiones muy diversas, y provoca abundantes redundancias: muchas normas contienen como subpartes los mismos enunciados constitucionales, las mismas reglas del derecho procesal, etc⁸⁵.

Tercera: También la noción de validez queda seriamente afectada como consecuencia de la reconstrucción del material jurídico en normas completas. En la formulación defendida por Kelsen de un sistema dinámico, cada norma funda su validez en la norma superior que ha concedido el poder para su creación, es decir,

"a la pregunta de por qué tiene carácter jurídico un cierto acto de coacción, por ejemplo: el hecho de que un individuo prive a otro de su libertad metiéndolo en la cárcel, hay que contestar: porque tal acto ha sido prescrito por una norma individualizada, la sentencia judicial. A la pregunta de por qué esta norma individualizada vale como parte de un determinado orden jurídico, se contesta diciendo: porque ha sido creada de conformidad con una ley penal. Esta ley, por

⁸⁵ En este mismo sentido, puede verse la interesante introducción a la edición inglesa de la *Allgemeine Theorie der Normen*: HARTNEY, M.: "Introduction: the Final Form of the Pure Theory of Law", en KELSEN, H.: *General Theory of Norms*, Clarendon Press, [Trad. Hartney, M.], Oxford, 1991, pág. xxxi; RAZ, J.: *El concepto de sistema jurídico*, op. cit., nota 37 a la pág. 144.

último, deriva su validez de la constitución, en cuanto ha sido establecida por un órgano competente, en la forma prescrita en la misma constitución."⁸⁶

En cambio, la consecuencia del argumento de las partes de normas es que ahora la norma superior -v.gr. las normas de competencia- es parte de la norma inferior que establece la sanción, de forma que o bien es la propia norma (en su formulación completa) la que se otorga validez a sí misma, o bien una parte de la norma se la otorga a las otras. En todo caso, ésta es una consecuencia indeseable para la concepción kelseniana del sistema jurídico⁸⁷.

Cuarta: Raz ha presentado una crítica adicional a esta forma de reconstruir las normas de competencia. Así, si la norma que confiere la competencia no es más que una cláusula condicional para que exista el deber de aplicación de la norma sancionadora, entonces aquella no tendrá existencia normativa hasta el momento en que se haya hecho uso de la autorización que confiere, de modo que las normas de competencia de las que no se ha hecho uso todavía no existen en el sistema jurídico. Por otra parte, también dejarían de existir en el momento en que fueran derogadas todas las normas dictadas en función

⁸⁶ KELSEN, H.: *Teoría General del Derecho y del Estado*, op. cit., pág. 135.

⁸⁷ Puede verse una crítica similar en HARTNEY, M.: "Introduction: the Final Form...", op. cit., pág. xxxi y xxxii; así como en HERNÁNDEZ MARÍN, R.: *Teoría general del Derecho y de la ciencia jurídica*, op. cit., pág.157.

de dicha autorización, aún cuando la facultad misma para dictar nuevas normas permaneciese intacta⁸⁸.

Siendo ciertas las consecuencias que Raz atribuye al argumento de las partes de normas, no veo nada extraño en ellas si se circunscribe, como más adelante se argumentará de forma extensa, la aplicación del mismo a un punto de vista estático del derecho, donde lo que interesa reproducir son las normas válidas en el sistema en un momento temporal concreto, y no la existencia de una facultad no ejercida de crear nuevas normas (puesto que la creación y la eliminación de normas sólo tiene relevancia desde un punto de vista dinámico). Es más, dado que en el punto de vista estático el interés se centra en la reconstrucción de las normas completas válidas en el sistema de referencia, la cancelación de una norma de competencia en base a la cual la autoridad declarada competente haya emitido una norma sancionadora no produce ningún efecto visible en la reconstrucción del sistema. Como afirma el mismo Raz:

"Imagínese que un comité especial, en ejercicio de facultades que le son conferidas por un reglamento municipal, ha ordenado a los propietarios de los

⁸⁸ Vid. RAZ, J.: *El concepto de sistema jurídico*, op. cit., págs. 141 y 147.

departamentos en el municipio fijar una lista de sus ocupantes, con sus nombres y el número del departamento en el pórtico de sus casas, y ha estipulado que en caso de omisión los infractores se exponen a una multa de 5 libras. Supongamos, además, que el reglamento que autorizó la orden del comité ha sido derogado, pero la orden es aún válida. De conformidad con Kelsen el reglamento fue una de las condiciones de la multa. ¿Ha dejado de ser tal condición? Omitir el reglamento de las condiciones de la multa hace necesario omitir también el acto del parlamento por el cual se autoriza la creación de reglamentos y, con él, desaparecen las disposiciones constitucionales que autorizan el acto del parlamento, creando la impresión de que estas disposiciones jurídicas han sido también derogadas. Si, por el otro lado, el reglamento derogado es aún considerado como una condición de la multa (como verdaderamente tiene que ser (...)), entonces la disposición derogada no tiene ningún efecto visible."⁸⁹

1.2.3. Las normas de competencia como obligaciones indirectas.

De una forma simplificada, puede decirse que la tesis según la cual las normas de competencia establecen obligaciones indirectas consiste en otorgar a las normas de competencia un carácter prescriptivo, esto es, la norma que confiere potestad a un órgano determinado para dictar otras normas obliga a

⁸⁹ Vid. RAZ, J.: *El concepto de sistema jurídico*, op. cit., págs. 146 y 147.

comportarse conforme a las normas dictadas en ejercicio de la competencia⁹⁰.

De este modo, una misma norma cumpliría con dos funciones distintas, autorizar la creación de nuevas normas y prescribir obediencia a las normas que se creen⁹¹.

⁹⁰ "En tanto que el Derecho faculta a un determinado individuo para dictar normas que ordenan un comportamiento también determinado a otros individuos, ordena asimismo a estos últimos obedecer las normas dictadas por el primero." KELSEN, H.: "La autodeterminación del Derecho", en *Revista de Ciencias Sociales*, monográfico dedicado a Kelsen, Valparaíso, [Trad. Azpúrua Ayala, R.], Chile, 1974, pág. 410. El mismo argumento puede encontrarse en SPAAK, T.: *The Concept of Legal Competence*, op. cit., págs. 171 y 179; y ZIEMBIŃSKI, Z.: "Norms of Competence as Norms of Conduct", en *Archivium Juridicum Cracoviense*, vol. III, 1970, págs. 24 y ss.; Id.: "On So-Called «Permissive Norms»", en *Archivium Juridicum Cracoviense*, vol. IX, 1976, págs. 174 y ss.; Id.: "Le contenu et la structure des normes concédant les compétences", en DI BERNARDO, G. (ed.): *Normative Structures of the Social World*, Rodopi, Amsterdam, 1988, págs. 164 y ss. Por su parte, MacCormick ha sostenido una versión algo distinta de este argumento. Según el autor escocés las normas de competencia imponen indirectamente deberes a los órganos aplicadores del Derecho. Así, una norma que conceda competencia al Parlamento para dictar leyes, impone indirectamente la obligación a los jueces de aplicar las leyes que dicte el Parlamento. Vid. MACCORMICK, N.: "Voluntary Obligations and Normative Powers", en *The Aristotelian Society*, sup. vol. XLVI, 1972, págs. 76 a 78. Cabe decir que esta misma versión puede ser también atribuida a Kelsen. Ello va a depender de cuáles sean los destinatarios de las normas, los órganos de aplicación o los ciudadanos y, por ello, en último término, de si reconstruimos el material normativo en forma de normas primarias o secundarias. Vid. HARRIS, J.W.: "Kelsen's Concept of Authority" en *Cambridge Law Journal*, 36(2), noviembre 1977, págs. 356. Acerca de la distinción entre reglas primarias y secundarias, cfr. KELSEN, H.: *Teoría General del Derecho y del Estado*, op. cit., págs. 71 y 72. En lo que sigue, se tratará la concepción de las normas de competencia como obligaciones indirectas, con indiferencia de cuáles sean los sujetos obligados por éstas.

⁹¹ Sobre este punto volveré en extenso en el apartado dedicado a la *Teoría General de las Normas*, donde Kelsen presenta con más detenimiento sus ideas al respecto; a ese lugar remito las observaciones críticas al mismo. Por el momento, puede verse KELSEN, H.: *General Theory of Norms*, op. cit., págs. 103 y 104. No veo, por otra parte, el inconveniente planteado por Hartney, quien objeta que dado que la función de una norma está ligada al sentido del acto de voluntad que le dio origen, no se entiende como de un solo acto de voluntad pueden derivarse dos funciones distintas para la misma norma. HARTNEY, M.: "Introduction: the Final Form...", op. cit., págs. xxxiv y xxxv. Sobre el carácter obligacional de la primera de las funciones, dirigida a las autoridades del sistema jurídico, puede verse la polémica mantenida por Paulson y Vernengo: PAULSON, S.L.: "An Empowerment Theory of Legal Norms", en *Ratio Juris*, vol. 1, n° 1, 1988; VERNENGO, R.J.: "About an Empowerment Theory of Legal Norms and Some Related Problems", en *Ratio Juris*, vol. 2, n° 3, 1989; y PAULSON, S.L.: "On Ideal Form, Empowering

Uno de los avances más importantes que se pueden destacar en la segunda edición de la *Teoría Pura del Derecho* es el referente a la definición de norma. Kelsen la define como el sentido objetivo de un acto de voluntad dirigido al comportamiento de otro⁹². Este avance, que, como el propio Kelsen reconoce, tiene mucho que ver con su abandono de la tesis de que las normas generales son juicios hipotéticos⁹³, tendrá destacables consecuencias en lo concerniente a las normas que conceden autorizaciones o competencias. A partir de la segunda edición de la *Teoría Pura del Derecho*, Kelsen individualiza las normas en función, a través de, actos de voluntad, es decir, a cada norma le corresponde un acto de voluntad. Es más, la función que cumple una norma depende del tipo de acto de voluntad que la precede y, en este aspecto, Kelsen reconoce la existencia de por lo menos tres grupos: actos de voluntad que prescriben, permiten y autorizan⁹⁴. Cada uno de los tipos distintos de actos de voluntad dará lugar a un tipo distinto de norma jurídica: prescriptiva, permisiva o facultativa⁹⁵. Este abandono de la posición conforme

Norms, and «Normative Functions», en *Ratio Juris*, vol. 3, n° 1, 1990.

⁹² Vid. KELSEN, H.: *Teoría Pura del Derecho*, 2ª ed., op. cit., pág. 24.

⁹³ Cfr. KELSEN, H.: "El profesor Stone y la Teoría Pura del Derecho", op. cit., pág. 61.

⁹⁴ KELSEN, H.: *Teoría Pura del Derecho*, 2ª ed., op. cit., pág. 19.

⁹⁵ En contra de una tipología de las normas determinada por las funciones de las mismas, vid. HARRIS, J. W.: "Kelsen's Concept of Authority", op. cit., págs. 360 y ss.; Id.: *Law and Legal Science*, op. cit., pág. 40, donde afirma que la función *autorizante* de las normas es supérflua, dado

a la cual existe una sola función normativa, la de prescribir, produce que Kelsen se vea forzado a diluir la pretensión de que todas las normas contienen un *sollen*, mediante la reinterpretación de éste como un término genérico que significa prescrito, permitido o autorizado⁹⁶.

Esta tesis según la cual las normas de competencia establecen obligaciones indirectas tiene su razón de ser en la posición adoptada por Kelsen respecto de la validez de las normas. Para el autor austríaco, la validez es la existencia específica de las normas, de modo que se produce una asimilación entre validez y existencia⁹⁷. Una norma, además, sólo puede existir en el contexto de un sistema normativo, de cuya norma básica derivará su validez, de modo que se asimila también validez y pertenencia. Finalmente, para Kelsen, toda norma es jurídicamente vinculante, con lo que se asimila validez y fuerza

que, según Harris, todas las normas, incluidas las de competencia, pueden reconstruirse con los operadores deónticos correspondientes a la obligación y al permiso.

⁹⁶ Vid. KELSEN, H.: *Teoría Pura del Derecho*, 2ª ed., op. cit., págs. 28 a 30; HARTNEY, M.: "Introduction: the Final Form...", op. cit., págs. xxxiv y xxxv; RAZ, J.: *El concepto de sistema jurídico*, op. cit., págs. 69 y 70. Respecto de la definición de 'norma jurídica' como sentido de un acto de voluntad dirigido al comportamiento de otro, cabe decir que ya Bentham y Austin habían propuesto definiciones muy parecidas. Crf. BENTHAM, J.: *Of Laws in General*, ed. por Hart, H.L.A., the Athlone Press, University of London, Londres, 1970, pág. 1; y AUSTIN, J.: "The Province of Jurisprudence Determined", en AUSTIN, J.: *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, 5ª ed., revisada y editada por Robert Campbell, Scholarly Press Inc., Michigan, 1977, págs. 11 y ss.

⁹⁷ KELSEN, H.: *Teoría Pura del Derecho*, 2ª ed., op. cit., pág. 23. Esto tiene como consecuencia que, por definición, no quepa la existencia de normas inválidas.

obligatoria⁹⁸. Presupuesto lo anterior, cuando una norma de competencia capacita a un órgano o para dictar normas jurídicas sobre una determinada materia, tiene como consecuencia que, en caso de que o dicte alguna norma al respecto, ésta será válida, esto es, vinculante. Creo que ésta es la razón por la que se afirma que la norma de competencia prescribe obediencia a la norma creada en función de la competencia: porque le confiere obligatoriedad (validez)⁹⁹.

Por otro lado, Kelsen también afirma que las normas que regulan conductas confieren poderes indirectamente. Aunque esta tesis no está motivada ni desarrollada en la primera edición de la *Teoría Pura del Derecho*¹⁰⁰, creo que adquiere pleno sentido cuando en obras posteriores Kelsen expone su concepto de competencia o capacidad¹⁰¹. Hemos examinado ya dicho concepto de competencia, según el cual un individuo está facultado

⁹⁸ "Decir que una norma es válida equivale a declarar su existencia o -lo que es mismo- a reconocer que tiene «fuerza obligatoria» frente a aquellos cuya conducta regula." KELSEN, H.: *Teoría General del Derecho y del Estado*, op. cit., pág. 35.

⁹⁹ En el mismo sentido, BULYGIN, E.: "An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law", op. cit., págs. 41 y ss.; también, CARACCILOLO, R.: "Some Remarks about Empowering Norms", manuscrito, pág. 5.

¹⁰⁰ Vid. HARTNEY, M.: "Introduction: the Final Form...", op. cit., pág. xxvi.

¹⁰¹ Vid. KELSEN, H: *Teoría General del Derecho y del Estado*, op. cit., págs. 105 y ss; y *Teoría Pura del Derecho*, 2ª ed., op. cit., págs. 157 y ss.

para realizar un determinado acto jurídico cuando a su conducta el derecho le reconoce efectos jurídicos. Entonces, si, por ejemplo, una norma prescribe a los funcionarios de prisiones el encarcelamiento de los condenados a prisión por parte de los jueces de la jurisdicción penal, dicha obligación de obedecer a los jueces produce indirectamente que se pueda predicar la competencia de éstos para condenar a penas privativas de libertad, ya que sus actos en este sentido producen el efecto jurídico de obligar a los funcionarios de prisiones a su cumplimiento. En lo sucesivo, no obstante, me centraré en las disposiciones que confieren poderes jurídicos de forma directa: las normas de competencia.

En este punto, resulta de interés ahondar un poco en la forma en que los dos argumentos presentados (a saber, que las normas de competencia son partes de normas o normas dependientes y que son obligaciones indirectas) son coordinados en la teoría kelseniana. En concreto, es importante señalar cuál es el ámbito de aplicación de cada uno de ellos. Las normas de competencia, en cualquiera de sus dos funciones, autorizante y prescriptiva, no están acompañadas de sanciones para el caso de incumplimiento de la conducta regulada, razón por la cual, como se ha expuesto repetidamente, no

pueden ser reconstruidas como normas independientes. Son, pues, partes o fragmentos de normas completas, que sí incluyen la amenaza de sanción.

Si esto es así, la tesis de las partes de normas es consecuencia del juego conjunto del criterio kelseniano de individualización de las normas jurídicas (la coacción) y de la reconstrucción de las normas de competencia como obligaciones indirectas que no prescriben sanciones.

Como ya ha sido señalado, a pesar de ser el derecho un caso de sistema dinámico, puede ser reconstruido tanto desde un punto de vista estático como dinámico. Pues bien, mientras el ámbito de aplicación del argumento de las obligaciones indirectas se extiende a los dos puntos de vista, cabe decir que el anclaje del argumento de las partes de normas dentro de la teoría kelseniana del derecho debe buscarse exclusivamente en el punto de vista estático¹⁰²:

"Lo que, desde un punto de vista dinámico, es creación de una norma general determinada por otra superior, la Constitución, desde un punto de vista estático representa una de las condiciones a las que la sanción es enlazada como

¹⁰² En el mismo sentido, BARBERÁ DEL ROSAL, A.: "Power-Conferring Norms: Unselbständige. Parasite or Fundamental Norms?", manuscrito, pág. 3.

consecuencia en la norma general, la cual, desde el punto de vista dinámico, está subordinada a la Constitución. En una interpretación estática del derecho, las normas superiores de la constitución son proyectadas como partes dentro de las normas inferiores"¹⁰³

De este modo, desde un punto de vista estático, si las normas de competencia establecen obligaciones indirectas sin imponer sanciones, no pueden ser consideradas como normas completas, puesto que el criterio de individualización que usa Kelsen en el punto de vista estático es precisamente la presencia en toda norma del elemento coactivo. Siendo así, el autor austríaco reconstruye las normas de competencia como partes o fragmentos de normas completas que sí establecen una sanción para el caso de incumplimiento de lo prescrito. Por ello, puede decirse que en el punto de vista estático, la tesis según la cual las normas de competencia establecen obligaciones indirectas y la tesis de las partes de normas son complementarias.

¹⁰³ KELSEN, H.: *Teoría General del Derecho y del Estado*, op. cit., pág. 170.

En el punto de vista dinámico, en cambio, no queda claro cuál es el criterio de individualización de las normas jurídicas¹⁰⁴. Ello tiene especial importancia, por cuanto las normas que conceden competencias que aun no han sido ejercidas no pueden proyectarse como partes de ninguna norma en el punto de vista estático, de modo que sólo el punto de vista dinámico puede dar cuenta de ellas. Lo mismo sucede en el caso en que, aun cuando la competencia fue ejercida en un momento determinado, todas las normas emitidas en ejercicio de la competencia han sido derogadas posteriormente, sin derogarse la competencia misma. Por último, un caso parcialmente distinto es planteado por Raz, quien muestra que el punto de vista estático del derecho no puede dar cuenta de las derogaciones de normas de competencia cuando éstas no van acompañadas de la derogación de las normas dictadas en ejercicio de la competencia eliminada. Ello es así ya que en la reconstrucción completa de la norma, desde el punto de vista estático, deben incluirse en su antecedente todas las condiciones de validez de la norma y, por tanto, también la norma de competencia derogada¹⁰⁵.

¹⁰⁴ De forma más contundente, Raz afirma que "Las normas dinámicas (...) no son en ningún sentido normas. La conclusión inevitable es que el punto de vista dinámico, después de todo, no proporciona un principio alternativo de individuación de las disposiciones jurídicas, ni siquiera un principio subordinado." Cfr. RAZ, J.: *El concepto de sistema jurídico*, op. cit., pág. 142.

¹⁰⁵ Vid. RAZ, J.: *El concepto de sistema jurídico*, op. cit., págs. 146 y 147.

1.3. Las normas de competencia en la *Teoría General de las Normas*.

El análisis de los postulados de esta última producción del autor austríaco tiene que recoger el dato de que se trata de una obra inacabada, lo que en algunos puntos podría explicar ciertas inconsistencias. No obstante, respecto del tema que nos ocupa, se confirma la adquisición progresiva de autonomía y relevancia en su tratamiento¹⁰⁶ que ya habíamos destacado con anterioridad. Tanto es así, que en la *Teoría General de las Normas* se dedica un capítulo completo a realizar un interesantísimo análisis de las normas de competencia.

Kelsen mantiene en esta obra la conceptualización de las normas como el sentido de un acto de voluntad dirigido a la conducta de otro¹⁰⁷, considerando "más correcto decir que una norma es un sentido que no que tiene un sentido"¹⁰⁸. También perduran desde la segunda edición de la *Teoría Pura del Derecho*, las tres funciones normativas allí citadas (ordenar, permitir y

¹⁰⁶ Cfr. BOBBIO, N.: "Kelsen y el poder jurídico", op. cit., pág. 82.

¹⁰⁷ KELSEN, H.: *General Theory of Norms*, op. cit., págs. 2 y 31 y ss..

¹⁰⁸ KELSEN, H.: *General Theory of Norms*, op. cit., pág. 26.

autorizar), a las que se añade la derogatoria¹⁰⁹. Pese a ello, Kelsen insiste en sostener, aunque debilitada, la idea de que la función típica de las normas jurídicas es la prescriptiva. De este modo, se afirma que las funciones normativas permisiva y facultativa tienen una relación sustancial con el «deber ser», en tanto que la función derogatoria la tiene con el «no-deber ser»¹¹⁰.

Respecto de las normas de competencia, específicamente, cabe subrayar la atención que se presta a la reconstrucción de las mismas desde el punto de vista dinámico, cuestión que, como ya se ha visto, conduce al segundo de las tesis estudiadas, esto es, la de las normas de competencia como obligaciones indirectas. Merecen destacarse cinco puntos esenciales en el análisis kelseniano de esa tesis:

1) Es contingente que el acto autorizado esté ordenado por una norma del sistema jurídico, es decir, el individuo al que se atribuye el poder jurídico

¹⁰⁹ KELSEN, H.: *General Theory of Norms*, op. cit., págs. 97 y 106. La autonomía de la función derogatoria ya había sido reconocida en KELSEN, H.: "Derogation", en NEWMAN, R.A. (ed.): *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Tyhe Bobbs-Merrill Co., Indianapolis-New York, 1962.

¹¹⁰ KELSEN, H.: *General Theory of Norms*, op. cit., págs. 97 y 106.

puede o no estar obligado a hacer uso de él¹¹¹. Inversamente, los individuos no autorizados a actuar pueden estar sujetos o no a una prohibición de hacerlo. De estarlo, su actuación dará lugar a un ilícito, de lo contrario simplemente no producirá efecto jurídico alguno, esto es, la norma que se pretendía dictar será nula¹¹².

2) La autorización para crear normas *implica* siempre una orden indirecta. De la misma manera que la norma moral que autoriza al padre a dar órdenes a su hijo prescribe a éste último que obedezca al padre, cuando una norma de la constitución autoriza al órgano legislativo a estatuir normas generales vinculantes para los particulares, establece la competencia del legislativo para dictar esas normas y la vinculatoriedad de éstas para los particulares. Es decir, la norma constitucional prescribe obediencia a las normas emitidas en ejercicio de la competencia. Esto es consecuencia, como ya fuera señalado, de concebir la validez como vinculatoriedad: será, pues, la norma superior, la que autoriza, quien transmitirá dicha vinculatoriedad a la nueva norma. Ésta es la formulación más explícita en la obra de Kelsen de

¹¹¹ Si la Constitución concede competencia al Parlamento para dictar normas generales, es raro que se le imponga también la obligación de hacerlo; en cambio, los jueces tienen la competencia de resolver los casos de que conozcan y la obligación de hacerlo. Vid., por ejemplo, el artículo 1.7 del Código Civil español, y el 357 del Código Penal.

¹¹² KELSEN, H.: *General Theory of Norms*, op. cit., pág. 103.

la teoría conforme a la cual las normas de competencia son obligaciones indirectas¹¹³.

3) De esta forma, las normas de competencia cumplen con dos funciones diversas. Como ejemplo, Kelsen reconstruye las funciones que cumplen las normas mencionadas acerca del poder del padre de dictar mandatos a su hijo y de la competencia del legislador para dictar normas generales. Así, "la primera norma afirma: i) el padre puede dar órdenes a su hijo, y ii) el hijo debe obedecer las órdenes del padre. La segunda norma afirma: i) el órgano legislativo puede establecer normas generales, y ii) los hombres cuyo comportamiento sea regulado por estas normas, deben conformar su comportamiento a las mismas"¹¹⁴.

4) Por otro lado, Kelsen se muestra muy cuidadoso al afirmar que mientras una orden o una prescripción se cumple o se transgrede, una autorización se usa o no, pero no puede ser incumplida.

¹¹³ KELSEN, H.: *General Theory of Norms*, op. cit., págs. 103 y 104.

¹¹⁴ KELSEN, H.: *General Theory of Norms*, op. cit., pág. 104.

5) Con anterioridad se ha señalado que, según Kelsen, puede concederse una facultad a un individuo tanto mediante una norma de competencia como a través de normas que establecen deberes. En el anterior apartado se ha intentado ofrecer una explicación de este fenómeno, de tal forma que puede decirse que en tanto la postulación de las normas de competencia como mandatos indirectos está ligada al concepto de validez que el autor utiliza, la tesis de que las normas prescriptivas conceden indirectamente poderes normativos está relacionada con su concepto de capacidad. En el capítulo 59 de la *Teoría General de las Normas*, Kelsen ofrece una explicación más detallada al respecto. Así, siguiendo la lectura que hace Hartney¹¹⁵ de este punto de la teoría de Kelsen, son tres las formas en que las normas que establecen directamente obligaciones pueden, indirectamente, conceder competencias:

a) Si A ordena a B crear normas prescriptivas para C (y A tiene la competencia para hacerlo), entonces B adquiere el poder de emitir las normas en cuestión. Ésta es la forma más usual que aparece en los primeros trabajos de Kelsen¹¹⁶.

¹¹⁵ Vid. HARTNEY, M.: "Introduction: the Final Form...", op. cit., pág. xli.

¹¹⁶ Vid. KELSEN, H.: *General Theory of Norms*, op. cit., págs. 262 y 263.

b) Si A obliga a C a obedecer a B (y A tiene la competencia para emitir normas prescriptivas dirigidas a C), entonces B adquiere el poder de dictar normas obligatorias para C¹¹⁷.

c) Por último, si A prescribe a B hacer algo (y A tiene la competencia para hacerlo), entonces cualquier órgano queda autorizado para dictar otras normas prescriptivas dirigidas a B, siempre que sean subsumibles en la prescripción emitida por A¹¹⁸.

Queda claro, pues, el establecimiento de una línea divisoria entre la competencia o capacidad jurídica y las normas de competencia. Si, como se ha hecho hasta aquí, se usa el nombre *normas de competencia* para referirse a aquellas normas cuya función directa es la de autorizar el dictado de otra norma, entonces la existencia de una norma de competencia es condición suficiente pero no necesaria para que un individuo adquiriera competencia. Ello

¹¹⁷ Vid. KELSEN, H.: *General Theory of Norms*, op. cit., págs. 260 y 261.

¹¹⁸ Vid. KELSEN, H.: *General Theory of Norms*, op. cit., págs. 264 y 265. Respecto de esta extraña tesis de Kelsen, puede verse HARTNEY, M.: "The Confusion in Kelsen's Final Rejection of a Logic of Norms", en *ARSP*, 1991, págs. 78 y ss. El mismo Kelsen parece rechazar esta forma de conceder competencia en KELSEN, H.: "Derecho y lógica", en KELSEN, H. y KLUG, U.: *Normas jurídicas y análisis lógico*, Centro de Estudios Constitucionales, [Trad. Gardella, J.C.], Madrid, 1988, págs. 107 y ss.

es así porque, según Kelsen, puede también devenirse competente por efecto indirecto de una norma prescriptiva.

2. Las normas de competencia en la teoría del derecho de Nino.

Con posterioridad a Kelsen, han sido diversos los autores que han sostenido la tesis según la cual las normas de competencia son, o pueden ser reconstruidas como, normas que imponen obligaciones indirectas. En el ámbito hispano-parlante, Carlos S. Nino ha sido uno de los que con mayor claridad ha defendido esa tesis. El autor argentino, se declara explícitamente seguidor de Alf Ross¹¹⁹ respecto del análisis de las normas de competencia¹²⁰.

El pensamiento de Nino acerca de las normas de competencia no ha sido uniforme a lo largo de su trayectoria intelectual. Así, inicialmente había acogido laudatoriamente la crítica de Hart al imperativismo de Kelsen y la distinción de aquél entre reglas primarias y secundarias¹²¹. Posteriormente,

¹¹⁹ Vid. NINO, C.S.: "Las limitaciones de la teoría de Hart sobre las normas jurídicas", en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, n° 5, 1985, pág. 86.

¹²⁰ Cfr. ROSS, A.: *Sobre el derecho y la justicia*, op. cit., pág. 32. La teoría de las normas de competencia de Alf Ross será, no obstante, expuesta en el capítulo III, dedicado a las teorías no reductivistas. Ello se debe a que Ross ha llevado a cabo también un tratamiento de las normas de competencia como definiciones. En ese punto, intentaré ofrecer una interpretación del pensamiento del autor escandinavo que otorga preeminencia a esta última reconstrucción de las normas de competencia.

¹²¹ Vid. NINO, C.S.: *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1984, págs. 88 y ss. En el mismo sentido se refiere a la tesis de Nino, ATIENZA, M.: *La filosofía del derecho argentina actual*, Depalma, Buenos Aires, 1984, págs. 303 y 304.

en cambio, asumió también una posición imperativista que puede considerarse la tesis más articulada del autor respecto del problema que nos ocupa.

La asunción por parte de Nino de una posición imperativista en lo que concierne a la teoría de las normas, produjo un cambio de orientación en su crítica a Kelsen. Mientras que las objeciones de Hart son de orden externo a la posición imperativista, las críticas que realiza Nino son ahora de orden interno, aduciendo que el esquema de Kelsen "es unilateral y excesivamente simplificador"¹²². Kelsen sostiene que una de las características distintivas de las normas jurídicas es su utilización de técnicas de motivación indirecta, esto es, motivan la realización de la conducta considerada deseable mediante la atribución de una consecuencia desagradable al comportamiento contrario. Nino se muestra en desacuerdo con esta tesis y afirma que el derecho también recurre a técnicas de motivación directa, esto es, al establecimiento de la conducta obligatoria o prohibida sin la necesidad de instituir expresamente ninguna sanción para el supuesto de incumplimiento. Este sería el caso de las normas de competencia.

¹²² Vid. NINO, C.S.: "La nulidad jurídica y el papel de la teoría general del Derecho", en NINO, C.S.: *La validez del derecho*, op. cit., pág. 202.

Sobre la base de esta reconstrucción teórica, las normas de competencia impondrían la obligación de cumplir con lo que dispongan las normas emitidas en función de la competencia. Se trataría, al decir de Nino, de normas *en blanco*¹²³, que harían "depender la especificación de la conducta obligatoria de la voluntad de otros"¹²⁴. De este modo, una norma de competencia tendría la siguiente forma aproximada: "Es obligatorio para los destinatarios de las normas que emita el órgano o realizar las conductas que esas normas impongan"¹²⁵.

¹²³ Cabe señalar que MacCormick ha presentado una interpretación de la tesis de Kelsen según la cual toda autorización para crear nuevas normas puede ser reducida a obligaciones, en base a la cual las normas de competencia serían, también para Kelsen, normas en blanco. Vid. MACCORMICK, N.: "Powers and Power-Conferring Norms", ponencia presentada en el 5º simposium kelseniano, organizado por Letizia Gianformaggio, Siena, mayo-1993, manuscrito, págs. 7 y 9. También Ziemiński ha sostenido que las normas de competencia establecen deberes para los súbditos, que sólo *se concretizan* a partir del momento en que la competencia ha sido ejercida. Vid. ZIEMIŃSKI, Z.: "Le contenu et la structure des normes concédant les compétences", op. cit., pág. 173.

¹²⁴ Vid. NINO, C.S.: "Las limitaciones de la teoría de Hart ...", op. cit. pág. 86; y NINO, C.S.: "El Concepto de Derecho de Hart", en *Revista de Ciencias Sociales. H.L.A. Hart y el Concepto de Derecho*, nº 28, 1986, pág. 48. Este punto queda algo ambiguo. En primer lugar, puede interpretarse que las normas de competencia hacen depender la especificación de la conducta obligatoria de la voluntad de sujetos distintos de aquellos que las han emitido. En segundo lugar, puede interpretarse que las normas de competencia hacen depender la especificación de la conducta obligatoria de sujetos distintos de aquellos que son sus destinatarios. Esta segunda posibilidad parece menos plausible ya que, como ha mostrado Ruiz Manero, "los sujetos de la obligación resultante del ejercicio de la regla que confiere poderes no tienen por qué ser -como lo demuestra el caso de los contratos- distintos de los destinatarios explícitos de la propia regla que confiere poderes". Vid. RUIZ MANERO, J.: *Jurisdicción y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pág. 107.

¹²⁵ Dado que Nino no encuentra nada extraña la idea de una competencia ilimitada, es contingente que la norma de competencia especifique la materia sobre la que el órgano en cuestión puede emitir sus normas. Vid. NINO, C.S.: "El concepto de poder constituyente originario y la justificación jurídica", en BULYGIN, E., FARRELL, M.D., NINO, C.S. y RABOSI, E. (comps.): *El lenguaje del derecho...*, op. cit., pág. 342.

Por otra parte, Nino también rechaza el tratamiento de Kelsen de la nulidad como sanción. En su opinión,

"la *nulidad* de una norma dictada fuera de la competencia debe entenderse como una excepción a la obligación de los órganos respectivos de hacer cumplir ese tipo de normas a través del aparato coactivo (lo que implica en muchos casos, por aplicación de otras normas la prohibición de hacerlo)"¹²⁶

De acuerdo a la tesis presentada, no obstante, son dos los tipos de obligaciones que imponen las normas de competencia -aunque Nino pasa inadvertidamente sobre ello-, ya que, por un lado, dichas normas imponen la obligación de cumplir con las normas que se dicten en función de la competencia (la llamada *obligación en blanco*) y, por otro, imponen la obligación a los órganos del Estado de hacer cumplir las normas emitidas en función de la competencia. Vale la pena destacar que esta última obligación está perfectamente especificada y, en ese sentido, no depende del contenido de las normas emitidas en función de la competencia: la conducta obligatoria

¹²⁶ Vid. NINO, C.S.: "Las limitaciones de la teoría de Hart ...", op. cit., pág. 86; y NINO, C.S.: "El Concepto de Derecho de Hart", op. cit., pág. 48. La cursiva es del autor. Una tesis parcialmente discrepante con ésta ha sido defendida por el propio Nino -respecto de las normas que disponen nulidades- en los siguientes términos: "ellas son simplemente prescripciones dirigidas a funcionarios (jueces, oficiales de justicia y policías) al efecto de prohibirles que hagan uso de la coacción estatal para ejecutar una prestación contractual o de exceptuar su obligación general de hacerlo". Vid. NINO, C.S.: "La nulidad jurídica y ...", op. cit., pág. 205.

es la de hacer cumplir esas últimas normas y los sujetos obligados son los órganos del Estado.

Esto último, no obstante, introduce una considerable dosis de confusión en el concepto de norma de competencia que maneja Nino. En efecto, no queda claro si denomina 'norma de competencia' a i) la disposición que expresa las dos obligaciones mencionadas, ii) alguna de las dos obligaciones mencionadas, o iii) la conjunción de las dos obligaciones mencionadas.

3. Algunas críticas a la concepción de las normas de competencia como obligaciones indirectas.

Primera: La función prescriptiva indirecta que Kelsen atribuye a las normas de competencia puede enunciarse del siguiente modo: "deben obedecerse las normas que dicte el órgano o". Esta es, dicho sea de paso, la formulación que repetidas veces le atribuye a la norma básica de un sistema dinámico. Hernández Marín ha destacado en este punto que parece no tener mucho sentido predicar el obligatorio cumplimiento cuando las normas dictadas en función de la competencia no establecen obligaciones sino, por ejemplo, permisos¹²⁷.

Y aún cuando Kelsen se mantuviera dentro de una teoría imperativista estricta, debería reconocer que la competencia es condición necesaria para dictar disposiciones jurídicas que, si bien no son normas jurídicas (en tanto

¹²⁷ Vid. HERNÁNDEZ MARÍN, R.: *El Derecho como dogma*, op. cit., págs. 37 y 38. Raz, por su parte, ha sostenido que "los poderes para crear normas de mandato pueden ser considerados como conferidos por normas de mandato de una clase especial a la que llamaré normas de obediencia. Estas son normas que exigen que sus sujetos normativos obedezcan al titular del poder si y cuando éste ejercita su poder. Por ejemplo, 'los niños deben obedecer a sus padres' podría considerarse como la norma que confiere autoridad a los padres. Pero si tenemos una opción con respecto a la forma lógica de las normas que confieren poder para dictar normas de mandato, no tenemos tal opción si el poder incluye poder para dictar normas permisivas o normas que confieren poderes." Vid. RAZ, J.: *Razón práctica y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, [Trad. Ruiz Manero, J.], Madrid, 1991, pág. 120.

no regulan conductas mediante la imposición de sanciones), sí son condiciones de validez de normas jurídicas, pero sobre las cuales tampoco tiene sentido predicar el obligatorio cumplimiento puesto que no pueden ser cumplidas ni incumplidas¹²⁸.

No obstante, en mi opinión, esta crítica presupone algo que debe probarse, a saber, que no es aceptable la tesis imperativista respecto de la teoría de las normas. Esto es, que reconstruir todos los elementos integrantes del derecho (incluidas las normas permisivas, las normas de competencia y las definiciones) en forma de normas que imponen deberes produce más inconvenientes que ventajas. En fin, sólo después de rechazar la tesis imperativista, esta primera crítica tendrá fuerza suficiente.

Nino ha sostenido una tesis imperativista estricta de un modo más claro que, al menos, el último Kelsen. Así, no sólo reconstruye las normas de competencia como normas que imponen deberes, sino también las normas permisivas. En su opinión, éstas últimas son normas que imponen la obligación de no interferir en la realización de la conducta permitida:

¹²⁸ Vid. KELSEN, H.: *General Theory of Norms*, op. cit., págs. 104 y 105; donde el propio autor afirma que la diferencia entre la autorización y el mandato consiste en que la primera puede ser utilizada o no, mientras que el segundo sólo puede ser cumplido o violado.

"Este análisis de las normas permisivas las reduce a normas de obligación, sólo que no del comportamiento que es mencionado explícitamente por la norma (el que resulta permitido) sino del de no interferir con él."¹²⁹

Nino no dice nada, en cambio, respecto de la reconstrucción de las definiciones legales como normas que imponen deberes. No obstante, una reconstrucción de este tipo es necesaria para restar fuerza a esta primera crítica. Así, si se sostiene que las normas de competencia imponen la obligación de obedecer todo aquello que se dicte en ejercicio de la competencia, debe mantenerse también, para evitar la observación inicial de Hernández Marín, que todas las disposiciones jurídicas emitidas por la autoridad competente expresan normas de obligación. En consecuencia, se hace necesaria una reconstrucción de las definiciones legales que les confiera carácter normativo. De lo contrario, no tendría sentido la obligación impuesta por una norma de competencia de obedecer lo dispuesto por el órgano al que se declara competente, si lo emanado por ese órgano es una definición, por ejemplo, de 'mayoría de edad'¹³⁰.

¹²⁹ Vid. NINO, C.S.: "Las limitaciones de la teoría de Hart ...", op. cit., pág. 84.

¹³⁰ Una tesis de este tipo ha sido defendida oralmente por Carrió, según relato de Alchourrón y Bulygin, en el siguiente sentido "las definiciones del legislador obligan a todos los que usan y aplican las normas jurídicas a usar esas definiciones, es decir, a entender las correspondientes expresiones en el sentido que el legislador les atribuye y usarlas con este sentido. En consecuencia, se trata de una clase especial de normas que sólo difieren de otras

Sucedee, no obstante, que una reconstrucción imperativista de todo el material jurídico, aunque inmuniza del flanco de esta primera crítica a la tesis que trata a las normas de competencia como normas que imponen deberes, paga, al decir de Hart, "un precio demasiado elevado para adquirir la agradable uniformidad a que reducen todo el derecho, pues deforman las diferentes funciones sociales que los diferentes tipos de reglas cumplen."¹³¹

Segunda: Tal como ha mostrado Caracciolo¹³², la formulación de las normas de competencia como normas en blanco supone que éstas son formas

normas en que la conducta prescrita es conducta verbal o lingüística, pero conducta en fin. Si por «norma» se entiende una expresión que ordena, prohíbe o permite una conducta, entonces las definiciones legales son normas." Vid. ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: "Definiciones y normas", en ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: *Análisis lógico y Derecho*, op. cit., pág. 440. En España, Asís Roig ha defendido que todo el material normativo puede ser reconstruido como *imperativos* y, en referencia a las definiciones legales, sostiene que "mandan cómo tienen que entenderse determinadas situaciones o instituciones jurídicas. Así, por ejemplo, la forma imperativa del artículo 12 de la Constitución sería: los españoles mayores de dieciocho años tienen que ser considerados mayores de edad." Vid. ASÍS ROIG, R. de: *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 60.

¹³¹ Vid. HART, H.L.A.: *El Concepto de Derecho*, op. cit., pág. 48. Esta crítica es particularmente importante en el caso de Nino, por cuanto éste afirma que uno de los criterios que han de tenerse en cuenta, tal vez el más relevante, al evaluar distintas propuestas de individualización y clasificación de normas jurídicas es el que establece que "las normas jurídicas deben reflejar, en sus distintas variedades, los diferentes mecanismos a través de los cuales el derecho opera en la sociedad". Vid. NINO, C.S.: "La nulidad jurídica y ...", op. cit., págs. 201 y 202. La misma crítica respecto de Nino es realizada en RUIZ MANERO, J.: *Jurisdicción y normas*, op. cit., págs. 108 y ss. Respecto de la teoría imperativista en general, puede añadirse que, como han destacado Alchourrón y Bulygin, tiene el déficit de que no puede dar cuenta del fenómeno de la derogación. Vid. ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: "La concepción expresiva de las normas", en ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: *Análisis lógico y Derecho*, op. cit., págs. 131 y ss.

¹³² Cfr. CARACCILO, R.: "Some Remarks about ...", op. cit., págs. 5 y ss.

vacías que tienen que ser completadas por el órgano al que se declara competente. Por ello, pueden ser representadas como simples normas hipotéticas, "si C entonces debe ser S", donde la variable C tiene que ser sustituida por la descripción de uno o varios hechos condicionantes¹³³ y S por la descripción de la conducta establecida como obligatoria en la norma emitida por el órgano competente. De todo ello resulta, afirma Caracciolo, "que semejantes «normas» son pensadas como fórmulas de un cálculo cuyas variables no lógicas tienen que ser *sustituidas* para adquirir algún significado."¹³⁴ De este modo, puede decirse que si se reconstruyen las normas de competencia como normas en blanco, dado que son carentes de significado hasta tanto las condiciones de aplicación y la conducta obligada no sean especificadas por el órgano declarado competente, no son normas en absoluto porque carecen directamente de significado.

Dicho de otro modo, mientras la competencia no es ejercida, no hay ninguna conducta que satisfaga la norma de competencia. Esto es, si las normas de competencia obligan a cumplir con lo prescrito por las normas

¹³³ Entre los que figurarán i) que el órgano al que se declara competente haya emitido una norma obligando a realizar determinada conducta, así como ii) las condiciones bajo las que esa conducta es obligada.

¹³⁴ Vid. CARACCILO, R.: "Some Remarks about ...", op. cit., pág. 6.

emitidas en función de la competencia, entonces, en tanto no se emitan éstas últimas, no es posible realizar ninguna conducta que valga como cumplimiento o incumplimiento de la norma de competencia. Supuesto que se asuma que el significado de una oración imperativa depende de las condiciones de obediencia, dado que en tanto la competencia no ha sido ejercida no hay conducta que pueda satisfacer la norma de competencia, entonces la oración en que ésta última se expresa no es significativa¹³⁵.

Tercera: Supóngase una norma de competencia que, parafraseada en función de la tesis que estamos analizando, disponga que:

N_1 : Deben obedecerse las normas emitidas por el órgano o .

Supóngase también que el órgano o , con posterioridad a N_1 , emite -para simplificar el ejemplo- únicamente la siguiente norma:

¹³⁵ La posibilidad de atribuir significado a las oraciones no-declarativas ha sido uno de los problemas más relevantes en filosofía del lenguaje. Si se sostiene que el significado de una oración depende de sus condiciones de verdad (cfr. WITTGENSTEIN, L.: *Tractatus logico-philosophicus*, Alianza, [Trad. Tierno Galván, E.], Madrid, 1973, pág. 83, proposición nº 4063), se sigue que las oraciones imperativas, por carecer de valor de verdad, no son significativas. Ante esta consecuencia, algunos autores han sostenido la posibilidad de hacer depender el significado de ese tipo de oraciones de las condiciones de obediencia de las mismas. Cfr. HERNÁNDEZ MARÍN, R.: *Teoría general del Derecho y de la ciencia jurídica*, op. cit., págs. 297 a 299 y 302-303; HIERRO S. PESCADOR, J.: *Significado y verdad. Ensayos de semántica filosófica*, Alianza, Madrid, 1990, pág. 59; MORESO, J.J. y NAVARRO, P.E.: "Verdad y eficacia", en *Theoria*, segunda época, nº 26, 1996, págs. 105 y ss.

N_2 : Prohibido fumar.

Ante las normas N_1 y N_2 parece legítimo preguntarse cuál es la conducta exigida para el cumplimiento de cada una de ellas. Así, vemos que para cumplir con la norma N_1 hay que abstenerse de fumar, al igual que para cumplir con la norma N_2 . Del mismo modo, únicamente realizando la actividad de fumar es posible desobedecer tanto a N_1 como a N_2 . De ello puede deducirse que N_1 no tiene ningún contenido independiente, puesto que no exige ninguna conducta que no esté ya exigida por la norma N_2 , y, en ese sentido puede decirse que la primera es superflua¹³⁶.

De este modo, si tomamos en cuenta las críticas segunda y tercera de forma conjunta, puede decirse que las normas de competencia, reconstruidas de acuerdo al argumento de las obligaciones indirectas, no son normas en

¹³⁶ El mismo argumento es utilizado por Alchourrón y Bulygin para mostrar que sería superflua la obligación de usar las definiciones legales para identificar las leyes. Vid. ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: "Definiciones y normas", op. cit., pág. 450; donde afirman que: "Una norma que declarara obligatorias a las leyes, es decir, que prescribiera el deber de obedecer las demás normas del sistema sería superflua, porque no tendría ningún contenido propio, independiente del contenido de las otras normas". En el mismo sentido, GUASTINI, R.: "Normas supremas", op. cit., pág. 265. Un argumento similar aplicado a la iteración de la validez (obligatoriedad) en Kelsen, es utilizado en ROSS, A.: "La definizione nel linguaggio giuridico", en SCARPELLI, U. (ed.): *Diritto e analisi del linguaggio*, Comunità, Milano, 1976, pág. 203.

absoluto hasta que la competencia ha sido ejercida y son normas totalmente superfluas a partir de ese momento.

Cuarta: Si las normas de competencia no se entienden como normas en blanco sino como normas dirigidas a los órganos de aplicación del derecho, obligándoles a aplicar las normas emitidas en función de la competencia, entonces se diluye la distinción entre normas de competencia y las llamadas en el derecho internacional privado 'normas de conflicto'. En efecto, éstas últimas establecen la obligación de aplicar las normas del derecho extranjero para determinados casos en los que hay algún elemento de extranjería. Veámos, por ejemplo, lo dispuesto por el artículo 9.2 del Código Civil español:

(i) Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo.

No creo que se presente mayor dificultad en entender que (i) es sinónimo de

(ii) Deberá aplicarse a los efectos del matrimonio la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo.

Puede ahora fácilmente observarse que no hay diferencia entre una norma del tipo (ii) y una norma de competencia (iii) reconstruida como obligación de aplicar las normas emitidas en función de la competencia, dirigida a los órganos de aplicación del derecho:

(iii) Deberán aplicarse (respecto de la materia *m*) las normas dictadas por el órgano *o*.

Creo que la disolución de la distinción entre normas de competencia y normas de conflicto es una consecuencia indeseable, al menos por dos razones. En primer lugar, confunde dos conceptos que, en mi opinión, conviene mantener distintos, a saber, la pertenencia de las normas a un determinado sistema y la aplicabilidad de las mismas. Así, una norma puede a) pertenecer al sistema y no ser aplicable (por ejemplo, por estar en el período de *vacatio legis*), b) pertenecer al sistema y ser aplicable, c) no pertenecer al sistema y ser aplicable (por ejemplo, por ser una norma de derecho extranjero aplicable a un caso de derecho internacional privado), o

d) no pertenecer al sistema ni ser aplicable¹³⁷. En segundo lugar, la confusión de las normas de conflicto y las normas de competencia, produce no sólo la pertenencia al sistema jurídico de todas las normas de derecho extranjero a las que las normas de conflicto se remiten, sino también la calificación como autoridades competentes del sistema de referencia, v. gr. del derecho español, de aquellas autoridades extranjeras competentes para promulgar las normas a las que se remiten las normas de conflicto.

¹³⁷ Sobre la distinción entre pertenencia y aplicabilidad, puede verse BULYGIN, E.: "Tiempo y validez", en ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: *Análisis lógico y Derecho*, op. cit., págs. 195 y ss.; Id.: "Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos", en *DOXA*, n° 9, 1991, págs. 266 a 268; y MORESO, J.J. y NAVARRO, P.E.: "Applicabilità ed efficacia delle norme giuridiche", en COMANDUCCI, P. y GUASTINI, R. (eds.): *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Giappichelli, Torino, 1996.

Capítulo II.

Las normas de competencia como normas permisivas.

1. Las normas de competencia en la teoría de von Wright.
 - 1.1. Normas de primer orden y normas de orden superior.
 - 1.2. Normas de competencia.
 - 1.2.1. El carácter de las normas de competencia.
 - 1.3. Existencia y validez.
 - 1.3.1. La existencia de las normas.
 - 1.3.2. La validez de las normas.
2. La tesis permisivista en la teoría de Alchourrón y Bulygin.
 - 2.1. Sistema del súbdito y sistema del juez.
 - 2.2. Criterios de identificación y normas de competencia.
 - 2.2.1. Normas formuladas y normas derivadas.
 - 2.3. Existencia y validez.
 - 2.4. Limitación de la competencia.
3. Algunas críticas a la tesis permisivista.

1. Las normas de competencia en la teoría de von Wright.

Georg Henrik von Wright es uno de los autores más influyentes de las últimas décadas en el desarrollo de la filosofía del derecho, a pesar de que son normas de competencia es uno de esos temas específicamente jurídicos de los que se ha ocupado, convirtiéndose en *el* representante clásico de la concepción permisivista¹³⁸.

¹³⁸ Entre otros muchos autores, puede verse este tratamiento, que cuando no es expreso se muestra en el análisis preferente de su obra como pionera de la tesis estudiada, en ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J.: "Sulle regole che conferiscono poteri", en COMANDUCCI, P. y GUASTINI, R. (eds.): *Analisi e diritto 1994. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 1994, págs. 56 y ss.; BULYGIN, E.: "Sobre las normas de competencia", op. cit. pág. 488; MENDONCA, D.: *Introducción al análisis normativo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, págs. 151 y ss.; Id.: *Exploraciones Normativas*, op. cit., pág. 45; SPAAK, T.: *The Concept of Legal Competence*, op. cit., págs. 80 y ss. No obstante, von Wright ofrece algunos indicios de cambio de opinión respecto al carácter de las normas de competencia en "On the Logic and Ontology of Norms", donde puede leerse que "Cualquier ordenamiento jurídico contiene una rica variedad de normas que no pueden, sin fuerza o distorsión, ser vistas como obligaciones o permisiones en el sentido sugerido. Como ejemplos de tales normas se pueden citar las reglas para hacer contratos; las formalidades que hay que seguir para que un matrimonio sea jurídicamente válido...". Vid. WRIGHT, G.H. von.: "On the Logic and Ontology of Norms", en DAVIS, J.W. (ed.): *Philosophical Logic*, Reidel Publishing Company, Dordrecht, 1969, pág. 97.

Son, entre otros, exponentes de la tesis permisivista de las normas de competencia ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: *Introducción a la metodología ...*, op. cit.; CARACCILO, R.: "Due tipi di potere normativo", en COMANDUCCI, P. y GUASTINI, R. (eds.): *Analisi e diritto 1995. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 1995; LINDAHL, L.: *Position and Change*, op. cit.; MULLOCK, P.: "The Permissiveness of Powers", en *Ratio*, vol. 16, 1974; y KANGER, S.: "Law and Logic", op. cit.

1.1. Normas de primer orden y normas de orden superior.

Según von Wright, se puede decir que el contenido de las normas es "aquello que debe o puede o tiene que hacerse o no hacerse", es decir, es una acción o una actividad¹³⁹. Para las acciones consistentes en la promulgación o derogación de una norma, von Wright ha acuñado el nombre de *acción normativa*¹⁴⁰. Es obvio que las acciones humanas que constituyen la promulgación de una norma o su derogación pueden, a su vez, estar sometidas a normas. Ello permite distinguir entre las normas cuyo contenido es una acción normativa y aquellas cuyo contenido no es una acción

¹³⁹ Aunque, en algún sentido, de acuerdo con von Wright, se puede decir que la prescripción de una actividad es secundaria respecto de la prescripción de una acción: se puede fácilmente imaginar que la prohibición de fumar en realidad prohíbe el acto de empezar a fumar (y obliga a dejar de fumar, si se ha comenzado). Esto, no obstante, no es especialmente relevante respecto del tema que nos ocupa. Vid. WRIGHT, G.H. von: *Norma y Acción. Una investigación lógica.*, Tecnos, [Trad. García Ferrero, P.], Madrid, 1979, págs. 88 y 89.

¹⁴⁰ Dado que von Wright establece una relación conceptual entre acción y resultado, de modo que a toda acción "corresponde un cambio o un suceso en el mundo" (WRIGHT, G.H. von: *Norma y acción*, op. cit., págs. 56 y ss.), vale la pena preguntarse cuál es el resultado de una acción normativa. Aunque la respuesta de von Wright a este punto no es del todo clara, creo que puede decirse que el resultado de una acción normativa es el establecimiento de una *vinculación normativa* entre la autoridad emisora y los destinatarios de la norma. Vid. WRIGHT, G.H. von: *Norma y acción*, op. cit., págs. 131 y 132; también GONZÁLEZ LAGIER, D.: *Acción y norma en G.H. von Wright*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, págs. 312 a 313 y 325 a 328. El concepto de vinculación normativa será analizado con más detalle en el epígrafe dedicado a la existencia de las normas.

normativa. Von Wright propone los nombres de 'normas de orden superior' para las primeras y de 'normas de primer orden' para las segundas¹⁴¹.

Una norma de orden superior (en este caso, de segundo orden) es, pues, aquella que regula la acción normativa de promulgar o derogar una norma de primer orden¹⁴². Y así, sucesivamente, cuanto mayor es el ordinal que califica el orden de la norma, mayor es la jerarquía de la misma¹⁴³.

Paralelamente a la ordenación jerárquica de las normas puede hacerse una ordenación jerárquica de las autoridades, así:

"Los sujetos de normas de orden superior, es decir, los agentes a quienes esas normas van dirigidas, son, a su vez, autoridades de normas de orden inferior.

¹⁴¹ WRIGHT, G.H. von: *Norma y acción*, op. cit., págs. 195 y 196.

¹⁴² Von Wright restringe, en realidad, algo más el concepto de norma de orden superior. Así, para que una norma sea de orden superior, la acción normativa que es su contenido debe ser la de promulgar o derogar normas *prescriptivas* de orden inferior. Vid. WRIGHT, G.H. von: *Norma y acción*, op. cit., pág. 197. No queda claro, no obstante, cuál es la razón de esa restricción, ni, por ejemplo, por qué el dictado o la cancelación de una regla constitutiva no puede ser objeto de una norma de orden superior. En el mismo sentido, GONZÁLEZ LAGIER, D.: *Acción y norma en G.H. von Wright*, op. cit., pág. 368, nota 5.

¹⁴³ Puede verse un análisis más detallado de las normas de orden superior y, en especial, de la lógica deóntica de orden superior, en WRIGHT, G.H. von: "Normas de orden superior", en BULYGIN, E., FARRELL, M.D., NINO, C.S., y RABOSI, E. (comps): *El lenguaje del Derecho* ..., op. cit.; y GUIBOURG, R.: "La teoría de las normas en Georg Henrik von Wright", en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, nº 5, 1985, págs. 107 a 114.

Podemos llamar a la autoridad de una norma de primer orden, autoridad de primer orden; a la autoridad de una norma de segundo orden, autoridad de segundo orden, etc."¹⁴⁴

Si el acto normativo de promulgar una determinada norma no es, a su vez, regulado por otra norma, se dirá que la autoridad que realiza ese acto actúa como soberano o autoridad suprema de esa norma en cuestión¹⁴⁵.

1.2. Normas de competencia.

El autor finlandés analiza las normas de competencia a partir del análisis del carácter de las normas de orden superior. Así, según von Wright,

"probablemente sea correcto decir que entre las normas de primer orden, los mandatos y las prohibiciones ocupan la posición más prominente. Entre las normas de orden superior, la relativa preeminencia de los varios tipos de normas parece ser diferente. Parece correcto decir que los permisos de orden superior son de interés e importancia particulares. Un permiso de orden superior se da para que una determinada autoridad *pueda* dar normas de un determinado

¹⁴⁴ WRIGHT, G.H. von: *Norma y acción*, op. cit., pág. 197.

¹⁴⁵ WRIGHT, G.H. von: *Norma y acción*, op. cit., pág. 198.

contenido. Es, podríamos decir, una norma que concierne a la competencia de una determinada autoridad normativa. Llamaré a las normas permisivas de orden superior *normas de competencia*.¹⁴⁶

De este modo, una norma de competencia es aquella norma de orden superior que permite a una determinada autoridad (y bajo ciertas condiciones) el dictado de una norma de orden inferior. Ello permite distinguir dos categorías entre las normas permisivas: aquellas que regulan directamente conductas que no consisten en el dictado de otras normas (normas de primer orden) y las que tienen como objeto la permisión de *actos de dictar otras normas* por parte de determinadas autoridades (normas permisivas de orden superior o normas de competencia).

Según se afirmó en el apartado anterior, son normas de orden superior tanto las que regulan (obligan, prohíben o permiten) la promulgación de nuevas normas como las que regulan (obligan, prohíben o permiten) la derogación de normas ya existentes. Von Wright restringe la extensión del concepto de norma de competencia a aquellas normas de orden superior que permiten el dictado de otras normas, dejando fuera aquellas que permiten la

¹⁴⁶ WRIGHT, G. H. von: *Norma y acción*, op. cit., pág. 198.

derogación de otras normas. No está claro, sin embargo, el por qué de esta restricción. La existencia de este último tipo de normas puede ser infrecuente, pero siendo conceptualmente posible no veo razón para excluir del concepto de 'norma de competencia' a una norma que establezca, por ejemplo, quién puede derogar un artículo de la constitución.

Para aportar algo de luz sobre este punto, será necesario examinar el tipo de acción normativa consistente en *cancelar* una norma. Al respecto, se puede leer en *Norma y acción*:

"El acto de cancelar una norma (...) introduce un cambio en un mundo en el que una determinada norma existe, es decir, en el que una determinada proposición-norma es verdadera. ¿Pero qué estado de cosas produce la cancelación? Dos respuestas parecen posibles.

De acuerdo con la primera respuesta, el estado producido por la cancelación es simplemente un estado en el que una proposición-norma (genérica) anteriormente verdadera ya no lo es.

De acuerdo con la segunda respuesta, la cancelación -al igual que la emisión- acarrea la existencia de una nueva norma. Esta nueva norma es la norma-negación de la norma cancelada.

Según esta segunda idea de la cancelación, cancelar el mandato de hacer una determinada cosa entraña de este modo dar el permiso de abstenerse de esta

misma cosa, y viceversa, y cancelar una prohibición de hacer, es decir, un mandato de abstenerse de una determinada cosa, entraña dar un permiso de hacer esta misma cosa, y viceversa."¹⁴⁷

Von Wright afirma que la cuestión sobre cuál de las dos respuestas, que implican dos conceptos distintos de cancelación de normas, es la correcta carece de sentido. Sin embargo, la no previsión de la existencia de normas de competencia reguladoras de la capacidad para derogar supone la asunción por parte del autor finlandés de la segunda respuesta. Veamos por qué.

Supóngase un sistema S formado en un tiempo t por dos normas: $S_t = \{Vp, Oq\}$. Si en un tiempo t_1 la autoridad competente quiere cancelar la norma *prohibido p*, de acuerdo al primer concepto de cancelación, lo podrá hacer mediante la introducción en el sistema de una cláusula derogatoria D que

¹⁴⁷ WRIGHT, G.H. von: *Norma y acción*, op. cit., págs. 196 y 197. Una defensa de la primera respuesta puede verse, por ejemplo, en BENTHAM, J.: *Of Laws in General*, op. cit., pág. 233; y KELSEN, H.: "Derogation", en WEINBERGER, O. (ed.): *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Reidel PC, Dordrecht, 1973, p. 262. Tanto para Bentham como para Kelsen, la existencia de la "norma derogatoria" es *fugaz*, por cuanto no permanece en el sistema después de haber cumplido su función, esto es, haber sustraído a la norma derogada del sistema. Una posibilidad distinta de asumir esta primera respuesta ha sido sustentada por Moreso y Navarro, siguiendo en este punto a Alchourrón y Bulygin. Para ellos, las disposiciones derogatorias no expresan normas; cuando una autoridad deroga una norma perteneciente a un determinado sistema normativo, produce dos efectos conjuntamente: sustrae del sistema la norma derogada e ingresa en el mismo un enunciado no normativo (la cláusula derogatoria). Vid. MORESO, J.J. y NAVARRO, P.E.: *Orden jurídico y sistema jurídico. Una investigación sobre la identidad y la dinámica de los sistemas jurídicos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, págs. 60 y 61.

cancele la citada norma. Así, el sistema S podría representarse del siguiente modo: $S_{t1} = \{D, Oq\}$. En ese sistema puede decirse que la acción p está permitida únicamente en un sentido débil. En cambio, de acuerdo al segundo concepto de cancelación sólo se puede cancelar una norma introduciendo en el sistema la negación de la misma¹⁴⁸. Así, si la autoridad competente deroga en un tiempo t_1 la norma *prohibido p*, el sistema resultante sería el siguiente: $S_{t1} = \{\neg Vp, Oq\}$, o lo que es lo mismo, $S_{t1} = \{Pp, Oq\}$. En este sistema la acción p está permitida no sólo en sentido débil sino también en sentido fuerte¹⁴⁹.

Únicamente si se sostiene el segundo concepto de cancelación, la existencia de normas de competencia¹⁵⁰ que permitan la cancelación de otras normas deviene conceptualmente innecesaria, de modo que resultaría

¹⁴⁸ Ello, por cierto, supone que en esos casos opera siempre el principio *lex posterior derogat priori*, de modo que la introducción posterior de la negación de una norma deroga automáticamente a la primera. Sobre el concepto de norma-negación, puede verse WRIGHT, G.H. von: *Norma y acción*, op. cit., págs. 149 a 153; y ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: "Von Wright y la filosofía del derecho", en ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: *Análisis lógico y Derecho*, op. cit., págs. 90 a 94.

¹⁴⁹ Sobre la distinción entre permiso fuerte y débil, puede verse WRIGHT, G.H. von: "On the Logic of Negation", en *Societas Scientiarum Fennica. Commentationes Physico-Mathematicae*, XXII, n° 4, 1959, págs. 26 y 27; Id.: *Norma y acción*, op. cit., págs. 100 y ss. Un análisis interesante de estos conceptos puede encontrarse en ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: "Permisos y normas permisivas", en ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: *Análisis lógico y Derecho*, op. cit., págs. 217 y ss.

¹⁵⁰ Sobre las condiciones de existencia de una norma de competencia, volveré en el epígrafe 1.3.1 de este capítulo.

aceptable la restricción del concepto de normas de competencia a aquellas que permiten la emisión de nuevas normas. Sin embargo, parece correcto decir que ese segundo concepto de cancelación no reproduce fielmente la forma cómo operan nuestros sistemas jurídicos¹⁵¹. Así, por ejemplo, quedaría excluida la posibilidad de desregular una materia o una conducta, dado que toda cancelación de una norma implicaría necesariamente la introducción de una nueva norma en el sistema¹⁵². Es más, si se tiene en cuenta que la norma introducida tendrá el mismo o mayor rango jerárquico que la norma sustraída del sistema, este segundo concepto de cancelación produce una *estratificación* de la regulación jurídica de las conductas. En efecto, a partir del momento en que una conducta ha sido objeto de regulación, no sólo no podría ser desregulada, sino que nunca podría ser ya regulada por una norma de nivel inferior a la que lo hizo en primer lugar.

¹⁵¹ En el mismo sentido, tanto en el análisis como en la conclusión, puede verse MENDONCA, D.: "Atti di abrogazione e norme abrogatrici", en COMANDUCCI, P. y GUASTINI, R. (eds.): *Analisi e diritto 1993. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 1993, pág. 88. De hecho, en su contribución al monográfico *Problemas abiertos en la filosofía del derecho*, von Wright reconoce que no tomó conciencia clara de algunos problemas referidos a la derogación hasta 1975, a raíz de una comunicación presentada en Bielefeld por Alchourróny Bulygin. Vid. WRIGHT, G.H. von: contribución al monográfico "Problemas abiertos en la filosofía del derecho", en *DOXA*, nº 1, Alicante, 1984, pág. 266.

¹⁵² Kelsen ha destacado, a mi entender con acierto, la distinción entre la desregulación y la derogación por efecto de la incompatibilidad entre dos normas. Vid. KELSEN, H.: "Derecho y lógica", op. cit., pág. 106.

1.2.1. El carácter de las normas de competencia.

Según von Wright, una norma de competencia es una norma de orden superior que permite la acción normativa de dar nuevas normas de orden inferior¹⁵³. Pero esta formulación tiene una ambigüedad importante:

i) En un primer sentido puede significar que las normas de competencia son normas permisivas;

ii) En un segundo sentido puede significar que las normas de competencia tienen como consecuencia la permisión de una determinada acción normativa. Esta segunda posibilidad es distinta de la primera en un punto especialmente relevante, a saber, dado que la obligación de una acción implica su permisión, cabría la posibilidad de normas de competencia con carácter obligatorio. Parece adecuado a los usos de los juristas decir que si

¹⁵³ Estoy en desacuerdo, por tanto, con Di Lucia cuando afirma que el sintagma 'competence norms' es usado por von Wright tanto para referirse a normas que permiten el dictado de otras normas como a aquellas que lo ordenan o prohíben. Como se verá, es dudoso si las normas que ordenan la realización de una acción normativa son normas de competencia para von Wright, pero creo que pueden excluirse de tal concepto claramente las normas que establecen prohibiciones. Creo que la afirmación Di Lucia produce (o quizás es producida por) una confusión entre el concepto de norma de orden superior y el de norma de competencia. Vid. DI LUCIA, P.: *Deontica in von Wright*, Giuffrè, Milano, 1992, pág. 30.

una autoridad superior ordena a una autoridad inferior dictar la norma *n*, ésta última es competente para dictar *n*.

En *Norma y acción*, Von Wright parece asumir la primera interpretación cuando expone el concepto de 'delegación de poder'. Una determinada autoridad normativa es competente para emitir una cierta norma si una norma permisiva de orden superior (una norma de competencia) tiene como contenido la acción de emitirla.

Si una autoridad normativa de orden superior dicta una norma de competencia permitiendo a una autoridad inferior la emisión de nuevas normas sobre una determinada materia, se puede decir, según von Wright, que la primera ha delegado poder en la segunda.

"En el acto de dar una norma de competencia, es decir, una norma permisiva de orden superior, la autoridad de orden superior puede decirse que *delega poder* a una *sub-autoridad* de orden inferior. 'Poder' aquí significa 'competencia, en virtud de una norma, para actuar como autoridad de normas'. También lo llamaremos competencia *normativa* o simplemente poder.

(...)

Es esencial para lo que aquí llamo 'la delegación de poder' que la norma que delega poder sea permisiva. Si una autoridad *manda* o *prohíbe* a un agente emitir normas de tal y tal contenido, no diremos que delega poder en la sub-autoridad. Pues un aspecto de lo que llamamos el poder de la sub-autoridad es que estaría en libertad de emitir o no emitir las normas que está dentro de su competencia emitir.¹⁵⁴"

Siguiendo a von Wright, se puede observar, pues, que si una autoridad *x* ordena a una autoridad inferior y la realización de la acción normativa *a*, la autoridad inferior y no es competente para realizar *a*.

Dado que, como se analizará en el apartado 1.3, la validez de una norma depende del hecho de que haya sido dictada por una autoridad competente, esto es, del hecho de que la acción de emitir la norma le estuviera permitida a la autoridad que la dictó por otra norma de orden superior, se puede decir que, en el último caso planteado, la norma *n* (emitida mediante la acción normativa *a* por parte de la autoridad *y*) no es válida. Esta conclusión, sin embargo, parece claramente contraintuitiva.

¹⁵⁴ WRIGHT, G.H., von: *Norma y acción*, op. cit., pág. 198. La cursiva es del autor.

Otras veces, en cambio, von Wright parece asumir la segunda interpretación mencionada. Así, por ejemplo, cuando explica su concepto de 'cadena de subordinación', afirma:

"Supongamos que x ordena o permite a y ordenar o permitir a z promulgar algunas normas. Supongamos, además, que y efectivamente ordena o¹⁵⁵ permite a z promulgar estas normas, y que z lo hace.

(...)

Es esencial para la noción de cadena de subordinación, en la forma aquí descrita, que cada eslabón de la cadena -con excepción del primer eslabón- sea una acción válida (y acto normativo) con relación al siguiente eslabón superior en la cadena.

Una norma es válida cuando el acto de su promulgación está permitido. *Es un teorema de la lógica deóntica que si un acto se manda, entonces también se permite.* Por tanto, la orden de promulgar normas supone que las normas promulgadas al amparo de esa orden son también válidas, es decir, que su promulgación se permite porque se manda."¹⁵⁶

Aquello que tornaría contraintuitiva la primera de las interpretaciones de von Wright es que se apartaría de la asunción general de que la obligación

¹⁵⁵ Hay en este punto un error en la edición castellana de la obra de von Wright, donde figura la conjunción (y) en lugar de la disyunción (o). Cfr. WRIGHT, G.H. von: *Norm and Action. A Logical Enquiry*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1963, pág. 198.

¹⁵⁶ WRIGHT, G.H. von: *Norma y acción*, op. cit., págs. 203 y 204. Las cursivas son mías.

de hacer algo implica que el acto obligado está también permitido. Siendo así, si una autoridad ordenase a otra inferior que emitiera una determinada norma, entonces, también se lo permitiría, de modo que (siendo el criterio para atribuir la competencia de *a* que la acción normativa esté permitida para la autoridad inferior en cuestión) la autoridad inferior y sería competente para dictar la norma *n* y ésta sería (si fuera efectivamente dictada) una norma válida.

No obstante, de las citas que fundan las dos interpretaciones precedentes respecto del carácter de las normas de competencia, puede obtenerse también una lectura interesante acerca del concepto de competencia. En realidad, podría sostenerse que la competencia de la autoridad emisora de una norma y la validez de la norma emitida son dos nociones que no van necesariamente ligadas. De este modo, si el acto normativo de emitir la norma está permitido por otra norma *n'* (ya sea ésta una norma expresamente permisiva o a una norma de obligación), la norma emitida será válida. En cambio, si la autoridad emisora tiene la obligación de realizar el acto normativo, no se dirá que es competente para ello, aun cuando la norma que emita también sea válida.

Bajo esta última interpretación, una norma de competencia sería aquella entre cuyas consecuencias está la permisión de una determinada acción normativa. Pero una autoridad, que es sujeto de una norma de competencia, no sería por ello necesariamente competente. Para eso sería necesario, además, que la acción normativa no le esté ordenada por esa u otra norma del sistema. Es decir, un órgano *o* sería competente para realizar una determinada acción normativa *a* si, y sólo si, esa realización le estuviera facultada por el sistema normativo de referencia.

Las relaciones conceptuales entre competencia y validez son, en cambio, claramente distintas en *Un ensayo de lógica deóntica y la teoría general de la acción*. En efecto, en esa obra von Wright sostiene que hay una relación necesaria entre la validez de una norma y la competencia de la autoridad emisora, dado que ambas dependen, a su vez, de la existencia de una norma de competencia que permita la acción normativa consistente en emitir la norma. Así, von Wright afirma que

"(...) una norma es *válida* (en un sistema normativo *S*), si y sólo si, el acto normativo de dar esta norma está permitido (en ese sistema). De una autoridad

normativa que da una norma que es, en tanto que dada por él, válida, se dirá que tiene *competencia normativa* para dar esa norma."¹⁵⁷

Finalmente, resulta de algún interés preguntarse qué tipo de permiso es el concedido por las normas de competencia. Von Wright distingue entre, al menos, dos tipos de permiso fuerte según su grado creciente de fuerza, a saber, i) aquellos que implican únicamente una tolerancia del acto permitido y ii) aquellos que conceden un derecho a realizar el acto permitido¹⁵⁸. Estos últimos consisten en la combinación de una tolerancia hacia el sujeto de la permisión con la prohibición a los demás sujetos de obstaculizar la realización del acto permitido. Pero los derechos pueden tener aún un grado más de fuerza, cuando además existe la obligación de los terceros de facilitar al sujeto de la permisión la realización de su derecho. En éste último caso, se dirá que la norma permisiva concede una acción (*claim*) al sujeto de la permisión¹⁵⁹. En resumen, las normas permisivas pueden conceder meras tolerancias o derechos y, entre estos últimos, se distinguen aquellos que sólo protegen al sujeto de interferencias de terceros de aquellos que le conceden

¹⁵⁷ WRIGHT, G.H. von.: *Un ensayo de lógica deóntica y la teoría general de la acción*, UNAM, [Trad. Garzón Valdés, E.], México, 1976, pág. 114.

¹⁵⁸ Vid. WRIGHT, G.H. von: *Norma y acción*, op. cit., pág. 103.

¹⁵⁹ Vid. WRIGHT, G.H. von: *Norma y acción*, op. cit., págs. 103 y 104.

una acción (*claim*). Pues bien, según von Wright, las normas de competencia son normas permisivas que conceden derechos a la autoridad a la que se dirigen:

"Podríamos refinar nuestra definición de validez de tal forma que decir que una norma es válida significaría que la autoridad que la emite tiene un permiso equivalente a un derecho de emitir la norma. La competencia normativa o poder significaría entonces permisos en el sentido más fuerte de derechos de ejecutar determinados actos normativos"¹⁶⁰

Von Wright no aclara, sin embargo, qué tipo de derecho es el que conceden las normas de competencia. No aclara, en fin, si se trata de un derecho de los que únicamente "protegen" de la interferencia de terceros (en la competencia conferida) o si da además a la autoridad una acción (*claim*) para exigir que se le posibilite el ejercicio de dicha competencia.

¹⁶⁰ Vid. WRIGHT, G.H. von: *Norma y acción*, op. cit., pág. 210.

1.3. Existencia y validez.

Confundir la existencia de las normas y su validez es, según von Wright, un error de graves consecuencias, puesto que conduce a un regreso al infinito. En lo que sigue, se analizarán los conceptos de existencia y validez de las normas que asume von Wright, así como las relaciones que supone entre ambos.

1.3.1. La existencia de las normas.

A los efectos de éste trabajo, limitaré el análisis de la existencia de las normas a la clase de las prescripciones, como, por otra parte, también hace von Wright en *Norma y Acción*¹⁶¹.

Con esa limitación, según von Wright, puede decirse que una norma existe si, y sólo si, cumple con los siguientes requisitos¹⁶²:

- 1) ha sido emitida por una autoridad normativa, y

¹⁶¹ Vid. WRIGHT, G.H. von: *Norma y acción*, op. cit., pág. 123.

¹⁶² Vid. ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: "Von Wright y la filosofía del derecho", op. cit., pág. 71.

2) ha sido recibida por los sujetos normativos.

El primer requisito incluye tanto (1.1) la promulgación de la norma, es decir, un acto esencialmente verbal¹⁶³, como (1.2) la existencia de una *vinculación normativa* entre la autoridad emisora y el sujeto normativo, que se concreta en una superioridad física de la autoridad sobre el sujeto normativo, de modo que sea capaz de imponer una sanción si éste desobedece¹⁶⁴. El segundo requisito tiene que ver con (2.1) la posibilidad de recepción de la norma por parte del sujeto normativo y (2.2) la posibilidad de adecuación de su conducta a lo requerido por la norma¹⁶⁵.

¹⁶³ WRIGHT, G.H. von: *Norma y acción*, op. cit., pág. 131.

¹⁶⁴ WRIGHT, G.H. von: *Norma y acción*, op. cit., págs. 118 y 119. Exigiendo este requisito, von Wright se sitúa junto a teóricos como Bentham o Austin. Puede verse al respecto, BENTHAM, J.: *Of Laws in General*, op. cit., págs. 20 y ss; y AUSTIN, J.: "The Providence of Jurisprudence Determined", op. cit., págs. 12 y ss. Una crítica certera de esta línea teórica puede verse en HART, H.L.A.: *El Concepto de Derecho*, op. cit., págs. 63 y ss.

¹⁶⁵ Vid. WRIGHT, G.H. von: *Un ensayo de lógica deóntica y ...*, op. cit., pág. 77; Id.: *Norma y acción*, op. cit., págs. 123 y ss. De este modo, von Wright asume el principio kantiano de que *deber implica poder*. Respecto de esta asunción, puede verse un interesante análisis en GONZÁLEZ LAGIER, D.: *Acción y norma en G.H. von Wright*, op. cit., págs. 313 a 315 y 331 a 333. Vid. también ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Universidad de Carabobo, Valencia-Venezuela, 1979, págs. 29 a 31. Acerca del requisito 2.1, Alchourrón y Bulygin han mostrado que la exigencia de recepción de la norma como requisito de su existencia es admisible únicamente para las que ellos llaman 'normas-comunicación', que en el ámbito jurídico se reducirían a las normas individuales: "El ejemplo típico son las normas judiciales, reguladas por el derecho procesal, que por lo común tienen que ser notificadas a su destinatario para cobrar existencia". En cambio, parece que el concepto de norma-comunicación no es de utilidad para entender la existencia de las normas generales, por cuanto "es claro que éstas existen con total independencia de su recepción por parte de los sujetos normativos". Vid. ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: *Sobre la existencia ...*, op. cit., pág. 31.

Por otro lado, una norma deja de existir cuando cesa la vinculación normativa entre la autoridad y el sujeto normativo.

Son diversos e importantes los problemas que plantea un concepto de existencia de las normas como el formulado por von Wright, en especial respecto de la exigencia de superioridad física por parte de la autoridad normativa. Por otra parte, los sujetos normativos pueden ser indeterminados o puede tratarse, en un momento dado, de una clase vacía, y no por ello parece razonable decir que la norma no existe; además, muchas normas *sobreviven* a las autoridades que las han dictado, de modo que tampoco en este caso la exigencia de vinculación normativa funciona sin problemas; finalmente, en el caso de las normas permisivas, no está claro cuál es la relación que se exige entre la autoridad y el sujeto normativo. Podría decirse que la superioridad física de la autoridad respecto del sujeto normativo se muestra en el caso de las normas permisivas en que la autoridad podría haber ordenado la acción que permite y haber impuesto efectivamente sanciones en caso de desobediencia, pero esta afirmación se basa en un contrafáctico de difícil verificación y no es claramente formulada por von Wright¹⁶⁶.

¹⁶⁶ Vale la pena señalar que el mismo von Wright ha reconocido que el problema de la existencia de las normas es "uno de los problemas que ha ocupado más [su] pensamiento, pero respecto al cual nunca [ha] sido capaz de llegar a una posición definitiva". Vid. WRIGHT, G.H. von: "A Reply to my Critics", en SCHILPP, P. y HAHN, L. (eds.): *The Philosophy of Georg*

Este último problema, i.e. la existencia de las normas permisivas, es de especial relevancia. Dado que las normas de competencia son normas permisivas, en la concepción de von Wright, y que, como se verá en el siguiente apartado, la validez de las normas depende de la existencia de otras normas que permitan la acción normativa de emitir las primeras, esto es, de normas de competencia, entonces resulta que la validez de las normas de todo sistema normativo depende, en último lugar, de la existencia de alguna norma permisiva.

Para superar las dificultades mencionadas, Alchourrón y Bulygin han propuesto como alternativa considerar la promulgación como único requisito para la existencia de una norma:

"(...) por "norma" entenderemos el contenido de un acto efectivo de prescribir y su existencia comenzará con su promulgación. La realización del acto de dictar la norma ("promulgación" en el sentido que von Wright da a este término) será el único requisito para su existencia."¹⁶⁷

Henrik von Wright, Library of Living Philosophers, La Salle, Illinois, 1989, pág. 766.

¹⁶⁷ ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: "Von Wright y la filosofía del derecho", op. cit., págs. 74 y 75. Debe observarse, en mi opinión, que ello no supone todavía la asimilación de los conceptos de existencia y validez, puesto que la validez de una norma depende de la existencia previa de otra u otras normas, cosa que no sucede con la existencia. En el mismo sentido, MENDONCA, D.: *Introducción al análisis normativo*, op. cit., pág. 152.

Cabe destacar en este punto que la propuesta de Alchourrón y Bulygin ha sido aceptada por von Wright, al menos en el limitado ámbito de las normas permisivas:

"Para el tipo de permisos fuertes que he llamado permisos expresos o explícitos, el problema de la existencia es mejor solventado en la línea de Alchourrón y Bulygin. Esos permisos cobran existencia al ser 'promulgados'."¹⁶⁸

Así, finalmente, según von Wright una norma permisiva de competencia existe si ha sido promulgada.

1.3.2. La validez de las normas.

Mientras que la existencia de una norma no depende, a su vez, de otras normas, sí es necesario recurrir a otras normas para predicar la validez o invalidez. Por ello, puede decirse que la existencia es prioritaria epistémicamente a la validez¹⁶⁹. Así,

¹⁶⁸ Vid. WRIGHT, G.H. von: "A Reply to my Critics", op. cit., págs. 771.

¹⁶⁹ WRIGHT, G.H. von: *Un ensayo de lógica deóntica y ...*, op. cit., págs. 115 y 116.

- "La validez de una norma significa que la norma existe y que, además, existe otra norma que permitió a la autoridad de la primera norma emitirla."¹⁷⁰

- "Una norma es *válida* (en un sistema normativo *S*), si y sólo si, el acto normativo de dar esta norma está permitido (en ese sistema). (...)

Una norma es *inválida* (en *S*), si y sólo si el acto normativo de dar esta norma está prohibido (en *S*)."¹⁷¹

Como puede observarse, la validez de una norma remite a la existencia de otra norma, de orden superior a la primera, que permita el acto normativo de su promulgación¹⁷². Esto es, remite a la existencia de una norma de competencia. La invalidez de una norma, por su parte, depende de la existencia de otra norma, de orden superior a la primera, que prohíba el acto normativo de su promulgación.

¹⁷⁰ WRIGHT, G.H. von: *Norma y acción*, op. cit., pág. 200.

¹⁷¹ WRIGHT, G.H. von.: *Un ensayo de lógica deóntica y ...*, op. cit., pág. 114. Vid. también WRIGHT, G.H. von: *Norma y acción*, op. cit., págs. 200-202. La cursiva es del autor.

¹⁷² La formulación de von Wright en este punto es ambigua, por cuanto no está claro si se requiere la existencia de la norma de orden superior únicamente en el momento de la promulgación de la norma de orden inferior o si la existencia de la norma de orden inferior exige la "continua" existencia de la norma de competencia. En otras palabras, no queda claro si la derogación de la norma que concedió la competencia implica la derogación de las normas dictadas en uso de la competencia o bien si éstas pueden "sobrevivir" a aquélla. Para un agudo análisis de este punto, puede verse NAVARRO, P.E.: "La validez de las normas en *Norma y Acción*", en *Análisis Filosófico*, vol. X, n° 2, 1990, págs. 173 y ss.

La suma de los dos criterios no parece del todo adecuada, si se aplica el esquema de von Wright a los sistemas jurídicos. Dado que la validez de una norma depende de que su promulgación sea una acción permitida por una norma de competencia, parecería suficiente para predicar la invalidez la inexistencia de la norma de competencia, esto es, del permiso fuerte. En cambio, si se exige, como hace von Wright, la prohibición del acto de promulgación se produce una de las dos siguientes consecuencias:

i) Dado que en los ordenamientos jurídicos vigentes son pocas las normas prohibitivas del tipo mencionado, la clase de las normas inválidas será muy reducida y, en cambio, será muy amplia de las normas que no son ni válidas ni inválidas.

ii) Para evitar la consecuencia anterior, debería suponerse un principio de clausura negativo, tal que todo lo que no está permitido está prohibido¹⁷³.

Parece que von Wright se decanta por esta segunda alternativa:

¹⁷³ Con la salvedad, para no provocar contradicciones, de las omisiones de actuar. Por otro lado, von Wright limita el alcance del principio a las sub-autoridades, puesto que, por definición, la autoridad soberana no tiene permitida ni prohibida la emisión de las normas soberanas del sistema. Vid. WRIGHT, G.H. von: *Norma y acción*, op. cit., págs. 199 y 200.

"Por lo que respecta a las normas de orden superior, es decir, a las normas que regulan la actividad normativa, parece más natural pensar que 'todo lo que no está permitido está prohibido' que pensar que 'todo lo que no está prohibido está permitido'." ¹⁷⁴

En este punto, se produce una interesante coincidencia de von Wright con Kelsen, como puede verse en el siguiente párrafo:

"Un individuo obra como órgano del Estado cuando realiza actos en virtud de una autorización concedida por cierta norma válida. Esta es la diferencia entre el individuo y el Estado como personas actuantes; es decir, entre el que no actúa como órgano del Estado y el que obra como órgano estatal. Un individuo que no funciona como órgano del Estado puede hacer todo aquello que no está prohibido por el orden jurídico, en tanto que el Estado, esto es, el individuo que obra como órgano estatal, solamente puede hacer lo que el orden jurídico le autoriza a realizar." ¹⁷⁵

No obstante, esta solución no está exenta de problemas. De hecho, la existencia de una norma de clausura negativa como la postulada es contingente, de modo que no puede cubrir el vacío que dejan entre ellos los

¹⁷⁴ WRIGHT, G.H. von: *Norm and Action. A Logical Enquiry*, op. cit., pág. 194. Se cita por la versión inglesa puesto que en este párrafo hay un error en la traducción española.

¹⁷⁵ Vid KELSEN, H.: *Teoría General del Derecho y del Estado*, op. cit., págs. 312 y 313.

conceptos de validez e invalidez, tal como son definidos por von Wright¹⁷⁶.

En mi opinión, no hay ninguna necesidad de exigir la prohibición del acto de emitir una norma para calificarla como inválida. Creo que un par de definiciones como las que siguen pueden ofrecer una mejor reconstrucción del material jurídico, aun manteniéndose dentro del esquema teórico de von Wright:

Def. 1: Una norma es *válida* respecto de un sistema *S* si, y sólo si, el acto de su promulgación está permitido por otra norma de ese sistema.

Def. 2: Una norma es *inválida* respecto de un sistema *S* si, y sólo si, ninguna norma del mismo sistema permite el acto de su promulgación o bien está prohibido por otra norma del mismo sistema y no es una norma soberana de ese sistema¹⁷⁷.

¹⁷⁶ Hay que decir que el carácter contingente del principio de clausura mencionado no es puesto en duda por von Wright. "Puede argüirse que las normas, cuya emisión no le está expresamente permitida a la autoridad, le está prohibido de hecho emitir las. Esto, sin embargo, no puede deducirse de la naturaleza del permiso como tal. La prohibición, si hay tal prohibición, es una norma por derecho propio." Vid. WRIGHT, G.H. von: *Norma y acción*, op. cit., pág. 199.

¹⁷⁷ De acuerdo a von Wright, la pertenencia de una norma al sistema normativo se determina por su validez, es decir, por la legalidad de su dictado, excepto en el caso de las normas soberanas, que "las incluiremos, por definición, en el sistema". Vid. WRIGHT, G.H. von: *Norma y acción*, op. cit., pág. 204.

Como puede observarse, las dos definiciones presentadas no son mutuamente excluyentes ni conjuntamente exhaustivas. Así, la suma de las dos definiciones ofrece un panorama donde caben las siguientes posibilidades:

i) una norma puede ser válida o inválida;

ii) una norma puede ser válida e inválida (dado que la noción es relativa a la calificación deóntica de otra norma respecto del acto de promulgación de la primera¹⁷⁸); y

iii) una norma puede no ser válida ni inválida (caso que, ahora sí, queda restringido a las normas soberanas)¹⁷⁹.

Creo que una presentación de este tipo permite ofrecer una reconstrucción de material normativo menos contraintuitiva y, a la vez, coherente con el grueso de la teoría de von Wright sobre las normas de competencia.

¹⁷⁸ Evidentemente, esta posibilidad presupone que el sistema no es consistente, puesto que requiere dos normas de orden superior, una permisiva y otra prohibitiva del mismo acto de promulgación.

¹⁷⁹ Puede observarse que las tres posibilidades figuran ya en la presentación de von Wright. No obstante, a diferencia de lo sostenido por éste, las definiciones de validez e invalidez que he presentado restringen la clase de las normas que no son ni válidas ni inválidas; en cambio, extienden la clase de las normas inválidas hasta abarcar a todas aquellas cuyo acto de promulgación no está calificado deónticamente y no son las normas soberanas del mismo sistema.

2. La tesis permisivista en Alchourrón y Bulygin.

El tratamiento brindado por Alchourrón y Bulygin a las normas de competencia en sus obras fundamentales¹⁸⁰ es reconocidamente deudor de la teoría de G.H. von Wright. Por ello, como se verá en las páginas que siguen, no sólo se mantienen un buen número de las ideas básicas que acabo de exponer, sino que la práctica totalidad de las objeciones que se han hecho a von Wright son también aplicables a la teoría de las normas de competencia que sustentan Alchourrón y Bulygin. Sólo recientemente, éstos autores han abandonado la tesis permisivista para defender una concepción no reductivista de las normas de competencia, según la cual éstas son definiciones o reglas conceptuales¹⁸¹.

De este modo, Alchourrón y Bulygin afirman que:

¹⁸⁰ Me refiero a ALCHOURRÓN, C.E y BULYGIN, E.: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, op. cit. y a ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, op. cit.

¹⁸¹ Cfr. ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: "Definiciones y normas", op. cit., págs. 439 a 463; y BULYGIN, E.: "Sobre las normas de competencia", op. cit., págs. 485 a 498. La concepción no reductivista será estudiada en el capítulo III de este trabajo.

"(...) las normas de competencia son (una clase especial de) normas permisivas; son normas de conducta que permiten crear nuevas normas"¹⁸²

Aun cuando en un primer momento únicamente hacen referencia a las normas que conceden competencia para la introducción en el sistema de nuevas normas, no sería acertado suponer que, como le sucede a von Wright, pase inadvertida a Alchourrón y Bulygin la competencia para derogar¹⁸³. Por eso, puede decirse que, de modo general, los mencionados autores conciben las normas de competencia como normas permisivas cuyas acciones reguladas son la creación o derogación de normas.

2.1. El sistema del súbdito y el sistema del juez.

Una de las aportaciones importantes que Alchourrón y Bulygin han realizado en su libro *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* es la idea de que para analizar algunos problemas básicos de la

¹⁸² Vid. ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: *Introducción a la metodología...*, op. cit., pág. 120.

¹⁸³ "La competencia para derogar es competencia en el mismo sentido en que lo es la competencia para promulgar normas". Vid. ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: *Sobre la existencia...*, op. cit., pág. 87.

teoría del derecho, v. gr. la completitud o la coherencia, en muchos casos no hay que estudiar (y los juristas no lo hacen habitualmente) la totalidad del orden jurídico y las relaciones que se dan entre sus elementos integrantes. Así, en cada caso, bastará preguntarse si un determinado conjunto de normas (o de elementos entre los que haya al menos una norma) es completo, o coherente, etc¹⁸⁴.

Uno de los desarrollos de la idea recién presentada es la distinción entre sistema primario o del súbdito y sistema secundario o del juez. El primero de ellos está compuesto por las normas que regulan la conducta de los sujetos del derecho, en tanto que el segundo se compone de las normas que regulan la conducta de los jueces y demás órganos jurisdiccionales en cuanto tales¹⁸⁵. En adelante centraré la atención sobre el sistema secundario o del juez.

En mi opinión, vale la pena señalar que podría hacerse una distinción más general entre sistema primario, integrado por las normas que regulan la conducta de los súbditos, y sistema secundario, integrado por las normas que

¹⁸⁴ Vid. ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: *Introducción a la metodología...*, op. cit., pág. 23. En el mismo sentido, BULYGIN, E.: "Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos", op. cit., pág. 259.

¹⁸⁵ Cfr. ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: *Introducción a la metodología...*, op. cit., pág. 205.

conciernen a la conducta de las autoridades normativas en cuanto tales. Si Alchourrón y Bulygin limitan éste último a las normas que versan sobre la conducta de los jueces es debido únicamente, según creo, a que hacen la distinción en el marco de una exposición acerca de la función judicial. Por ello, en lo sucesivo utilizaré la expresión 'sistema secundario' en el sentido más amplio mencionado.

La composición del sistema secundario tiene un carácter dual. Por un lado, lo integran normas de competencia, que establecen en qué condiciones las autoridades normativas pueden emitir o derogar normas; y por otro, normas que establecen obligaciones y prohibiciones a las autoridades como tales, es decir, respecto de la conducta de los sujetos en ejercicio de la competencia. Acerca del primer tipo de normas, Alchourrón y Bulygin afirman que:

"Las normas de competencia son *normas de conducta* para los jueces, si se las concibe como normas permisivas que establecen la permisión de realizar ciertos actos en ciertas circunstancias. Al mismo tiempo, son *constitutivas* de la autoridad judicial; nadie es juez sino en virtud de una norma de competencia y en la medida y con el alcance que esa norma determine. Es que el concepto de

juez es habitualmente definido en función de las normas de competencia y, por consiguiente, forman ellas parte del significado del término 'juez'. "¹⁸⁶

Como puede observarse, ahora la tesis es parcialmente distinta: las normas de competencia son simultáneamente normas permisivas y reglas constitutivas. Permiten la actividad normativa y constituyen a la propia autoridad. Dando un paso más, Alchourrón y Bulygin añaden que:

"Es importante distinguir las normas de competencia (permisivas) de las normas que imponen obligaciones o prohibiciones a los jueces, que también son normas de conducta. Si definimos el concepto de juez en términos de (o con referencia a) normas de competencia, entonces sólo estas últimas son necesarias para la existencia de los jueces; en cambio, las normas que establecen obligaciones, incluso la obligación de juzgar, serían meramente contingentes. "¹⁸⁷

En mi opinión, la tesis de la *naturaleza* mixta de las normas de competencia está basada en una confusión. En efecto, en este punto se confunde el hecho de que un determinada oración exprese una definición con

¹⁸⁶ Vid. ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: *Introducción a la metodología...*, op. cit., págs. 208 y 209. Las cursivas son de los autores.

¹⁸⁷ Vid. ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: *Introducción a la metodología...*, op. cit., pág. 209.

el hecho de que deba hacerse referencia a su emisión o a su contenido proposicional para definir un determinado término. Así, por ejemplo, podemos definir el término 'nieve' a partir de las características 1) composición química, 2) color blanco, etc. Decimos en ese caso que aquéllas son características definatorias del término 'nieve', es decir, que forman parte de su significado; pero de eso no se deduce que esas características definatorias *sean* la definición del término 'nieve'. Análogamente, del hecho que para definir a la autoridad, al órgano, sea necesario hacer referencia a una o varias normas de competencia no se sigue que ellas mismas sean la definición (o que tengan carácter constitutivo) de la propia autoridad.

El propio Bulygin ha criticado posteriormente una tesis parecida de Searle, que sostiene la existencia de reglas mixtas, constitutivas y regulativas. Así, escribe Bulygin que:

"La observación de Searle de que las reglas constitutivas también regulan las actividades por ellas constituidas es equívoca. Una y la misma regla no puede ser a la vez una regla conceptual (una definición) y una norma de conducta (una prescripción en el sentido de von Wright)."¹⁸⁸

¹⁸⁸ Vid. BULYGIN, E.: "Sobre las normas de competencia", op. cit., págs. 494 y 495.

Posteriormente, Bulygin añade que la distinción entre reglas constitutivas y regulativas tiene que ver con la distinción entre proposiciones analíticas y sintéticas. Las reglas constitutivas son analíticas en tanto que las regulativas tienen que ser necesariamente sintéticas. De este modo, afirmar que una misma regla es regulativa y constitutiva supone afirmar que tiene conjuntamente los caracteres de proposición analítica y sintética, lo que es conceptualmente imposible.

Dadas las objeciones anteriores y el rechazo de la tesis de la naturaleza mixta de las reglas por parte del propio Bulygin, parece que hay razones suficientes para no tomar esa tesis en mayor consideración, máxime cuando la misma no tiene continuidad en la obra de Alchourrón y Bulygin. Por todo ello, asumiré en lo sucesivo como teoría de Alchourrón y Bulygin la que sostiene que las normas de competencia son normas permisivas¹⁸⁹.

¹⁸⁹ Así puede verse en ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: *Introducción a la metodología ...*, op. cit., págs. 106, 120 y 209; y en ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: *Sobre la existencia ...*, op. cit., págs. 41 y 57. En estas obras los autores asumen la concepción hilética de las normas, entre otras razones, porque esa concepción les permite sostener la existencia de normas permisivas (vid. ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: *Sobre la existencia ...*, op. cit., págs. 57-60 y 64). Posteriormente, han mostrado como, en realidad, la concepción expresiva puede dar cuenta también de las mismas distinciones conceptuales. Cfr. ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: "La concepción expresiva de las normas", op. cit., págs. 127 y ss.

No obstante esta clarificación, la tesis permisivista de Alchourrón y Bulygin adolece de la misma ambigüedad que presenta la concepción de las normas de competencia de von Wright. En efecto, no queda claro si lo que se sostiene es que las normas de competencia son normas permisivas de la acción de emitir o derogar otras normas o bien que son normas de las que se deduce la permisión de esas acciones. La diferencia tiene alguna importancia; en efecto, si se sostiene que las normas de competencia son normas que permiten la actividad normativa, entonces, dado que la obligación de una conducta implica su permisión, si una norma obliga a realizar una determinada actividad normativa, v. gr. la obligación de regular una materia dada, entonces también lo permite, y se puede decir que esa es una norma de competencia. Si, en cambio, se sostiene que las normas de competencia son explícitamente permisivas, entonces la norma que establece una obligación normativa no es una norma de competencia¹⁹⁰.

¹⁹⁰ Una tesis permisivista exenta de esa ambigüedad, puede verse en VERNENGO, R.J.: *Curso de teoría general del Derecho*, Depalma, Buenos Aires, 1988, pág. 251.

2.2. Los criterios de identificación del sistema y las normas de competencia.

Una de las principales labores que debe afrontar un jurista es identificar qué enunciados de derecho forman parte del sistema jurídico, cuáles son los elementos integrantes del sistema. Para ello, son necesarios los que Alchourrón y Bulygin llaman 'criterios de identificación'. Estos criterios establecen qué requisitos debe reunir un enunciado de derecho para pertenecer¹⁹¹ al sistema¹⁹². Los criterios de identificación contienen reglas de dos tipos, a saber, reglas de admisión al sistema y reglas de rechazo. Ambos tipos de reglas definen conjuntamente la noción de enunciado de derecho perteneciente al sistema y son, por ello, reglas conceptuales (definiciones)¹⁹³.

¹⁹¹ Alchourrón y Bulygin no usan en este punto una terminología uniforme. Algunas veces usan el término 'validez' como sinónimo de 'pertenencia', de modo que también las normas soberanas son válidas (vid., por ejemplo, ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: *Introducción a la metodología...*, op. cit., págs. 119 y 120). Otras, en cambio, limitan el significado del término 'validez' a la pertenencia de las normas dependientes formuladas, no siendo las normas soberanas ni las normas derivadas válidas ni inválidas (Vid., por ejemplo, ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: *Sobre la existencia...*, op. cit., págs. 73 y 74). Para salvar esa ambigüedad, usaré 'validez' en este último sentido.

¹⁹² Cfr. ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: *Introducción a la metodología...*, op. cit., págs. 118 y 119.

¹⁹³ Cfr. ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: *Introducción a la metodología...*, op. cit., pág. 119.

Es importante, advierten los autores, no confundir los criterios de identificación de las normas que pertenecen al sistema con las normas de competencia. Si bien los primeros pueden hacer referencia a las normas de competencia como instrumento para identificar las normas (dependientes) válidas en el sistema, ello no autoriza a confundirlos. Los primeros son definiciones en tanto que las normas de competencia son un tipo especial de normas permisivas¹⁹⁴. Veamos un ejemplo de criterio de identificación completo:

"1. El conjunto de normas $[N_1, N_2 \dots N_n]$ es el sistema originario (primera constitución) de O_i .

2. Si una norma N_j es válida en un sistema S_t , que pertenece a O_i , y N_j faculta a la autoridad x a promulgar la norma N_k y x promulga en el momento t la norma N_k , entonces N_k es válida en el sistema S_{t+1} (es decir en el sistema correspondiente al momento siguiente a t) y S_{t+1} pertenece a O_i .

3. Si una norma N_j es válida en un sistema S_t , que pertenece a O_i , y N_j faculta a la autoridad x a derogar la norma N_k que es válida en S_t y x deroga N_k en el momento t , entonces N_k no es válida en el sistema S_{t+1} (correspondiente al momento siguiente a t) que pertenece a O_i .

¹⁹⁴ Añaden en este punto los autores que "(...) es claro que una definición no puede otorgar a nadie competencia para crear normas jurídicas". Vid. ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: *Introducción a la metodología...*, op. cit., nota 8 en la pág. 120.

4. Las normas válidas en un sistema S_t , que pertenece a O_i , que no han sido derogadas en el momento t , son válidas en el sistema S_{t+1} de O_i (que corresponde al momento siguiente a t).
5. Todas las consecuencias lógicas de las normas válidas en un sistema S_t , que pertenece a O_i , también son válidas en S_t .¹⁹⁵

Queda claro que las cláusulas 2 y 3 del criterio de identificación hacen referencia a normas de competencia para identificar las normas válidas del sistema (respectivamente, a las normas válidas que facultan para promulgar y a las normas válidas que facultan para derogar otras normas), pero no son ellas mismas normas de competencia¹⁹⁶.

¹⁹⁵ Vid. BULYGIN, E.: "Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos", op. cit., págs. 263 y 264. Podrá observarse que la formulación transcrita del criterio de identificación omite un dato importante, a saber, ese criterio únicamente permite identificar las normas válidas del sistema si se supone que las normas de la constitución originaria también lo son. De este modo, Bulygin usa el concepto de validez como sinónimo de pertenencia al sistema. Otras formulaciones de los criterios de admisión pueden verse en ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: *Introducción a la metodología* ..., op. cit., págs. 120 y 121; ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: *Sobre la existencia* ..., op. cit., págs. 73 y 74. Acerca de la caracterización de estos autores de los criterios de admisión, vid. MORESO, J.J. y NAVARRO, P.E.: *Orden jurídico y* ..., op. cit., págs. 50 y ss.; y MENDONCA, D.: *Introducción al análisis normativo*, op. cit., págs. 159 y ss. Respecto del criterio de identificación transcrito, puede verse un análisis en MORESO, J.J. y NAVARRO, P.E.: "Algunas observaciones sobre las nociones de orden jurídico y sistema jurídico", en *Análisis filosófico*, XII, nº 2, 1992, págs. 131 y ss.

¹⁹⁶ Es importante destacar que la distinción entre las cláusulas de identificación y las normas de competencia no depende de la asunción de la tesis permisivista.

2.2.1. Normas formuladas y normas derivadas.

Los juristas no consideran normas jurídicas únicamente a aquellas que han sido expresamente promulgadas por un sujeto competente, sino también a las consecuencias lógicas de éstas y de las normas independientes (por ejemplo, las normas de la constitución originaria, en la terminología usada en el criterio de identificación citado). A este hecho responde la inclusión de la cláusula quinta en el criterio de identificación. Las normas expresamente promulgadas son las llamadas normas formuladas, en tanto que aquellas que se obtienen como consecuencia lógica de otras normas son denominadas normas derivadas¹⁹⁷.

Vale la pena destacar que la validez de las normas derivadas se funda en el criterio de deducibilidad, en tanto que la validez de las normas formuladas (excepto las normas independientes del sistema) se funda en el criterio de legalidad¹⁹⁸. La combinación de ambos criterios, partiendo de una serie de

¹⁹⁷ Vid. ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: *Sobre la existencia ...*, op. cit., pág. 54. Cfr. también, MORESO, J.J. y NAVARRO, P.E.: *Orden jurídico y ...*, op. cit., págs. 36 y ss.

¹⁹⁸ Vid. CARACCIOLO, R.: *El sistema jurídico. Problemas actuales*, op. cit., págs. 57 a 67; Id.: "Orden jurídico, sistema y predicción", en CARACCIOLO, R.: *La noción de sistema en la teoría del Derecho*, op. cit., págs. 53 a 62.

normas independientes, identificadas por enumeración, permite identificar, en principio, la totalidad de las normas válidas del sistema¹⁹⁹.

Pues bien, las normas de competencia pueden ser tanto normas formuladas como normas derivadas:

"(...) la norma que da validez a otra, es decir, que otorga competencia a la autoridad, no necesita ser norma (expresamente) promulgada; puede tratarse de una norma implícitamente promulgada, por ser consecuencia de las normas promulgadas."²⁰⁰

Así, la norma permisiva del acto de dictar o derogar otras normas puede ser expresamente promulgada o bien derivarse de otras normas del sistema, por ejemplo de una norma de obligación. En efecto, dado que de la norma Op se deriva la norma Pp, siendo p la acción de dictar o derogar otras normas, cuando una autoridad del sistema emite la norma Op introduce a su

¹⁹⁹ En rigor, para dar cuenta de la dimensión temporal de la validez las normas, es necesario añadir un criterio de supervivencia parecido al expresado por la cláusula cuarta del criterio de identificación reproducido en el epígrafe anterior. Queda el problema de la indeterminación lógica derivado de la derogación de normas derivadas. Sobre este punto puede verse ALCHOURRÓN, C.E y BULYGIN, E.: "Sobre el concepto de orden jurídico", op. cit., págs. 401 y ss.

²⁰⁰ Vid. ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: *Sobre la existencia ...*, op. cit., pág. 74.

vez en el sistema la norma de competencia (Pp). Este punto probablemente disuelve la ambigüedad señalada en el epígrafe 2.1. de este mismo capítulo.

Por último, la distinción entre normas formuladas y derivadas pone de manifiesto que, en algunas ocasiones, la competencia tiene una relevancia indirecta para la introducción de normas al sistema o para la derogación de determinadas normas derivadas. Podrá entenderse mejor este punto mediante un ejemplo: supóngase que en un momento t_1 pertenecen a un sistema jurídico S las normas:

N_1 : Permitido a la autoridad x emitir normas sobre el consumo de bebidas alcohólicas.

N_2 : Permitido a la autoridad y emitir normas en materia de condiciones de trabajo.

Tanto N_1 como N_2 son, para la concepción permisivista, normas de competencia. Supóngase además que x e y son autoridades de un mismo nivel jerárquico, de modo que también lo serán las normas que éstas emitan. En un momento t_2 , la autoridad x promulga la siguiente norma:

N_3 : Prohibido tomar bebidas alcohólicas los días en que se debe trabajar.

Y la autoridad y , en un momento t_3 , promulga la norma:

N_4 : Obligatorio trabajar los siete días de la semana²⁰¹.

Ahora bien, dado que de N_3 y N_4 se deriva la norma:

N_5 : Prohibido tomar bebidas alcohólicas los domingos

resulta que la acción normativa de la autoridad y tiene como consecuencia la introducción en el sistema no sólo de la norma N_4 , para cuya emisión es manifiestamente competente en base a N_2 , sino también de N_5 , para cuya emisión no parece competente de acuerdo a N_2 ²⁰².

²⁰¹ Tomo el ejemplo, aunque para fines diversos y parcialmente modificado, de ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: "Libertad y autoridad normativa", en ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: *Análisis lógico y Derecho*, op. cit., págs. 245 y 246.

²⁰² La misma cuestión se plantea con las llamadas normas penales en blanco. Así, por ejemplo, el vigente artículo 325 del Código Penal establece que: "Será castigado con las penas de prisión de seis meses a cuatro años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años el que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos (...) en la atmósfera, el suelo (...)." Como se observará, es condición para que la conducta descrita sea constitutiva del delito que aquella contravenga las leyes u otras normas generales sobre protección del medio ambiente. De este modo, cuando la autoridad competente en materia de medio ambiente emite una norma protectora del mismo

Otra cuestión interesante se plantea respecto de la competencia para derogar N_5 . Dado que es un principio generalmente admitido en todos los derechos modernos que quien tiene competencia para emitir una norma también la tiene para derogarla²⁰³, sucede que al menos x parece tener permitida esa derogación. Ahora bien, para que la norma no *renazca* debe substraerse del sistema alguna de las normas de las que es consecuencia lógica, siendo lógicamente indiferente si se sustrae N_3 o N_4 (o ambas). Este es el fenómeno que Alchourrón y Bulygin han llamado 'indeterminación lógica del sistema':

"La posibilidad de la indeterminación lógica prueba que la opinión tan difundida entre los juristas (...) de acuerdo a la cual es siempre posible decidir qué normas pertenecen en un momento dado a un sistema normativo determinado, debe ser calificada como errónea. Esta cuestión no siempre es decidible y cabe subrayar, además, que la indeterminación lógica aparece con mucha mayor frecuencia de lo que podría pensarse a primera vista. Tal situación puede (aunque no

prohibiendo una conducta determinada, se introduce en el sistema jurídico también la norma derivada que castiga penalmente la realización de la conducta prohibida. Ello sucede así aun cuando la autoridad competente en materia de medio ambiente no lo sea en materia penal, cosa que ha dado lugar a un amplio debate doctrinal respecto a la constitucionalidad de la determinación de los tipos penales por parte de autoridades administrativas. Al respecto puede verse, por ejemplo, GERPE, M.: "Principio de legalidad y remisiones normativas en materia penal", en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1991, págs. 685 a 700; así como la STC 127/1990.

²⁰³ Suponen también ese principio ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: *Sobre la existencia ...*, op. cit., pág. 87.

necesariamente) darse cada vez que el legislador emplea una cláusula general que deroga *todas* las normas que se oponen a una norma dada, sin especificar cuáles son esas normas. "²⁰⁴

Ahora bien, en mi opinión, en algunos casos es posible ofrecer criterios jurídicos para la determinación de las normas formuladas que deben derogarse para evitar que la norma derivada *renazca*. Dado que esto no ocurre siempre, mi observación no pone en cuestión al propio fenómeno de la indeterminación lógica del sistema. Más limitadamente, lo que afirmo es que la competencia puede ser un criterio para decidir en algunos casos qué normas formuladas deben substraerse del sistema para evitar que la norma derivada que se quiere derogar siga perteneciendo al sistema²⁰⁵. Así, supóngase por hipótesis que la autoridad *x* deroga la norma derivada N_5 ²⁰⁶,

²⁰⁴ Vid. ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: "Sobre el concepto de orden jurídico", op. cit., pág. 403. La cursiva es de los autores. Sobre el mismo punto, puede verse ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: "La concepción expresiva de las normas", op. cit., págs. 140 y 141. Cfr. también LEWIS, D.K.: "A Problem about Permission", en SAARINEN, E., HILPINEN, R., NIINILUOTO, I. y PROVENCE-HINTIKKA, M. (eds.): *Essays in Honour of Jaakko Hintikka*, Reidel Publishing Company, Dordrecht, 1979; y AGUILÓ, J.: *Sobre la derogación. Ensayo de dinámica jurídica*, Fontamara, México, 1995, págs. 54 a 57.

²⁰⁵ En la misma línea, Navarro y Redondo han mostrado que, en algunos casos, la jerarquía es también un criterio para solucionar la indeterminación lógica del sistema. Vid. NAVARRO, P.E. y REDONDO, C.: "Derogation, Logical Indeterminacy and Legal Expressivism", en *Rechtstheorie*, n° 21, págs. 233 y ss.; Id.: "Permisiones y actitudes normativas", en *DOXA*, n° 7, 1990, págs. 252 y 253.

²⁰⁶ O bien dicta una norma
 N_6 : Permitido tomar bebidas alcohólicas los domingos,

pero no explícita qué norma formulada de las que aquélla es consecuencia lógica debe también substraerse del sistema (N_3 o N_4). Dado que x es únicamente competente para (tiene únicamente permitido) regular el consumo de bebidas alcohólicas, es incompetente para substraer del sistema la norma N_4 , por lo que la norma formulada que deberá eliminarse para evitar el *renacimiento* de N_5 es claramente N_3 .

Por último, vale la pena fijar la atención sobre un supuesto más. Por hipótesis, la autoridad y , que es competente para regular las condiciones de trabajo, se plantea la expulsión del sistema de la norma N_5 . ¿Es competente para ello? La respuesta a esta pregunta nos sitúa ante un caso interesante. Así, y es competente para *eliminar* N_5 , pero no lo es para rechazarla expresamente²⁰⁷. La autoridad y puede eliminar del sistema la norma N_5 puesto que para ello le basta derogar la norma N_4 , cuya materia es de su competencia y es premisa necesaria para la derivación de N_5 . En cambio, no puede rechazar directamente N_5 puesto que ésta establece que está "prohibido

de modo que, por aplicación del criterio *lex posterior* o de una cláusula derogatoria adicional, deba eliminarse del sistema las normas contrarias a N_6 , esto es, N_5 .

²⁰⁷ Sobre la distinción entre el acto de rechazo y la eliminación de la norma, puede verse ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: *Sobre la existencia...*, op. cit., págs. 85 a 87; Id.: "La concepción expresiva de las normas", op. cit., págs. 131 y 132.

tomar bebidas alcohólicas los domingos" y esa materia no es competencia de la autoridad y.

2.3. Existencia y validez.

Bulygin ha identificado cuatro sentidos distintos de 'existencia', a saber, a) existencia fáctica -vigencia-, b) existencia como pertenencia, c) existencia como validez -vinculatoriedad- y d) existencia formal -promulgación-²⁰⁸. Alchourrón y Bulygin usan el término 'existencia', dependiendo de los contextos, en los sentidos b) y d). De acuerdo al primero, que una norma existe significa que pertenece al sistema jurídico. De acuerdo al último, que una norma existe significa que ha sido promulgada, esto es, que ha sido seriamente formulada en algún lenguaje. Creo que se puede afirmar sin

²⁰⁸ Vid. BULYGIN, E.: "An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law", op. cit., págs. 37 a 39; Id.: "Validez y positivismo", en ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: *Análisis lógico y Derecho*, op. cit., págs. 509 a 511. En un reciente artículo, Caracciolo ha argumentado convincentemente que son únicamente dos los sentidos en que una norma puede existir, a saber, como entidad abstracta o ideal y como hecho empírico. "La diferencia fundamental está en el hecho que sólo las entidades de las que se puede decir que "existen" empíricamente pueden ser localizadas en la dimensión espacio-temporal. Los candidatos a constituir entidades ideales, abstractas o intensionales -números, propiedades, clases, tipos, proposiciones- existen, si existen, sólo de forma intemporal. Por ello, no tiene sentido decir que comienzan o que cesan de existir." Cfr. CARACCILO, R.: "Esistenza di norme e di sistemi normativi", en COMANDUCCI, P. y GUASTINI, R. (eds.): *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, op. cit., pág. 225. También Hartney contempla dos sentidos en que una norma puede existir, uno abstracto y otro empírico. Vid. HARTNEY, M.: "The Confusion in Kelsen's Final Rejection of a Logic of Norms", op. cit., pág. 80.

polemizar en exceso que Alchourrón y Bulygin otorgan prioridad a la noción de existencia formal, por cuanto no puede decidirse la pertenencia de una norma a un sistema normativo sin determinar primero su existencia como promulgación²⁰⁹.

En lo que concierne al concepto de validez que usan Alchourrón y Bulygin, vale la pena recordar algo a lo que ya he hecho mención con anterioridad. En ocasiones usan el término 'validez' como sinónimo de 'pertenencia'; otras en cambio, limitan su significado a la legalidad del acto de emisión de una norma, de modo que sólo las normas dependientes formuladas pueden ser calificadas como válidas o inválidas. Esta última es la versión que utilizan cuando enuncian las definiciones de 'validez' e 'invalidez' que presento a continuación. De este modo,

"Una norma N_i es válida respecto a la norma $N_j =$ df. (1) N_j autoriza a la autoridad A_j a promulgar la norma N_i , y (2) la autoridad A_j ha promulgado la norma N_i ."²¹⁰

²⁰⁹ Vid. ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: *Sobre la existencia ...*, op. cit., págs. 37 y 74.

²¹⁰ ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: *Sobre la existencia ...*, op. cit., pág. 73.

En cambio,

"Una norma N_i es inválida respecto a la norma $N_j = \text{df. } N_j$ desautoriza (= prohíbe) a la autoridad A_j a promulgar la norma N_i , y la autoridad A_j ha promulgado la norma N_i ."²¹¹

Por último, puede definirse la validez en un sistema:

"Una norma N_i es válida en el sistema $S_k = \text{df.}$ En el sistema S_k hay por lo menos una norma N_j tal que N_i es válida respecto de N_j ."²¹²

Aunque Alchourrón y Bulygin no formulan una definición de invalidez en un sistema, creo que no es aventurado suponer una definición como la siguiente:

Df.: Una norma N_i es inválida respecto del sistema S_k si, y sólo si, hay en el sistema S_k por lo menos una norma N_j tal que N_i es inválida respecto de N_j .

²¹¹ ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: *Sobre la existencia ...*, op. cit., pág. 73.

²¹² ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: *Sobre la existencia ...*, op. cit., pág. 74.

De las definiciones precedentes se obtiene que una norma puede ser: a) válida o inválida (respecto de otra norma o en un sistema), b) válida e inválida (siempre respecto a normas distintas, aunque, con la condición de que el sistema sea incoherente, pueden pertenecer al mismo sistema; en ese caso, la norma será válida e inválida en el sistema), y c) ni válida ni inválida (si su emisión no está ni permitida ni prohibida por ninguna otra norma).

Dada la similitud que presentan los conceptos de validez e invalidez que utilizan Alchourrón y Bulygin con los que sostiene von Wright²¹³, pueden ser miméticamente aplicadas aquí las objeciones que se realizaron en el epígrafe 1.3.2 de este mismo capítulo.

2.4. Limitación de la competencia.

De acuerdo con la concepción de Alchourrón y Bulygin cabe limitar la competencia de una autoridad mediante la emisión de normas que no son de competencia, por aplicación del principio *lex superior*²¹⁴. Así, suponiendo que

²¹³ Cfr. WRIGHT, G.H. von: *Norma y acción*, op. cit., págs. 200-202.

²¹⁴ Vid., por ejemplo, ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: "Libertad y autoridad normativa", op. cit., pág. 244. En el mismo sentido, MORESO, J.J. y NAVARRO, P.E.: "Normas permisivas, sistemas jurídicos y clausura normativa", en *Theoría*, 2ª época, vol. VII, nº 16-17-18, tomo B, 1992, págs. 1096 y 1097; y NAVARRO, P.E.: "Promulgazione e abrogazione di norme

A₁ y A₂ son autoridades del sistema S y que A₁ es superior jerárquicamente a A₂, si A₁ emite la norma Pp, entonces la competencia de A₂ queda limitada a la emisión de normas que no sean contrarias a Pp²¹⁵.

Aplicando esta tesis a las normas permisivas, Alchourrón y Bulygin han sostenido que una de las funciones que éstas cumplen es la de rechazar anticipadamente la inclusión en el sistema de normas contrarias. Así, tendría sentido que la autoridad A₁ emitiera la norma Pp aun cuando p nunca hubiese estado prohibido. Mediante la emisión de Pp, A₁ rechazaría anticipadamente futuras normas contrarias que fueran emitidas por autoridades inferiores²¹⁶,

giuridiche", en COMANDUCCI, P. y GUASTINI, R. (eds.): *Analisi e diritto 1993. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 1993, págs. 98 y 101.

²¹⁵ El mismo argumento había sido anteriormente utilizado por Hart y posteriormente receptado por Paulson. Cfr. HART, H.L.A.: *El Concepto de Derecho*, op. cit., págs. 85 y ss.; y PAULSON, S.L.: "An Empowerment Theory of Legal Norms", op. cit., pág. 59.

²¹⁶ Esta tesis es recurrente en la obra de Alchourrón y Bulygin. Entre otros lugares, puede verse en ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: *Sobre la existencia ...*, op. cit., págs. 93 y 94; Id.: "La concepción expresiva de las normas", op. cit., pág. 137; Id.: "Permisos y normas permisivas", op. cit., pág. 237; Id.: "Libertad y autoridad normativa", op. cit., pág. 245; BULYGIN, E.: "Permissive Norms and Normative Systems", en MARTINO, A.A. y SOCCI NATALI, E. (eds.): *Automated Analysis of Legal Texts*, Elsevier Publishers, Amsterdam, North-Holland, 1986, págs. 213 y ss. Puede verse una exégesis de la tesis de Alchourrón y Bulygin en MENDONCA, D.: *Introducción al análisis normativo*, op. cit., págs. 162 a 164; y en MORESO, J.J. y NAVARRO, P.E.: *Orden jurídico y ...*, op. cit., págs. 56 y 57. Una visión crítica de esta tesis se encuentra en AGUILÓ, J.: *Sobre la derogación ...*, op. cit., págs. 61 y 62.

de forma que la emisión de esas normas contrarias, v.gr. Php, quedaría fuera de la competencia de las autoridades inferiores²¹⁷.

Esta tesis merece un análisis algo más detallado. Supóngase que las siguientes son disposiciones de rango constitucional:

D₁: Permitido al legislador regular el derecho de huelga.

D₂: Permitido a los trabajadores hacer huelga²¹⁸.

Es claro que D₁ expresa una norma de competencia dirigida al legislador, a la que llamaré N₁. Ahora bien, ¿en qué sentido se puede decir que la norma expresada por D₂ limita la competencia del legislador? La respuesta a esta pregunta queda dificultada en la teoría de Alchourrón y Bulygin por la carencia de una definición explícita de 'competencia'. A pesar de ello, creo que se pueden ensayar al menos las siguientes tres respuestas:

²¹⁷ En caso de que Php fuera emitida, por ejemplo por A₂, se produciría un conflicto entre promulgación y rechazo que sería solucionado por el principio *Auctoritas superior* en favor de la norma de A₁, esto es Pp. Cabe apuntar aquí una cita divergente: en *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Alchourrón y Bulygin sostienen que la producción de un conflicto entre promulgación y rechazo requiere que tanto la autoridad que promulga como la autoridad que rechaza sean competentes, puesto que de otra forma no habría conflicto. Vid. ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: *Sobre la existencia ...*, op. cit., pág. 92.

²¹⁸ Ambas parecen estar incluidas en el artículo 28.2 de la Constitución española de 1978.

Respuesta 1:

Que una determinada autoridad es competente para una materia dada significa únicamente que tiene permitido regular esa materia²¹⁹, y su competencia tiene únicamente los límites de la permisión que le ha sido dirigida.

El único problema, aunque importante, que plantea esta respuesta es que no se ve como en ese caso la norma expresada por D_2 , a la que llamaré N_2 , puede limitar la competencia del legislador, puesto que para hacerlo debería limitar el permiso otorgado por N_1 , cosa que claramente no sucede. N_1 y N_2 regulan acciones distintas y se dirigen a sujetos normativos distintos, por lo que no interfieren de ningún modo una en la otra.

Respuesta 2:

Una posibilidad de mantener la anterior definición de 'competencia' pasa por reinterpretar D_2 de modo que exprese dos normas, a saber,

²¹⁹ A una definición de este tipo parecen apuntarse en ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: *Sobre la existencia ...*, op. cit., pág. 41.

N₂: Permitido a los trabajadores hacer huelga.

N₃: Prohibido prohibir a los trabajadores hacer huelga.

En este caso, claramente la norma N₃ limita el permiso otorgado por N₁. Así, podría decirse ahora que el legislador tiene competencia para regular el derecho de huelga excepto para prohibir la huelga. N₃ sería entonces una excepción a N₁. Esta reconstrucción, no obstante, tiene el problema de que multiplica innecesariamente el material normativo, puesto que todas las disposiciones que expresan normas de conducta (excepto, quizás, las de la autoridad inferior última del sistema) deberían reconstruirse de modo que expresen al menos dos normas, donde una de ellas fuera una norma de incompetencia²²⁰.

Respuesta 3:

Una tercera posibilidad consiste en definir 'competencia' como la capacidad normativa de promulgar (o derogar) normas válidas. Tener esa capacidad depende de las cláusulas del criterio de identificación del sistema que hagan referencia a la promulgación o derogación de normas válidas. Y

²²⁰ Llamo 'norma de incompetencia' a aquellas normas que expresamente excluyen la competencia de un sujeto para determinada acción normativa.

éstas cláusulas, a su vez, hacen referencia a normas de competencia. En resumen, debería incluirse en la formulación de las cláusulas de identificación de las normas válidas la remisión al principio *lex superior*²²¹. Así, por ejemplo, la cláusula referente a la promulgación de normas válidas al sistema quedaría del siguiente modo:

Si una norma N_j es válida en un sistema S_t , que pertenece a O_i , y N_j faculta a la autoridad x a promulgar la norma N_k y N_k no es contraria a otra norma de superior rango jerárquico perteneciente a S_t , y x promulga en el momento t la norma N_k , entonces N_k es válida en el sistema S_{t+1} (es decir en el sistema correspondiente al momento siguiente a t) y S_{t+1} pertenece a O_i .

Salvada la omisión de la referencia al principio *lex superior* en la formulación del criterio de identificación y con la definición de competencia propuesta, sí puede entenderse el modo en que la norma N_2 limita la competencia. En efecto, ahora el legislador no puede promulgar válidamente la norma

²²¹ En este sentido, las diversas formulaciones que Alchourrón y Bulygin han realizado del criterio de identificación del sistema serían insuficientes, puesto que omiten esa referencia. Vid. *supra* el epígrafe 2.2 y nota 195.

N₄: Prohibido a los trabajadores hacer huelga

puesto que se lo impide la cláusula de admisión de normas al sistema y, en consecuencia, dada la definición de 'competencia' presentada en esta respuesta, puede decirse que el legislador no es competente para emitir N₄.

3. Algunas críticas a la tesis permisivista.

Primera: Desde una posición imperativista podría objetarse a la tesis permisivista de las normas de competencia que ésta se basa en un presupuesto erróneo, a saber, la existencia de normas permisivas²²²

Esta objeción parece tener una fuerza destructora determinante, siempre que se asuma una concepción imperativista de las normas. Ahora bien, en mi opinión, esta primera crítica está basada, a su vez, en otro presupuesto erróneo, a saber, que la tesis permisivista necesita de una ontología de las normas en la que se admitan las normas permisivas. Como he pretendido poner de manifiesto en las páginas que preceden, hay en la tesis de von Wright una ambigüedad importante. No queda claro si (i) llama normas de competencia a aquellas normas expresamente permisivas de acciones o actividades normativas o si, en cambio, (ii) son normas de competencia aquellas normas de las que se deduce la permisión de acciones o actividades normativas. Está claro que una tesis permisivista de las normas de competencia del tipo (ii) no es pasible de la crítica imperativista.

²²² Ziemiński, por ejemplo, basa su concepción de las normas de competencia como obligaciones indirectas en el rechazo de la existencia de normas permisivas. Vid. ZIEMBIŃSKI, Z.: "On So-Called «Permissive Norms»", op. cit., págs. 174 y ss.

Segunda: La crítica más poderosa contra la tesis permisivista ha sido presentada por los propios Alchourrón y Bulygin²²³ y desarrollada más tarde en solitario por Bulygin en su artículo "Sobre las normas de competencia". No obstante, como se verá, esta objeción había sido ya formulada con anterioridad de forma clara por alguno de los más importantes teóricos del derecho²²⁴.

Según Bulygin, una tesis que defienda el carácter deóntico permisivo de las normas de competencia

"(...) es difícilmente conciliable con la práctica jurídica. Si las normas de competencia son permisiones, entonces la prohibición de hacer uso de la competencia otorgada por esas normas generaría una contradicción; sin embargo, los juristas no dirían que aquí hay un conflicto o una contradicción entre normas."²²⁵

²²³ Vid. ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: "Definiciones y normas", op. cit.

²²⁴ Cabe mencionar por su carácter precoz respecto al desarrollo contemporáneo de la teoría de las reglas constitutivas, la concepción de Czesław Znamierowski, quien adjudica el carácter de reglas constitutivas a las normas de competencia y menciona la posibilidad de coexistencia de esas reglas con la prohibición de ejercer la competencia. Vid. ZNAMIEROSKI, C.: *Podstawowe pojęcia teorii prawa. Część I Układ prawny i norma prawna*, 2ª ed., Górski and Tetzlaw, Poznań, 1934, pág. 122 y 172 a 179 (citado a través de CZEPITA, S.: "Czesław Znamierowski's Conception of Constitutive Rules", en *Ratio Juris*, vol. 3, nº 3, 1990, págs. 401 y 402).

²²⁵ Vid. BULYGIN, E.: "Sobre las normas de competencia", op. cit., pág. 489.

Así, podemos observar en la mayoría de ordenamientos vigentes la pertenencia simultánea de normas de competencia y normas prohibitivas del ejercicio de la competencia. Concebir las normas de competencia como permisos introduce contradicciones en dichos sistemas: la realización del acto normativo para el que se ha otorgado la competencia está simultáneamente prohibida y permitida²²⁶. Algunos ejemplos pueden ser de utilidad en este punto²²⁷.

Hart sostiene que no hay relación necesaria entre que una acción normativa esté jurídicamente prohibida y que esa misma acción normativa sea inválida o que tenga como resultado normas inválidas. Así, afirma:

"Es por supuesto verdad que muy a menudo aquello que ha sido hecho válidamente (sea la promulgación de una norma o la realización de un contrato o de un arrendamiento) es el resultado de un acto jurídicamente permitido. Es también cierto que a menudo aquello que ha sido hecho inválidamente puede ser consecuencia de un acto jurídicamente prohibido, como un matrimonio bigamo. Pero las dos nociones pueden estar separadas, y muchas veces es así. En muchos

²²⁶ BULYGIN, E.: "Sobre las normas de competencia", op. cit., pág. 489.

²²⁷ Pueden verse algunos ejemplos extraídos del Derecho español en FERRER, J.: "Sul carattere delle norme di competenza", en COMANDUCCI, P. y GUASTINI, R. (eds.): *Analisi e diritto 1995. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 1995.

países es ilegal vender cosas robadas, pero si la venta se realiza en una tienda o en un mercado puede conferir válidamente derechos al comprador y obligaciones a otros. De igual modo, en algunos países el matrimonio polígamo puede ser reconocido como válido incluso siendo un delito entrar en él."²²⁸

También Alexy considera este tipo de ejemplos, de los que ofrece varios casos extraídos de la jurisprudencia alemana, como argumento para rechazar la tesis permisivista²²⁹. Destaca entre los ejemplos que ofrece el artículo 134 del Código Civil alemán, que tiene su homólogo en el artículo 6.3 del Código Civil español:

Art. 134 del C.C. alemán: "Un negocio jurídico que viola una prohibición legal es nulo *si no se desprende otra cosa de la ley*".

Art. 6.3 del C.C. español: "Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, *salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención*".

²²⁸ Cfr. HART, H.L.A.: "Sovereignty and Legally Limited Government", en HART, H.L.A.: *Essays on Bentham*, op. cit., pág. 241.

²²⁹ Vid. ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, [Trad. Garzón Valdés, E.], Madrid, 1993, págs. 228 y 229. En la misma línea teórica, puede verse SPAAK, T.: *The Concept of Legal Competence ...*, op. cit., págs. 80 a 87.

Resulta en este punto claro, a mi entender, que las partes finales de ambos artículos, destacadas en cursiva, no tienen sentido bajo una teoría permisivista de las normas de competencia. En efecto, si la norma de competencia es permisiva, no cabe el caso en que se tenga competencia para realizar determinado acto a pesar de que la realización de ese acto esté prohibida por el derecho.

Ante esta constatación se pueden asumir dos posiciones distintas: la primera, es rechazar que la concepción permisivista de las normas de competencia ofrezca una buena reconstrucción de las mismas; la segunda, asumir la existencia de tales contradicciones en los sistemas jurídicos. Bulygin se muestra partidario de la primera posición y abandona, por ello, la tesis permisivista. Asumir, en cambio, la segunda posición enunciada más arriba tiene consecuencias prácticas considerablemente graves, ya que algunos sectores de los sistemas jurídicos vigentes incurrirían en constantes contradicciones, tales como los llamados "actos administrativos aparentes" y muchas de las regulaciones de protección a terceros de buena fe, entre otros.

Dado que los juristas no ven contradicciones en ninguno de estos supuestos y que están disponibles otras reconstrucciones de las normas de

competencia que evitan las mencionadas contradicciones, parecería justificado estudiar su rentabilidad teórica y abandonar, en consecuencia, la tesis permisivista.

Caracciolo, que sostiene la tesis permisivista respecto de las normas de competencia, ha ensayado una respuesta a esta crítica que merece ser tenida en cuenta. La posición de Caracciolo parte de la asunción del hecho que en los sistemas jurídicos vigentes hay contradicciones en la calificación deóntica de las acciones normativas, es decir, asume que una misma acción normativa puede estar simultáneamente permitida (en su concepción, por una norma de competencia) y prohibida (en su concepción, por una norma de incompetencia). Según Caracciolo, dadas estas contradicciones, lo único que muestra la constatación de que la realización de la acción normativa, a pesar de estar prohibida, produce normas válidas, es que "en el conflicto -en virtud de algún criterio de preferencia- prevalece la norma que permite el acto"²³⁰. Inversamente, si se atribuye invalidez a la norma se muestra que, por la aplicación de algún criterio de preferencia, se hace prevalecer la norma prohibitiva.

²³⁰ Vid. CARACCILO, R.: "Due tipi di potere normativo", op. cit., nota 25 en las págs. 214 y 215.

En mi opinión, el contra-argumento de Caracciolo no inmuniza a la tesis permisivista de la crítica aquí analizada, ya que supone que ante la presencia de una norma de competencia y de una norma prohibitiva del ejercicio de la competencia es necesaria la aplicación de algún criterio de prevalencia entre ellas. Es decir, que ambas no son aplicables en un mismo momento sin producir una contradicción. Sin embargo, lo que Hart, Bulygin y Alexy, entre otros, han destacado es que la norma de competencia y la norma de conducta que regula el ejercicio de la competencia son aplicables conjuntamente. Así, por ejemplo, la venta de cosa robada es válida (por aplicación de la norma de competencia) y, a pesar de ello, la acción normativa de vender está prohibida. Es más, no sólo no hay necesidad de dar preferencia a una de las normas sino que se aplican ambas simultáneamente: se declara la validez y se sanciona al vendedor por la comisión de un delito.

Tercera: Concebir las normas de competencia como normas que permiten actividades normativas (y las normas de incompetencia como normas que prohíben la realización de esas actividades) oscurece considerablemente la distinción entre la invalidez o nulidad, que es consecuencia de la actuación fuera de la competencia, y el ilícito, que es consecuencia de realizar actos

prohibidos por el derecho²³¹. Es más, dado que tanto las normas de incompetencia como las normas que establecen ilícitos son prohibitivas, sólo la materia permite distinguir unas de otras²³². Por último, también la distinción entre sanción y nulidad queda excesivamente difuminada puesto que ambas, de acuerdo a la tesis permisivista de las normas de competencia, son la consecuencia jurídica atribuida por el derecho a la realización de acciones prohibidas por el mismo.

Cuarta: Atienza y Ruiz Manero han sostenido una crítica parcialmente distinta a las anteriores. Afirman que una teoría satisfactoria de las normas de competencia debe dar cuenta del "problema de las normas irregulares", es decir, debe poder ofrecer una explicación del hecho que esas normas produzcan, a pesar de su irregularidad, efectos jurídicos (del hecho, en fin,

²³¹ Hart ha destacado con especial insistencia las funciones diversas que cumplen las normas de competencia y las reglas primarias o de conducta, así como las distintas características que presentan la nulidad y la sanción. Cfr. HART, H.L.A.: *El Concepto de Derecho*, op. cit., págs. 35 a 45. En opinión de Carrió, el hecho de poner el acento en las diversas funciones y características de las normas jurídicas es una de las aportaciones de Hart para un nuevo impulso de los estudios analíticos del Derecho. Vid. CARRIÓ, G.: "Prefacio" en HART, H.L.A.: *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Depalma, [Trad. Carrió, G.], Buenos Aires, 1962, págs. XV a XVIII.

²³² En efecto, la única diferencia que presentan entre sí los dos tipos de normas mencionados, bajo la concepción permisivista de las normas de competencia, es que las normas de incompetencia prohíben acciones normativas en tanto que las normas que establecen ilícitos prohíben acciones no normativas.

que una ley inconstitucional sea, a pesar de su inconstitucionalidad, una ley)²³³.

En mi opinión, esta es una crítica parcialmente desacertada. No creo que una teoría de las normas de competencia deba dar cuenta del problema de las normas irregulares al que se refieren Atienza y Ruiz Manero. Como sostiene Caracciolo, "el problema de las «normas irregulares» es independiente del status de las normas de competencia, ya que, sea cual sea el criterio propuesto, es inevitable que «existan» semejantes normas."²³⁴

En cambio, las tesis permisivistas de las normas de competencia que se han expuesto en este capítulo producen una confusión distinta. Dado que reconstruyen las normas de incompetencia como prohibiciones no distinguen entre tipos distintos de irregularidades, que producen efectos jurídicos diversos. Así, no pueden distinguir entre la irregularidad proveniente de emitir una sentencia para la que el sujeto emisor es manifiestamente incompetente, de la proveniente de emitir una sentencia, siendo competente para ello, pero con falta de fundamentación. Ambas cosas estarían igualmente

²³³ Cfr. ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J.: "Sulle regole che conferiscono poteri", op. cit., págs. 58 y ss.

²³⁴ Vid. CARACCILO, R.: "Due tipi di potere", op. cit., págs. 206 a 218, aquí, 217.

prohibidas por el derecho y, en consecuencia, ambas serían *igualmente* irregulares.

Una tesis no reductivista de las normas de competencia tiene en este punto la ventaja que permite distinguir entre diversos tipos de irregularidad de las normas. Así, aunque sobre este punto volveré en el capítulo V, si se distingue entre normas de competencia (que para una teoría no reductivista no son normas de conducta) y normas acerca de la competencia (que sí son normas de conducta), se puede, a su vez, diferenciar entre la irregularidad proveniente de la falta de competencia, que produciría la nulidad de la norma, y la irregularidad proveniente de la desobediencia de las normas de conducta acerca de la competencia (v. gr. la que establece la obligación de fundar las sentencias), cuyo efecto es algún tipo de sanción al infractor.

Quinta: Partiendo de Bentham y de la teoría de Hohfeld acerca de los conceptos jurídicos fundamentales²³⁵, Kanger²³⁶ y Lindahl²³⁷ han realizado un

²³⁵ Como ya he advertido en la introducción a este trabajo, no me ocuparé en extenso de la tesis de Hohfeld, puesto que éste estaba principalmente preocupado en reconstruir las relaciones entre los diversos conceptos jurídicos y no en el carácter de las normas de competencia. En realidad, únicamente de forma disconexa se ocupa de dar contenido al concepto de poder o competencia y sus diversas afirmaciones al respecto no parecen fundar claramente una sola reconstrucción del mismo. Así, por ejemplo, sostienen interpretaciones incompatibles acerca de la noción de competencia en Hohfeld, Makinson y Lindahl. Es importante indicar, a mayor abundamiento, que el propio Lindahl advierte que "Las propias afirmaciones de Hohfeld sobre esta cuestión son escasas y, en ocasiones, difíciles de reconciliar". Vid. LINDAHL, L.: *Position*

meritorio intento de articular, y fundar con un considerable aparato lógico, la tesis permisivista acerca de las normas de competencia. Así, Lindahl parte de la distinción entre tres sentidos del verbo poder: a) como permiso, b) como posibilidad práctica y c) finalmente, como posibilidad jurídica. Ahora bien, éste último sentido le parece totalmente oscuro y difícil de analizar, por lo que se pregunta, y responde negativamente, si en realidad añade algo a lo que ya viene expresado por los dos primeros sentidos de 'poder'²³⁸. Por ello, propone entender la competencia o poder jurídico como un tipo de permiso.

No obstante ese articulado intento de fundar la tesis permisivista, Makinson ha mostrado con acierto, en un trabajo dedicado a las teorías de Kanger y Lindahl, que hay buenas razones para rechazar la tesis en cuestión²³⁹. En particular, merecen destacarse dos diferencias, que Makinson

and Change, op. cit., pág. 206; MAKINSON, D.: "On the Formal Representation of Rights Relations. Remarks on the Work of Stig Kanger and Lars Lindahl", op. cit., págs. 408 y ss. Por otro lado, Moreso ha mostrado como tampoco la teoría de Bentham respecto del carácter de las normas de competencia es unitaria. Vid. MORESO, J.J.: *La teoría del Derecho de Bentham*, op. cit., págs. 184 y ss.

²³⁶ Cfr. KANGER, S.: "New Foundations for Ethical Theory", en HILPINEN, R. (ed.): *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings*, Reidel Publishing Company, Dordrecht, 1971; Id.: "Law and Logic", op. cit.

²³⁷ Cfr. LINDAHL, L.: *Position and Change*, op. cit.

²³⁸ Vid. LINDAHL, L.: *Position and Change*, op. cit., págs. 195 a 198.

²³⁹ Vid. MAKINSON, D.: "On the Formal Representation of Rights Relations. Remarks on the Work of Stig Kanger and Lars Lindahl", op. cit.

califica de estructurales, entre el ámbito de la competencia y el ámbito de lo permitido. La primera diferencia atiene a la relación entre la existencia del permiso o la competencia y los cursos de acción posibles. Si una acción normativa está prohibida (esto es, no permitida: $Pp \equiv \neg Pp$) es posible la realización de la acción, aunque el sujeto puede ser objeto de sanción; por el contrario, si un sujeto intenta celebrar una boda o emitir un pasaporte sin tener competencia para ello, diremos que no ha celebrado la boda ni ha emitido pasaporte alguno²⁴⁰. Esto muestra que la posibilidad de realizar la acción normativa depende conceptualmente de la existencia de la norma de competencia, mientras que, en el caso de acciones no normativas, la posibilidad de realizar la acción es independiente de la existencia de cualquier norma al respecto.

La segunda observación es producto de la introducción de la negación interna en las normas permisivas y en las de competencia. Así, parece que tiene perfecto sentido la norma $Px \neg a$ (que se lee: permitido al sujeto x no realizar a). En cambio, según Makinson, no tendría sentido conceder competencia a un sujeto para no realizar una acción normativa²⁴¹. De este

²⁴⁰ Vid. MAKINSON, D. "On the Formal Representation of...", op. cit., págs. 411 y 412.

²⁴¹ Vid. MAKINSON, D.: "On the Formal Representation of...", op. cit., págs. 412 y ss.

modo, si se separa adecuadamente la competencia de la calificación deóntica que merezca el ejercicio de la competencia, puede decirse que únicamente tiene sentido conceder competencia para realizar acciones normativas, aun cuando la realización de esas acciones puede ser facultativa para el sujeto competente, esto es, puede estarle permitido tanto ejercer la competencia como no hacerlo.

Capítulo III.

Las normas de competencia como definiciones o reglas conceptuales.

1. La concepción de Hart: reglas secundarias y normas de competencia.

1.1. El marco teórico previo.

1.1.1. Un modelo de derecho como órdenes coercitivas.

1.1.2. El paso de una estructura social primitiva a los ordenamientos jurídicos modernos.

1.2. Sobre las reglas secundarias y las normas de competencia.

1.2.1. Las reglas secundarias en Hart.

1.2.2. La clase de las reglas secundarias no es coextensiva con la de las normas de competencia.

1.2.3. El carácter de las normas de competencia.

2. Las normas de competencia en la teoría del derecho de Ross.

2.1. El derecho como sistema de normas.

2.2. Las normas de competencia como obligaciones indirectas.

2.3. Las normas de competencia como definiciones.

2.4. Compatibilidad o incompatibilidad entre las dos reconstrucciones rossianas de las normas de competencia.

3. Las normas de competencia como definiciones en la teoría de Alchourrón y Bulygin.

3.1. El argumento de la nulidad.

4. Algunas críticas a la concepción de las normas de competencia como definiciones.

1. La concepción de Hart: reglas secundarias y normas de competencia.

Mucho se ha escrito ya sobre la importancia de la distinción entre reglas primarias y secundarias en la teoría de H.L.A. Hart, sus defectos y su capacidad explicativa. Por mi parte, en este apartado pretendo limitarme a poner de manifiesto la influencia que esta distinción tiene para las normas de competencia, así como el lugar que para ellas queda reservado en la tipología hartiana de las normas jurídicas.

Para ello presentaré, al hilo de la exposición de *El Concepto de Derecho*, las críticas al modelo simple de normas como órdenes coercitivos en lo que afectan a las normas de competencia. Posteriormente, analizaré el modelo que presenta al derecho como un sistema de normas primarias y secundarias, con especial atención al problema de la definición de 'regla secundaria' y su coincidencia o no con el concepto de 'norma de competencia'. Finalmente, defenderé que cabe encuadrar a Hart entre los autores que postulan una reconstrucción de las normas de competencia como definiciones.

1.1. El marco teórico previo.

1.1.1. Un modelo de derecho como órdenes coercitivas.

En *El Concepto de Derecho*, Hart parte del análisis de un modelo simple de derecho, que reconstruye el material jurídico en forma de órdenes respaldadas por amenazas de sanción y emitidas por un soberano, cuya potestad es, por definición, ilimitada e ilimitable. Este modelo es atribuido a grandes rasgos por Hart a J. Austin²⁴², aunque respecto de lo que aquí nos interesa, parte de las críticas al mismo son también aplicables a otros importantes teóricos que, como Hans Kelsen, han mantenido posturas próximas a las criticadas por Hart²⁴³.

²⁴² Aunque, como el mismo Hart advierte, si bien este modelo simple está inspirado en gran parte en la teoría que Austin expuso en *The Province of Jurisprudence Determined*, en todo aquello que resulta confuso o aparentemente contradictorio de la doctrina de Austin, Hart se aparta de éste para presentar un modelo claro y coherente. HART, H.L.A.: *El Concepto de Derecho*, op. cit., pág. 23.

²⁴³ Es el caso, por ejemplo de la reconstrucción de las normas de competencia como partes o fragmentos de las normas que imponen deberes mediante la amenaza de sanción, que ha sido defendida por Kelsen y Bentham entre otros. Vid. KELSEN, H.: *Teoría General del Derecho y del Estado*, op. cit., pág. 170; BENTHAM, J.: *Of Laws in General*, op. cit., p. 26. Respecto de la presencia de esta tesis en la teoría del Derecho de Bentham, puede verse el análisis realizado por el propio Hart en HART, H.L.A.: "Legal Powers", op. cit., págs. 215 y ss. Moreso, por su parte, identifica en la teoría del Derecho de Bentham hasta cuatro tesis distintas acerca del carácter de las normas de competencia. Vid. MORESO, J.J.: *La teoría del Derecho de Bentham*, op. cit., págs. 184 y ss.

No es necesario en esta sede reproducir de un modo completo lo dicho por Hart respecto del modelo simple del derecho como órdenes coercitivas emitidas por un soberano, pero sí resultan de interés algunas de ellas en lo que atañen a las normas de competencia.

Así, el modelo enjuiciado presenta como criterios de individuación de las normas jurídicas los siguientes:

1- Una norma es una orden respaldada por la amenaza de una sanción para el caso en que no sea obedecida; y

2- son normas jurídicas las dictadas por el soberano, definido como aquel individuo o grupo de individuos que, no debiendo obediencia a nadie, recibe la obediencia habitual de la población.

El primero de los criterios concierne a la estructura de las normas y el segundo al origen de las mismas, siendo ambos presentados como necesarios y conjuntamente suficientes para identificar las normas jurídicas; y el conjunto de las normas identificadas mediante ellos agota el conjunto de

elementos que pertenecen al derecho. O, lo que es lo mismo, no pertenecen al derecho otros elementos que no sean normas jurídicas.

A partir de aquí, Hart formula sus críticas contra ambos criterios de individuación. Señalaré sólo las que tienen incidencia directa en el tema de las normas de competencia²⁴⁴.

1- Las normas que confieren facultades jurídicas, bien sea para decidir casos judicialmente, bien para legislar o para crear o modificar relaciones jurídicas privadas, no pueden contemplarse desde el modelo simple de órdenes coercitivas, lo que deja fuera del conjunto del material jurídico reconstruido por ese modelo a una importante clase de normas jurídicas²⁴⁵.

2- Incluir las normas de competencia en el conjunto del material jurídico como fragmentos o partes de normas que imponen deberes no es conveniente, ya que "se paga un precio demasiado elevado para adquirir la agradable

²⁴⁴ Puede verse una sistematización completa de las críticas de Hart a los criterios de individuación mencionados en PÁRAMO, J.R. de: *H.L.A. Hart y la teoría analítica del derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, págs. 190 a 210. En las páginas siguientes me he servido ampliamente del trabajo de Páramo.

²⁴⁵ Según Hart, la propia estructura de los sistemas jurídicos no puede ser entendida sin una noción de 'competencia' o 'poder legal' y de las normas que lo confieren. No puede darse, en fin, una definición general del Derecho sin realizar previamente un análisis de las normas que confieren poderes. Cfr. HART, H.L.A.: "Legal Powers", op. cit., pág. 196.

uniformidad a que se reduce todo el derecho, pues deforma las diferentes funciones sociales que los diferentes tipos de reglas cumplen"²⁴⁶. Es más: "las reglas que confieren potestades son concebidas, aludidas y usadas en la vida social en forma diferente de las que imponen deberes, y se las valora por razones diferentes. ¿Qué otras pruebas podrían aportarse para demostrar la diferencia de carácter?"²⁴⁷

3- En referencia al criterio de individuación por el origen, es decir, el dictado de las normas jurídicas (directa o indirectamente) por el soberano, Hart dirige sus objeciones de mayor calado a la propia noción de *soberano*. Así, no hay más salida para reproducir la organización político-jurídica de los modernos Estados que tratar como soberano al Poder Legislativo o al pueblo, etc; pero en todo caso resulta falso que las normas emitidas en ellos por el soberano no le sean también de aplicación, lo que nos conduce ante el siguiente dilema: a) falsea la afirmación de que el soberano no debe obediencia a nadie por definición, o b) hace del modelo simple del derecho como órdenes coercitivas emitidas por el soberano una teoría no aplicable a

²⁴⁶ HART, H.L.A.: *El Concepto de Derecho*, op. cit., pág. 48.

²⁴⁷ HART, H.L.A.: *El Concepto de Derecho*, op. cit., pág. 52. Esta crítica ha sido ya desarrollada con mayor detalle en la sección de este trabajo dedicada a Kelsen.

la explicación del funcionamiento de los ordenamientos jurídicos de los Estados modernos.

No salva la anterior crítica la distinción entre una faceta oficial de los individuos que ostentan la soberanía y otra privada, en la que les serían aplicables las normas que dictaran en su condición oficial. Este intento de escapar al dilema presentado arriba recibe su condena por el hecho de que hace necesaria la existencia de reglas que *definan* cuáles de los actos de estos individuos tienen carácter oficial (y, en consecuencia, pueden originar normas jurídicas) y cuáles no (es decir, son de tipo privado)²⁴⁸. Pero, es más, estas reglas no pueden ser entendidas como condiciones bajo las cuales la sociedad deba obediencia al soberano; son, en realidad, *constitutivas* del propio soberano²⁴⁹. No se puede identificar quién ostenta la soberanía en una sociedad desarrollada si no es mediante el uso de dichas reglas.

También Raz desarrolla esta crítica. Según Raz, es necesario el recurso a ciertas reglas de procedimiento para poder identificar a los órganos jurídicos, incluido al soberano. Si se acepta este punto, el argumento de

²⁴⁸ HART, H.L.A.: *El Concepto de Derecho*, op. cit., pág. 100.

²⁴⁹ Cfr. HART, H.L.A.: *El Concepto de Derecho*, op. cit., pág. 95.

Austin se convierte en circular, ya que el criterio del origen indica que son normas jurídicas aquellas dictadas por el soberano²⁵⁰.

1.1.2. El paso de una estructura social primitiva a los ordenamientos jurídicos modernos.

Hasta aquí hemos visto cuáles son, según Hart, los inconvenientes de reconstruir los sistemas jurídicos desarrollados en base a un modelo simple de derecho, consistente en un conjunto de órdenes respaldadas por amenazas de sanción. El principal de dichos inconvenientes es el no reconocimiento de la existencia separada de reglas secundarias, amén de las reglas primarias o de obligación. Pero, Hart concibe la existencia de sistemas jurídicos no desarrollados, organizados bajo un modelo de normas primarias de obligación. Este modelo se daría, explica el autor, en estructuras sociales primitivas con, al menos, las tres siguientes características²⁵¹:

²⁵⁰ Vid. RAZ, J.: *El concepto de sistema jurídico*, op. cit., págs. 58 y ss. Sobre la cuestión del modo de identificación de los órganos jurídicos volveré al final del trabajo. Ella constituirá una verdadera piedra angular de la concepción de las normas de competencia que quiero defender.

²⁵¹ Vid. HART, H.L.A.: *El Concepto de Derecho*, op. cit., págs. 114 y 115. También, PÁRAMO, J.R. de: *H.L.A. Hart y la teoría ...*, op. cit., págs. 212 y ss.

a) las reglas propias de esta estructura social primitiva tienen que restringir, de alguna manera, el libre uso de la violencia, el robo y el engaño, ya que estos son actos que el hombre siempre está tentado de realizar pero que tienen que ser reprimidos si se quiere tener una mínima coexistencia comunitaria. Junto a estas reglas, generalmente se dan otras que imponen ciertos deberes positivos en forma de servicios o contribuciones a la vida en común.

b) Para que sea posible la propia existencia de sociedades primitivas, organizadas exclusivamente bajo normas de obligación, es necesario que dichas normas sean aceptadas por una gran mayoría de los miembros de la sociedad.

c) A pesar de todo lo anterior, es obvio que sólo una pequeña comunidad, unida por lazos de parentesco, sentimiento y creencias comunes, así como ubicada en un ambiente estable, puede obtener buenos resultados convivenciales con un marco de reglas tan primitivo.

Tres son las faltas que impiden que una organización prejurídica de este tipo sirva para regular una sociedad más amplia y desarrollada. Veámoslas.

En primer lugar, un conjunto formado exclusivamente de reglas primarias en forma de pautas de conducta, sin ninguna característica común identificatoria, no es un sistema jurídico²⁵². Es decir, si no existe un rasgo peculiar o una relación concreta entre las normas del grupo, no es posible identificar cuándo una norma determinada pertenece o no al conjunto de normas del grupo²⁵³. Este defecto es bautizado como *falta de certeza*.

²⁵² En el mismo sentido que Hart, Bobbio afirma que "(...) En general, la primera condición para que se pueda hablar de un sistema cualquiera es la determinación de los llamados criterios de pertenencia de los entes al sistema. En la misma medida, no se puede hablar de un sistema jurídico, cuyos entes son normas, si no hay al menos un criterio, que puede ser extremadamente simple (...) que permita establecer cuáles son las normas pertenecientes al sistema." BOBBIO, N.: "Ancora sulle norme primarie e norme secondarie", en *Rivista di Filosofia*, vol. LIX, 1968, pág. 44. Puede encontrarse una reedición del artículo en BOBBIO, N.: *Studi per una teoria generale del diritto*, Ed. Giappichelli, Torino, 1970. Hay traducción castellana en BOBBIO, N.: *Contribución a la Teoría del Derecho*, Fernando Torres ed., [Trad. Ruiz Miguel, A.], Valencia, 1980.

²⁵³ Respecto a las imperfecciones propias de este defecto, Gavazzi, en un interesante libro al que me referiré en diversas ocasiones, atribuye a Hart la afirmación de que sin reglas secundarias no es posible conocer la *naturaleza* de cada una de las normas del grupo. Contra esta afirmación, Gavazzi señala que, en realidad, sin normas secundarias lo que no puede haber es normas de distinta *naturaleza* (de moral positiva y jurídicas, por ejemplo), puesto que dicha existencia presupone la de un criterio que permita distinguir entre las normas de un tipo y las del otro u otros. De este modo, concluye Gavazzi, sin reglas secundarias se pueden tener dudas sobre la existencia de una determinada norma, pero no sobre su naturaleza. Afirmar lo contrario es incluso contradictorio con la propia hipótesis de trabajo basada en una sociedad primitiva únicamente regida por reglas primarias. Cfr. GAVAZZI, G.: *Norme primarie e norme secondarie*, op. cit., 1967; que ha tenido una reedición, por la que se cita, en GAVAZZI, G.: *Studi di teoria del Diritto*, Giappichelli, Torino, 1993, pág. 233. Esta crítica, que sería no sólo certera sino de un calado conceptual importante de ser correcta la atribución de la primera tesis a Hart, adolece de un vicio de raíz. En realidad, Gavazzi ha sido víctima de un error de traducción en la versión italiana de *El Concepto de Derecho* donde se traduce la siguiente expresión del texto original inglés: "Hence if doubts arise as to what the rules are or as to the precise scope of some given rule, there will be no procedure for settling this doubt...", por: "Perciò se sorgono dei dubbi circa la natura delle norme o circa l'ambito preciso di una data norma, non vi sarà nessun procedimento per risolverli...". El error de traducción es obvio y tiene la desgraciada consecuencia de hacer inconsistente al propio texto. Cfr. en el original inglés, HART, H.L.A.: *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1961, pág. 90; y la versión italiana, HART, H.L.A.: *Il Concetto di Diritto*, Giulio Einaudi Editore, [Traducción e introducción del original a cargo de Cattaneo, M.], Torino, 1965, pág. 110. Puede consultarse también la versión española, HART, H.L.A.: *El Concepto de Derecho*, op. cit., pág.

En segundo lugar, en una sociedad gobernada únicamente por reglas de tipo primario, no es posible conceptualmente el ingreso de nuevas normas o el egreso de viejas, si no es por un lento procedimiento consuetudinario de uso o desuso. La existencia de algún otro método supone la presencia previa en el conjunto de las normas del grupo de un tipo de normas que no tiene: normas secundarias de cambio²⁵⁴. Hart identifica este defecto bajo el nombre de *carácter estático de las reglas*.

Finalmente, el tercer defecto que es imputable al modelo de sociedad primitiva es la ineficiencia de la *presión social difusa* contra las infracciones de las normas primarias que la sociedad tenga. En realidad, esta tercera imperfección puede dividirse en dos: por un lado, no hay un órgano encargado específicamente de sancionar a aquellos que infrinjan las normas y, por otra parte, aunque ésta es una cuestión previa, la discusión alrededor de si una determinada infracción ha sido o no cometida, no tendrá nunca una

115.

²⁵⁴ No queda claro si Hart sostiene aquí una tesis antropológica, esto es, la existencia de sociedades primitivas cuyos conjuntos de reglas jurídicas padezcan de los tres defectos mencionados. Ahora bien, Harris ha mostrado que, de ser así, la tesis de Hart es falsa. Es más, "ella es falsificada por los trabajos que el propio Hart cita. En ninguna de las sociedades que en ellos se describen hay una completa ausencia de reglas secundarias. Vid. HARRIS, J.W.: *Law and Legal Science*, op. cit., págs. 58 y 59.

De ser ésto así, cabe sostener que el mundo prejurídico que presenta Hart tiene el carácter de un modelo ideal, un modelo explicativo, que le sirve precisamente para mostrar la necesidad de la existencia de reglas secundarias.

conclusión definitiva dotada de autoridad, dada la falta de un órgano con facultades para emitir decisiones al respecto.

"El remedio para cada uno de estos tres defectos principales de esta forma más simple de estructura social, consiste en completar las reglas *primarias* de obligación con reglas *secundarias*"²⁵⁵. Es más, según Hart, en la combinación de estos dos tipos de reglas se encuentra "la clave de la ciencia de la jurisprudencia"²⁵⁶, en función de su "poder explicativo para elucidar los conceptos que constituyen la estructura del pensamiento jurídico"²⁵⁷.

En lo que sigue, centraré mi atención de forma específica en las reglas secundarias, su definición y las relaciones con las normas de competencia.

²⁵⁵ HART, H.L.A.: *El Concepto de Derecho*, op. cit., págs. 116 y 117. Las cursivas son del autor.

²⁵⁶ Si Hart cree haber encontrado la llave de "la ciencia de la jurisprudencia" en la combinación entre reglas primarias y reglas secundarias, a Sartorius, en cambio, le parece que esta afirmación es del todo exagerada, es más, Hart "no puede darnos la llave ya que no existe una llave de la ciencia de la jurisprudencia; como la ubicuidad del soberano de Austin, es un mito." Vid. SARTORIUS, R.: "The Concept of Law", en *ARSP*, 1966, pág. 179. En el mismo sentido, PÁRAMO, J.R. de: *H.L.A. Hart y la teoría...*, op. cit., pág. 211.

²⁵⁷ HART, H.L.A.: *El Concepto de Derecho*, op. cit., págs. 101 y 102.