

TESIS DOCTORAL

SOBRE EL CARÁCTER DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA

Jordi Ferrer Beltrán

Director: Jorge F. Malem Seña

Universitat Pompeu Fabra. Barcelona

1997

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

1.2.1. Las reglas secundarias en Hart.

El remedio para cada uno de los defectos antes enumerados pasa, al decir de Hart, por la introducción de un tipo de reglas secundarias. Esto es, correspondiendo a las tres deficiencias identificadas en una estructura jurídica primitiva, únicamente formada de normas primarias, se presenta una trilogía de normas secundarias que, en conjunto con aquellas, formarán lo que se conoce como ordenamientos jurídicos modernos²⁵⁸.

Así, como solución a la falta de certeza se introduce la *regla de reconocimiento*, esta regla "especificará alguna característica o características cuya posesión por una regla sugerida es considerada como una indicación indiscutible de que se trata de una regla del grupo"²⁵⁹. La regla de

²⁵⁸ Puede verse una exposición y análisis crítico interesante de este punto en PÁRAMO, J.R. de: *H.L.A. Hart y la teoría...*, op. cit., págs. 213 a 241. Cfr. también, GAVAZZI, G.: *Studi di teoria del Diritto*, op. cit., págs. 205 a 237.

²⁵⁹ HART, H.L.A.: *El Concepto de Derecho*, op. cit., pág. 117. No puedo estar de acuerdo con la afirmación de Bobbio respecto a que la reconstrucción de lo que él llama un 'sistema simple' se asemeja al modelo de derecho de una sociedad primitiva de Hart, ya que el 'sistema simple' de Bobbio incluye no sólo las reglas primarias que rigen la convivencia del grupo, sino también la norma o normas que permiten la identificación del sistema, a semejanza de la regla de reconocimiento hartiana. Como ya he intentado mostrar, el modelo simple de derecho de una sociedad primitiva tal como lo construye Hart, no incluye ningún tipo de regla de reconocimiento,

reconocimiento de un sistema jurídico ofrecerá el o los criterios (de pertenencia) que permiten establecer de forma definitiva cuáles son las reglas que pertenecen al sistema. En función del desarrollo del propio sistema jurídico, los criterios de pertenencia pueden ser más o menos complejos y estar o no ordenados jerárquicamente²⁶⁰. Cabe decir que la regla de reconocimiento no corresponde generalmente a una regla escrita, ni tan sólo expresada, sino que su existencia se muestra en la manera en que las demás reglas del sistema son identificadas, ya sea por los funcionarios ('officials') o por los individuos privados²⁶¹.

La regla de reconocimiento será, pues, la que determine la validez de las normas. Así, según Hart,

lo que hace posible, por cierto, imputarle el defecto de la falta de certeza. Vid. BOBBIO, N.: "Ancora sulle norme primarie...", op. cit., pág. 46.

²⁶⁰ En realidad, la ordenación jerárquica de los criterios de pertenencia de las normas a un sistema jurídico, constituye la ordenación de lo que los juristas están acostumbrados a mencionar bajo el nombre de "fuentes del derecho". Cfr. HART, H.L.A.: *El Concepto de Derecho*, op. cit., pág. 126.

²⁶¹ HART, H.L.A.: *El Concepto de Derecho*, op. cit., pág. 127.

"Decir que una norma es válida es reconocer que ella satisface todos los requisitos establecidos en la regla de reconocimiento y, por lo tanto, que es una regla del sistema."²⁶²

Ahora bien, dado que la validez de las normas está referida a la regla de reconocimiento, ésta no es, a su vez, válida ni inválida, ya que de otra forma sería necesaria una nueva norma que nos ofreciera los criterios de validez para la regla de reconocimiento, y así sucesivamente hasta producir un regreso al infinito²⁶³.

En segundo lugar, como solución al carácter estático de las reglas de la sociedad primitiva, se introducen en el sistema reglas secundarias de cambio. En su forma simple, estas reglas facultan a algún individuo del grupo a introducir nuevas reglas primarias y a derogar normas ya existentes. Como la regla de reconocimiento, estas reglas adquieren un carácter más complejo en los modernos sistemas jurídicos, especificando generalmente limitaciones a la potestad conferida y *definiendo* de forma más o menos rígida el procedimiento adecuado para que se produzca la introducción o el egreso de

²⁶² HART, H.L.A.: *El Concepto de Derecho*, op. cit., pág. 129.

²⁶³ HART, H.L.A.: *El Concepto de Derecho*, op. cit., págs. 133 y 137.

normas al sistema²⁶⁴. Finalmente, son reglas de cambio tanto aquellas que confieren potestades públicas como las que confieren potestades privadas, es decir, no sólo las normas dictadas por autoridades públicas introducen cambios en el sistema de reglas del grupo, puesto que también las potestades privadas hacen posible el nacimiento de nuevos deberes o la desaparición de algunos anteriormente existentes²⁶⁵, sea mediante el otorgamiento de testamentos, la celebración de contratos, etc.

En tercer y último lugar, las reglas secundarias de adjudicación vienen a solucionar la ineficiencia de la presión social difusa contra las infracciones de las reglas primarias. Estas reglas facultan a determinados individuos para que, en forma revestida de autoridad, establezcan las ocasiones en que se han transgredido las normas primarias del grupo y, adicionalmente, les pueden facultar para imponer la sanción correspondiente a la infracción determinada²⁶⁶. Del mismo modo que las anteriores, este tipo de reglas secundarias puede presentarse con mayor o menor complejidad, siendo habitual en los sistemas jurídicos contemporáneos que se determine no sólo

²⁶⁴ HART, H.L.A.: *El Concepto de Derecho*, op. cit., pág. 119.

²⁶⁵ Sobre la función de las normas secundarias de cambio respecto de las potestades públicas y privadas, puede verse GAVAZZI, G.: *Studi di teoria del Diritto*, op. cit., págs. 212 y ss..

²⁶⁶ HART, H.L.A.: *El Concepto de Derecho*, op. cit., págs. 120 y 121.

las personas facultadas para enjuiciar presuntas infracciones contra las normas primarias, sino también que se *defina* el procedimiento a seguir, siendo el cumplimiento de este procedimiento condición de validez de la sentencia dictada.

Bobbio analiza tres planos distintos en que una regla puede calificarse de secundaria respecto de otras: temporal, funcional y jerárquico. En esa clasificación, las reglas que Hart presenta como secundarias lo son respecto de las primarias en los dos primeros planos de forma clara. Así, la aparición de las reglas secundarias es posterior en el tiempo, como ya hemos visto, a la de las reglas primarias; y funcionalmente son también aquéllas las que vienen a servir a éstas, esto es, a solucionar las deficiencias que la sola existencia de normas primarias conlleva. Según Bobbio, en cambio, no está tan claro que en el plano jerárquico la ordenación sea la misma, pareciendo más bien que deba ser la contraria²⁶⁷.

Ahora bien, si lo anterior parece claro desde el punto de vista puramente descriptivo de la narración de Hart en *El Concepto de Derecho*, creo que no es sostenible si, como he defendido, se piensa en el modelo hartiano del

²⁶⁷ Cfr. BOBBIO, N: "Ancora sulle norme primarie...", op. cit., págs. 33 a 40

mundo prejurídico como un modelo ideal, simplemente explicativo. En este caso, claramente no es de recibo afirmar que las reglas secundarias lo son en el plano temporal respecto de las primarias. Es más, como ha dicho el mismo Bobbio, se puede concebir un sistema jurídico formado por una sola regla secundaria, pero no es concebible formado por una sola regla primaria.

En conclusión, creo que es más clara en este punto, al menos al nivel terminológico, la ordenación entre normas de primer y segundo o ulterior grado que propone von Wright, donde cuanto más alto es el grado mayor es la jerarquía; o la cadena de validez de Kelsen²⁶⁸.

Debe aclararse, finalmente, que el término 'jerarquía' está sujeto a una gran ambigüedad. Guastini ha distinguido tres modos distintos de estructurar las relaciones jerárquicas entre normas, a saber, formal, lógico y

²⁶⁸ La misma opinión le merece a Guibourg, para quien, a pesar de que Hart a menudo describe las reglas secundarias como reglas que confieren facultades, "tal vez sería más apropiado describirlas como «reglas de segundo nivel» o «metarreglas»". Vid. GUIBOURG, R.A.: "Hart y la escuela analítica inglesa", en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, nº 1, 1981, pág. 99. WRIGHT, G.H. von: *Norma y acción ...*, op. cit., pág. 190; y KELSEN, H.: *Teoría Pura del Derecho*, 2ª ed., op. cit., pág. 202. Un estudio sobre las modalidades deónticas iteradas, con especial referencia a la teoría de von Wright, puede verse en MAZZARESE, T.: *Logica deontica e linguaggio giuridico*, CEDAM, Padova, 1989, págs. 33 y ss.

axiológico²⁶⁹. La jerarquía formal es una relación entre fuentes, establecida positivamente por el propio ordenamiento jurídico. La jerarquía lógica es una relación entre normas y no depende de lo que disponga el derecho sino de la estructura lingüística de los enunciados normativos, esto es, de los enunciados que expresan las normas.

"La relación entre unas y otras no es diversa de la que se da entre un metalenguaje y su lenguaje objeto, entre el lenguaje en que se habla y el lenguaje del que se habla (...). Por esta razón, las normas que versan sobre otras normas y no sobre el comportamiento son habitualmente denominadas 'meta-normas' o 'normas sobre normas' o 'normas de segundo grado'.²⁷⁰

Por último, cabe mencionar la jerarquía axiológica. Esta es también una relación entre normas, dependiente de la valoración que realicen los operadores jurídicos. Jerarquías de este tipo se producen, por ejemplo, cada vez que los intérpretes del derecho reconocen a una norma como fundamento de otras normas.

²⁶⁹ Vid. GUASTINI, R.: "L'Illegittimità delle disposizioni e delle norme", en COMANDUCCI, P. y GUASTINI, R. (eds.): *Analisi e diritto 1992. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 1992, págs. 191 y ss.

²⁷⁰ Vid. GUASTINI, R.: "L'Illegittimità delle disposizioni e delle norme", op. cit., pág. 193.

Hart no dedica especial atención a la ordenación jerárquica entre reglas primarias y secundarias, de modo que resulta difícil decir, en mi opinión, cuales son las relaciones jerárquicas entre ambos tipos de reglas. No obstante, puede decirse que, al menos, las reglas secundarias parecen ser superiores a las primarias en el sentido lógico. Y no es aventurado afirmar que generalmente la superioridad jerárquica en sentido lógico coincide con una supremacía formal de la norma secundaria respecto de las normas sobre las que versa.

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

A modo de recapitulación, puede decirse que hasta ahora ha sido presentada de forma general la clase de las reglas secundarias, sus tipos y funciones²⁷¹. No he hecho referencia, en cambio, a la definición del concepto de regla secundaria en Hart, ausencia que no es, como veremos, baladí ni casual²⁷². En el presente apartado intentaré ofrecer una definición satisfactoria de 'regla secundaria' y analizaré su coextensividad con la noción de 'norma de competencia'.

²⁷¹ Puede verse un análisis crítico de la tipología hartiana de reglas secundarias en BOBBIO, N.: "Per un lessico di teoria generale del diritto", en VV.AA.: *Studi in memoria di Enrico Giucciardi*, Vol. I, CEDAM, Padova, 1975, págs. 135-146; que ha tenido una reciente reimpresión, por la que se cita, bajo el título "Norme secondarie" en BOBBIO, N.: *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giappichelli, Torino, 1994, págs. 233-243; y en RUIZ MANERO, J.: *Jurisdicción y normas*, op. cit., págs. 113 y ss. Una versión crítica de la clasificación hartiana de las normas jurídicas con un punto de mira diverso del de Bobbio, puede encontrarse en NINO, C.S.: "Las limitaciones de la teoría de Hart sobre las normas jurídicas", op. cit.

²⁷² Von Wright considera un gran mérito de Hart el haber advertido que un orden jurídico está constituido por reglas primarias y secundarias (asumiendo el carácter conceptual de éstas últimas), aunque, sin embargo, objeta que no le parece enteramente afortunada la caracterización hartiana de las reglas secundarias. Vid. WRIGHT, G.H. von: *Explicación y comprensión*, Alianza, [Trad. Vega Reñón, L.], Madrid, 1987, págs. 177 y 178, nota 13. También Hacker ha criticado a Hart la utilización simultánea de criterios distintos para distinguir entre las reglas primarias y las secundarias. Cfr. HACKER, P.M.S.: "Hart's Philosophy of Law", en HACKER, P.M.S. y RAZ, J. (eds.): *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Clarendon Press, Oxford, 1977, págs. 19 y ss. Vid. también, BAYLES, M.: *Hart's Legal Philosophy. An Examination*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1992, págs. 58 y ss.

Cuando Hart expone su definición de 'derecho' como unión de normas primarias y secundarias, presenta la siguiente distinción:

Def. 1.: "... las reglas del segundo tipo (secundarias) establecen que los seres humanos pueden, haciendo o diciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas del tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores, o determinar de diversas maneras el efecto de ellas, o controlar su actuación. Las reglas del primer tipo (primarias) imponen deberes; las del segundo tipo (secundarias) confieren facultades, públicas o privadas."²⁷³

Tomando como base lo anterior, que es repetido por Hart en diversos pasajes, se puede decir que no sólo la clase de las normas de competencia -o normas que confieren potestades normativas- es coincidente con la de las reglas secundarias, sino que éstas son definidas precisamente por la característica común de ser normas de competencia. Siendo ésto así, no habría inconveniente conceptual en rebautizar los componentes de la dicotomía hartiana como normas de conducta (o que imponen deberes) y normas de competencia²⁷⁴.

²⁷³ HART, H.L.A.: *El Concepto de Derecho*, op. cit., pág. 101.

²⁷⁴ Raz ha sostenido que ésta es la versión más relevante de la distinción entre reglas primarias y secundarias. Vid. RAZ, J.: *El concepto de sistema jurídico*, op. cit., pág. 199. También Ross asume esta interpretación de la distinción hartiana entre normas primarias y secundarias. Cfr. ROSS, A.: "Hart sobre el Concepto de Derecho", en CASANOVAS, P. y MORESO, J.J.: *El ámbito de*

Pero no es tan simple nuestro cometido. Hart intercala con la anterior, a lo largo de *El Concepto de Derecho*, una segunda definición de 'regla secundaria'²⁷⁵:

Def. 2.: "Se puede decir que ellas (entiéndase, las reglas secundarias) se encuentran en un nivel distinto que las reglas primarias porque son *acerca* de éstas; en otros términos, mientras las reglas primarias se ocupan de las acciones que los individuos deben o no hacer, estas reglas secundarias se ocupan de las reglas primarias. Ellas especifican la manera en que las reglas primarias pueden ser verificadas en forma concluyente, introducidas, eliminadas, modificadas, y su violación determinada de manera incontrovertible."²⁷⁶

lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo, Crítica, Barcelona, 1994, pág. 468. Hacker, en cambio, ha propuesto una interpretación algo más amplia, según la cual serían reglas secundarias tanto las que confieren poderes como aquellas que regulan el ejercicio de los mismos. Vid. HACKER, P.M.S.: "Hart's Philosophy of Law", op. cit., pág. 21. También sostienen una interpretación amplia MACCORMICK, N. y BANKOWSKI, Z.: "Speech Acts, Legal Institutions, and Real Laws", en MACCORMICK, N. y BIRKS, P. (eds.): *The Legal Mind. Essays for Tony Honoré*, Clarendon Press, Oxford, 1986, pág. 123.

²⁷⁵ Ruiz Manero ha identificado en la obra de Hart hasta tres definiciones diversas de los conceptos de 'regla primaria' y 'regla secundaria'. Para una exposición detallada de este punto, puede verse RUIZ MANERO, J.: *Jurisdicción y normas*, op. cit., págs. 100 y ss. Cfr. también TAPPER, C.F.H.: "Powers and Secondary Rules of Change", en SIMPSON, A.W.B. (ed.): *Oxford Essays in Jurisprudence*, Second Series, Clarendon Press, Oxford, 1973, págs. 248, 249 y 253, que señala ocho diferencias entre las reglas primarias y secundarias en la presentación de Hart.

²⁷⁶ HART, H.L.A.: *El Concepto de Derecho*, op. cit., pág. 117. La cursiva es del autor. MacCormick parece asumir este criterio distintivo entre reglas primarias y secundarias en MACCORMICK, N.: *H.L.A. Hart*, Edward Arnold (Publishers) Ltd., Londres, 1981, pág. 106.

Como puede observarse, las definiciones (1) y (2) son completamente distintas. Pero, no se deduce de esta simple constatación que ambas no sean compatibles. Más claramente, si se puede demostrar que las dos definiciones identifican las reglas secundarias mediante características distintas pero presentes todas en estas reglas y sólo en ellas, entonces las dos definiciones serán no sólo compatibles sino también complementarias y susceptibles de ser incluidas en una tercera definición globalizadora:

Def. 3.: Son normas secundarias aquellas que (1) confieren facultades, públicas o privadas, y (2) su objeto de referencia son las normas primarias.

No obstante, creo que esta síntesis no es posible, dentro de una coherencia conceptual con la tipología de reglas secundarias que ha sido ya presentada. En efecto, las normas que confieren potestades definen, como será explicado con mayor detalle en el siguiente epígrafe, a las normas dictadas en función de la potestad adquirida como válidas. Inversamente, las normas que se pretendan dictar sin la correspondiente facultad, son calificadas como inválidas. De esta forma, apartarse de lo establecido por las normas de competencia tiene como consecuencia la nulidad de la norma dictada²⁷⁷. Esto

²⁷⁷ HART, H.L.A.: *El Concepto de Derecho*, op. cit., págs. 35 y 36. Vid también, BULYGIN, E.: "Sobre las normas de competencia", op. cit., pág. 490.

es claro en lo que concierne a las reglas secundarias de cambio y adjudicación. No sucede así, por el contrario, respecto de la regla de reconocimiento: en este caso, el no seguimiento de la regla de reconocimiento de un sistema no tiene como consecuencia la nulidad de ninguna norma, sino la imposibilidad de identificar qué normas pertenecen a dicho sistema. Esta importante diferencia entre la regla de reconocimiento y las demás reglas secundarias tiene su fundamento en el hecho de que, a diferencia de éstas, aquélla no confiere potestad alguna, no es una norma de competencia²⁷⁸.

Si lo anterior es correcto, la definición (1) de regla secundaria no es acertada, por cuanto deja fuera de la extensión del concepto definido a una de las reglas que el propio Hart incluye: la regla de reconocimiento. El mismo defecto se traslada a la definición (3), puesto que contiene como parte integrante a la número (1). De esta forma, se concluye, no es plausible la

²⁷⁸ En el mismo sentido, vid. ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: *Sobre la existencia...*, op. cit., pág. 57. La bibliografía crítica con la definición hartiana de regla secundaria como norma que confiere potestades es amplísima. A título únicamente ejemplificativo, puede consultarse: BOBBIO, N.: "Ancora sulle norme...", op. cit., pág. 43; Id.: "Norme secondarie", op. cit., pág. 235; COHEN, L.J.: "The Concept of Law. By H.L.A. Hart.", op. cit., pág. 408; GAVAZZI, G.: *Studi di teoria del diritto*, op. cit., pág. 231; MACCORMICK, N.: *H.L.A. Hart*, op. cit., págs. 103 y ss.; MARTIN, M.: *The Legal Philosophy of H.L.A. Hart. A Critical Appraisal*, Temple University Press, Philadelphia, 1987, págs. 28 y 29; MUNZER, S.: *Legal Validity*, op. cit., pág. 51; NINO, C.S.: "Las limitaciones de la teoría de Hart...", op. cit., págs. 81 a 87; y SARTORIUS, R.: "The Concept of Law", op. cit., págs. 165 y 166. Waluchow, en cambio, ha sostenido que la regla de reconocimiento hartiana puede ser entendida como norma de competencia. Vid. WALUCHOW, W.J.: "Hart, Legal Rules and Palm Tree Justice", en *Law and Philosophy*, n° 4, 1985, nota 9 en pág. 43.

identificación, en la teoría del derecho de Hart, entre reglas secundarias y normas de competencia o reglas que confieren facultades.

Excluidas las definiciones (1) y (3), sólo nos queda aquí hacer una puntualización al *definiens* de la número (2). Siendo esta segunda definición de 'regla secundaria', como regla que versa acerca de las reglas primarias, a grandes rasgos adecuada a la tipología hartiana de reglas secundarias que forma la extensión del concepto, no es menos cierto que deja fuera del mapa de normas jurídicas a algunas normas presentes en todos los ordenamientos desarrollados: las normas secundarias que versan, a su vez, sobre otras reglas secundarias²⁷⁹.

Es por lo anterior que aquí se propone una definición parcialmente correctora de la (2):

Def. 4.: una regla es secundaria si, y sólo si, su objeto está constituido por otras reglas.

²⁷⁹ Dicha crítica puede verse también en BOBBIO, N.: "Norme secundarie", op. cit., págs. 241 y 242; MARTIN, M: *The Legal Philosophy of...*, op. cit., págs. 29 y ss.; y TAPPER, C.F.H.: "Powers and Secondary Rules of Change", op. cit., pág. 252. En realidad, no habría problema conceptual en bautizar a este último tipo de normas como reglas terciarias, en el sentido de jerarquía lógica que he presentado en el epígrafe anterior.

Se puede decir, en fin, que bajo esta concepción todas las normas de competencia son reglas secundarias, aunque no todas las reglas secundarias son normas de competencia²⁸⁰. Por último, todas las reglas secundarias tendrían carácter metalingüístico²⁸¹.

1.2.3. El carácter de las normas de competencia.

En lo anterior he intentado mostrar por qué las normas de competencia están encuadradas en la teoría de Hart entre las reglas secundarias de cambio y adjudicación. Todas las reglas de este tipo son normas de competencia, y

²⁸⁰ Debe advertirse que hay al menos una cita divergente de Hart respecto de esta conclusión. Así, al hilo de una argumentación acerca del escepticismo ante las reglas, Hart se refiere a "*reglas primarias* que imponen deberes o acuerdan derechos o *potestades* a particulares". Vid. Hart, H.L.A.: *El Concepto de Derecho*, op. cit., pág. 171. En mi opinión, no obstante, se trata de una cita divergente con el conjunto de su teoría y puede ser, en este sentido, obviada. En la misma línea, Tapper afirma que Hart ha reconocido que la referencia a reglas primarias que conceden potestades es un error inadvertido. Cfr. TAPPER, C.F.H.: "Powers and Secondary Rules of Change", op. cit., nota 20 en pág. 250.

²⁸¹ En el mismo sentido, vid. TAPPER, C.F.H.: "Powers and Secondary Rules of Change", op. cit., págs. 250 y 251. En contra de esta propuesta, RAMOS PASCUA, J.A.: *La regla de reconocimiento en la teoría de H.L.A. Hart*, Tecnos, Madrid, 1989, pág. 124; donde aduce, sin mayor argumentación, que no todas las reglas secundarias son normas sobre normas. No lo son, en su opinión, las reglas de cambio que conceden potestades privadas. Creo, no obstante, que no es necesario forzar en demasía el concepto de norma para incluir los contratos privados, aun destacando las diferencias que le separan de las normas dictadas en virtud de potestades públicas. Sobre los problemas de asimilación entre regla secundaria y metanorma puede verse, WRÓBLEWSKI, J.: "Las clases de reglas jurídicas", en *Revista de ciencias sociales*, n° 25, Valparaíso, 1984, págs. 295 y 296.

todas las normas de competencia son reglas de este tipo. Queda por saber cuál es el status, deóntico o no, que el autor atribuye a esta clase de normas.

Acabé el anterior epígrafe ofreciendo una definición de regla secundaria, en base a la cual es una regla secundaria toda aquella que verse sobre otras normas. Pero, en realidad, hay algo extraño en ésto que debe ser aclarado. Las normas tienen la función de guiar el comportamiento de los sujetos a quienes se dirigen, conectando a dicho comportamiento un status deóntico (prohibido, obligatorio o permitido). Así, toda norma regula (tiene como contenido) un acto humano. Sucede que las normas de competencia, en particular, y las reglas secundarias, en general, no son, para Hart, reguladoras de actos humanos: su contenido son otras normas; de modo que sólo en un sentido amplísimo puede hablarse de ellas bajo el nombre 'regla' o 'norma'²⁸²:

²⁸² En realidad, aquí es usada la expresión 'norma de competencia' sólo en virtud de un uso lingüístico establecido, a los efectos de facilitar la comprensión, pero, en sentido estricto, no estamos en presencia de una norma. Al respecto, puede consultarse MAZZARESE, T.: *Logica deontica e linguaggio giuridico*, op. cit., págs. 46 y 47.

"Porque el objeto de las reglas que confieren esas potestades (entiéndase, las potestades judiciales) no es disuadir a los jueces de realizar actos impropios, sino *definir* las condiciones y límites bajo los cuales sus decisiones serán válidas."²⁸³.

Como Alchourrón y Bulygin han puesto de manifiesto²⁸⁴, no se encuentra en la obra de Hart una cita en la que se haga expreso que el autor entiende las normas de competencia como definiciones. Pero, no sólo son abundantes las citas en las que el autor afirma que las reglas secundarias y, en concreto, las normas de competencia definen a determinadas normas como válidas a la vez que al propio órgano al que se da competencia²⁸⁵, sino que ésta es una interpretación que hace coherente la propia noción de regla secundaria con las de nulidad, distinción entre acto público y privado, imposibilidad de obedecer o desobedecer las reglas secundarias, etc. Veámoslo paso a paso.

²⁸³ HART, H.L.A.: *El Concepto de Derecho*, op. cit., pág. 37. La cursiva es mía.

²⁸⁴ ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: "Definiciones y normas", op. cit., págs. 462 y 463. Vid también BULYGIN, E.: "Sobre las normas de competencia", op. cit., págs. 490 y ss.

²⁸⁵ "Estas reglas (entiéndase, las reglas secundarias de adjudicación), como las otras reglas secundarias, *definen* un grupo de importantes conceptos jurídicos: en este caso, los conceptos de juez o tribunal, jurisdicción y sentencia." HART, H.L.A.: *El Concepto de Derecho*, op. cit., pág. 120. La cursiva es mía. A título ejemplificativo de la abundancia de referencias al respecto, pueden verse también las págs. 35, 37, 39, 40, 51, 52, 89, 94, 119 y 187. De la misma opinión se muestra Mendonca, para quien "la tesis de Hart acerca del tema que nos ocupa es, sin duda alguna, que tales reglas actúan como reglas conceptuales o *definiciones*". Cfr. MENDONCA, D.: *Introducción al análisis normativo*, op. cit., pág. 136. La cursiva es mía. Wróblewski, por su parte, después de reproducir las definiciones que Hart ofrece de las reglas secundarias, afirma categóricamente que "De acuerdo con estas descripciones, las reglas secundarias son tratadas como reglas constitutivas...". Cfr. WRÓBLEWSKI, J.: "Las clases de reglas jurídicas", op. cit., págs. 293 y 294.

a) La nulidad. Según Hart, no hay posibilidad lógica de distinguir entre "la regla que requiere el cumplimiento de ciertas condiciones, por ejemplo, la firma de testigos para que haya un testamento válido, y la llamada sanción de «nulidad». En tanto que la sanción es algo externo a la norma de comportamiento, siendo suprimible sin que la norma pierda su carácter, la nulidad es parte sustancial de la norma de competencia: sin nulidad no hay tal norma. En el caso del testamento, si el incumplimiento de las condiciones de otorgamiento no trajera aparejada la nulidad, no podría decirse inteligiblemente que la regla existe sin sanciones, ni siquiera como regla jurídica. El establecimiento de la nulidad es *parte* de la regla misma, de una manera distinta a como el castigo está ligado a una regla que impone deberes."²⁸⁶ En suma, la nulidad no es más que la otra cara de la validez: que una norma sea válida significa que pertenece al sistema, esto es, que se cumplen todos los elementos definitorios que caracterizan a una norma como perteneciente a un determinado sistema²⁸⁷; que no sea válida significa que no se cumplen dichos requisitos²⁸⁸. De este modo, identificada la norma de

²⁸⁶ Hart, H.L.A.: *El Concepto de Derecho*, op. cit., pág. 44. La cursiva es del autor.

²⁸⁷ En palabras de Hart: "Decir que una norma es válida es reconocer que ella satisface todos los requisitos establecidos en la regla de reconocimiento y, por lo tanto, que es una regla del sistema." Cfr. HART, H.L.A.: *El Concepto de Derecho*, op. cit., pág. 129.

²⁸⁸ Es habitual la distinción, que yo asumo en este trabajo, entre validez, invalidez e inexistencia. No obstante, creo que puede decirse que el concepto de nulidad que utiliza engloba a

competencia como definatoria de la validez (pertenencia) de algunas normas a un sistema *S*, el concepto de 'nulidad' está lógicamente ligado a ella en el sentido en que su extensión cubre todo lo que no alcanza la extensión del de 'validez'²⁸⁹. La nulidad es, en fin, la consecuencia que típicamente se sigue de la no conformidad a la regla que define, constituye, la propia posibilidad de pertenencia al sistema²⁹⁰.

En directa relación con este punto, Hart presenta en repetidas ocasiones el ejemplo, ya típico, de las reglas de los juegos como análogas a las reglas

los de invalidez e inexistencia. Vid. por ejemplo, HART, H.L.A.: *El Concepto de Derecho*, op. cit., pág. 38, donde claramente identifica los dos como casos de nulidad. En mi opinión, confundir la validez y la existencia de las normas tiene el grave inconveniente de convertir, como ya destacara Kelsen, en un sin sentido hablar de normas inconstitucionales, o de reglamentos o sentencias ilegales. Vid. al respecto., GARZÓN VALDÉS, E.: "Validez, eficacia y existencia en H.L.A. Hart", en GARZÓN VALÉS, E.: *Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993; y BAYLES, M.D.: *Hart's Legal Philosophy. An Examination*, op. cit., págs. 69 y ss. Un análisis parcialmente distinto puede verse en RAMOS PASCUA, J.A.: *La regla de reconocimiento ...*, op. cit., págs. 144 y ss.

²⁸⁹ También Bulygin, citando a Hart, concede este rol a la nulidad dentro de una teoría que trata las normas de competencia como definiciones. Vid. BULYGIN, E.: "Sobre las normas de competencia", op. cit., pág. 496. En expresa referencia a Hart, Alchourrón y Bulygin afirman que el argumento de que la nulidad "es parte de la regla secundaria muestra claramente que en las reglas secundarias o al menos en las que confieren potestades hay un ingrediente que no se deja reducir a reglas de conducta (que ordenan, prohíben o permiten), sino que pertenece a la categoría de las reglas conceptuales o determinativas." Cfr. ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: "Definiciones y normas", op. cit., págs. 462 y 463.

²⁹⁰ Puede verse al respecto, POLLASTRO, P.: "Fenomenologia delle regole costitutive", en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, a. XIII, n° 1, 1983, pág. 251. Pollastro cita expresamente diversos párrafos de *El Concepto de Derecho*, referidos a las normas que conceden facultades y ya destacados en este trabajo, como exponente de la línea teórica que postula la nulidad como consecuencia de la no conformidad a las reglas constitutivas.

que conceden facultades. En este sentido, del mismo modo que es a través de las reglas que definen lo que es una movida, el áfil o el jaque mate, que unos determinados movimientos físicos de unas piezas de madera sobre una tabla adquieren el sentido global de una partida de ajedrez; es a través de las normas de competencia que adquiere el sentido de norma jurídica válida (perteneciente al sistema) la actividad natural de dar una orden²⁹¹.

b) La distinción entre actos públicos y privados. Son las normas que otorgan facultades a determinados individuos, esto es, las normas de competencia, las que hacen posible distinguir entre los actos públicos (de ejercicio de estas facultades) y actos propios de la esfera privada de los mismos individuos. Ello es así porque las normas de competencia no sólo definen determinadas normas como válidas, sino que son también definatorias del propio órgano. En este sentido, las normas de competencia son constitutivas del propio órgano al que otorgan facultades: son constitutivas de la faceta pública del individuo al que otorgan la facultad y es mediante ellas

²⁹¹ Son abundantes las referencias de Hart a las reglas de los juegos a lo largo del *El Concepto de Derecho*. A título indicativo pueden verse: HART, H.L.A.: *El Concepto de Derecho*, op. cit., págs. 11, 43, 44, 51, 74, 127, 128 y 174 a 180.

que podemos distinguir dicha faceta de los actos puramente privados del mismo individuo²⁹².

c) Imposibilidad lógica de obedecer o desobedecer las reglas secundarias.

Según Hart, como ha sido repetidamente puesto de manifiesto, las reglas secundarias no imponen deberes, a diferencia de las reglas primarias²⁹³. Ésta es la razón por la que se da una imposibilidad lógica de predicar la obediencia o desobediencia respecto de las reglas secundarias, ya que ambas nociones presuponen la existencia de un deber²⁹⁴. Ello es obvio, si como se

²⁹² Cfr. HART, H.L.A.: *El Concepto de Derecho*, op. cit., págs. 95 y 96.

²⁹³ Queda a salvo la cuestión de qué carácter, normativo o no, debe atribuirse a la regla de reconocimiento. Este punto, sin embargo, no es resuelto con claridad por Hart. Al respecto, puede verse una interesante polémica con participación de Bulygin, Ruiz Manero, Caracciolo y Guibourg. Cfr. en orden cronológico, BULYGIN, E.: "Sobre la regla de reconocimiento", en AA.VV.: *Derecho, filosofía y lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Astrea, Buenos Aires, 1976; RUIZ MANERO, J.: *Jurisdicción y normas*, op. cit.; BULYGIN, E.: "Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos", op. cit.; RUIZ MANERO, J.: "Normas independientes, criterios conceptuales y trucos verbales. Respuesta a Eugenio Bulygin", en *DOXA*, n° 9, Alicante, 1991; CARACCILO, R.: "Sistema jurídico y regla de reconocimiento", en *DOXA*, n° 9, Alicante, 1991; BULYGIN, E.: "Regla de reconocimiento: ¿Norma de obligación o criterio conceptual? Réplica a Juan Ruiz Manero", en *DOXA*, n° 9, Alicante, 1991; y GUIBOURG, R.: "Hart, Bulygin y Ruiz Manero: tres enfoques para un modelo", en *DOXA*, n° 14, Alicante, 1993. Vid. también MACCORMICK, N.: *H.L.A. Hart*, op. cit., pág. 109; MARTIN, M.: *The Legal Philosophy of H.L.A. Hart. A Critical Appraisal*, op. cit., págs. 29 y 34 y ss.; HACKER, P.M.S.: *Hart's Philosophy of Law*, op. cit., págs. 20 y ss.; RAZ, J.: *El concepto de sistema jurídico*, op. cit., págs. 199 y 236 y ss.; y BAYLES, M.: *Hart's Legal Philosophy. An Examination*, op. cit., págs. 62, 66 y 67.

²⁹⁴ Otra cosa es que, aunque las reglas secundarias no puedan ser obedecidas ni desobedecidas, no quepa excluir que pueda predicarse respecto de ellas eficacia o ineficacia. Esto último dependerá del concepto de eficacia que usemos. No obstante, Hart no se pronuncia sobre este punto. A este respecto, puede verse GARZÓN VALDÉS, E.: "Validez, eficacia y existencia en H.L.A. Hart", op. cit., pág. 112; y MUNZER, S.: *Legal Validity*, op. cit., pág. 33.

hace aquí, se reconstruyen las reglas secundarias, y con ellas las normas de competencia, como definiciones. Hart ejemplifica este punto bajo la regla que regula la decisión por mayoría en el procedimiento legislativo: ni los que votan a favor de la aprobación de una ley ni los que votan en contra, tanto si el proyecto de ley resulta finalmente aprobado como si no, obedecen ni desobedecen la regla de la mayoría. Simplemente la usan²⁹⁵.

Finalmente, creo que puede ser clarificador algún ejemplo. Eugenio Bulygin ha señalado²⁹⁶ que tratar las normas de competencia como definiciones tiene ventajas destacables al reconstruir un sistema jurídico, puesto que se evita una importante cantidad de contradicciones: las que se darían, de entender las normas de competencia como permisos, entre la propia norma que concede facultad para realizar un acto normativo y otra norma del sistema que prohíbe esta misma realización. Es el caso de muchas

²⁹⁵ HART, H.L.A.: *El Concepto de Derecho*, op. cit., pág. 40. Tanto Gavazzi como Páramo critican en este punto a Hart que, en realidad, la violación a la regla de la mayoría se da cuando, con indiferencia de si se ha votado a favor o en contra de la decisión, se pretende que: a) la decisión resulte aprobada sin el voto favorable de la mayoría, o b) aun cuando la mayoría vote a favor, que la decisión no sea aprobada. Vid. GAVAZZI, G.: *Studi di teoria del Diritto*, op. cit., págs. 210 y 211; y PÁRAMO, J.R. de: *H.L.A. Hart y la teoría...*, op. cit., pág. 230. Por mi parte opino, en cambio, que una definición no puede ser nunca violada, sino usada o no usada. En este sentido, tanto aquellos que votan a favor como los que lo hacen en contra de una decisión, usan la regla si consideran que tal decisión ha sido aprobada cuando ha obtenido la mayoría de los votos, y no aprobada cuando no ha obtenido tal mayoría. En otro caso, no se viola la regla de la mayoría: simplemente no se usa como método para la toma de decisiones.

²⁹⁶ BULYGIN, E.: "Sobre las normas de competencia", op. cit., pág. 489.

de las regulaciones de protección a terceros, por ejemplo. A este respecto, Hart es un claro predecesor de Bulygin. En efecto, como ya he señalado en el capítulo anterior, Hart critica a la concepción que vincula conceptualmente el permiso de realizar una acción normativa con la validez de las normas que se emitan mediante aquélla, que aunque es común que el ejercicio de la competencia esté permitido, ello es puramente contingente y, es más, hay casos en los que el ejercicio de la competencia está explícitamente prohibido, sin que de eso se derive contradicción alguna en el sistema de normas²⁹⁷.

²⁹⁷ HART, H.L.A.: "Sovereignty and Legally Limited Government", op. cit., pág. 241.

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

En el presente apartado²⁹⁸, expondré la concepción teórica de Alf Ross sobre las normas de competencia. Es posible encontrar en la obra del autor danés una concepción de las normas de competencia como obligaciones indirectas, con claros rasgos propios de la influencia kelseniana sobre la misma, y otra de las normas de competencia como reglas constitutivas. Es habitual asumir la existencia, en el pensamiento de Ross, de una evolución que supondría el paso de la primera concepción, sostenida *Sobre el derecho y la justicia*, a la segunda, que estaría presente en *Lógica de las normas*. En mi opinión, no obstante, esta interpretación evolucionista del pensamiento de Ross no se sustenta suficientemente en los textos del profesor danés.

En lo que sigue, a efectos expositivos, serán presentadas las dos tesis de modo absolutamente independiente. Así, sólo en el último epígrafe, será tratado el aspecto de la compatibilidad o incompatibilidad entre las mismas. Presentaré, en fin, una interpretación que, de ser plausible, evitaría la

²⁹⁸ Una versión del mismo será publicada en FERRER, J.: "Die Kompetenznormen in der Rechtstheorie von Alf Ross: eines oder mehrere Modelle?", en *Rechtstheorie*, en prensa.

incoherencia de la teoría de Ross en este punto, aún a costa de diluir (quizás hasta la trivialidad) la primera de las concepciones.

2.1. El derecho como sistema de normas.

Según Alf Ross, el derecho es un conjunto de normas²⁹⁹ concernientes al ejercicio de la fuerza física³⁰⁰. Este conjunto de normas integran un sistema en tanto que todas ellas se dirigen a una misma clase de personas (los jueces y tribunales) y todas las acciones prescritas pertenecen a una misma clase de

²⁹⁹ Ésta es una interpretación habitual de la teoría de Ross. A partir de ella se ha atribuido a Ross en no pocas ocasiones una concepción normativista del derecho, atribución de la que Guastini critica su carácter reduccionista y excesivamente simplificador. A pesar de ello, creo que aquí se puede mantener esta definición dado que el objeto que nos ocupa es precisamente el análisis del carácter de las normas pertenecientes al sistema jurídico, más que la forma de decidir usada por los jueces. Vid. GUASTINI, R.: "Ross e i suoi interpreti italiani", en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 3, 1976, págs. 1066 y ss. Hay que señalar que Ross no habla del *Derecho* sino de un *orden jurídico nacional*, pero creo que no existe la menor dificultad en atribuir a estas expresiones una relación de sinonimia entre sí.

³⁰⁰ ROSS, A.: *Sobre el derecho y la justicia*, op. cit., págs. 51 y 52, donde, como en otros lugares, defiende que "la relación entre las normas jurídicas y la fuerza consiste en el hecho de que ellas se refieren a la aplicación de ésta y no en el hecho de que están respaldadas por la fuerza", citando a Kelsen como inspirador de esta idea. De hecho, también la consideración del derecho de un país como un conjunto de normas es una idea iuspositivista, probablemente inspirada en el mismo Kelsen. Cfr. al respecto, HERNÁNDEZ MARÍN, R.: "Diritto e Scienza. Saggio su Alf Ross", en PATTARO, E. (ed): *Contributi al Realismo Giuridico*, Giuffrè Editore, Milano, 1982, pág. 265; y PINTORE, A.: *Teoria analitica dei concetti giuridici*, Casa editrice Jovene, Napoli, 1990, págs. 69 y 73.

acciones³⁰¹. Las normas pertenecientes al sistema "pueden ser divididas en dos grupos, según su contenido inmediato: normas de conducta y normas de competencia"³⁰². Las normas de conducta son directivas dirigidas a los tribunales que indican cómo deben ejercer su autoridad y, sólo de modo derivado, se puede decir que prescriben conductas a los particulares.

Respecto a las normas de competencia, como ya se ha dicho, se pueden identificar dos concepciones distintas en la obra de Ross, a saber, la de las obligaciones indirectas³⁰³, y la de las reglas constitutivas.

2.2. Las normas de competencia como obligaciones indirectas.

Hay al menos dos versiones distintas en la obra de Ross de la tesis de las normas de competencia como obligaciones indirectas. Así, las normas de competencia son:

³⁰¹ ROSS, A.: *Sobre el derecho y ...*, op. cit., pág. 32.

³⁰² ROSS, A.: *Sobre el derecho y ...*, op. cit., pág. 32.

³⁰³ Aun cuando, como se verá, Ross usa la expresión "normas de conducta indirectamente expresadas", al efecto de unificar la terminología entre los diversos autores que sostienen esta tesis, la he llamado "tesis de las obligaciones indirectas".

"directivas que disponen que las normas que se creen de conformidad con un modo establecido de procedimiento *serán consideradas normas de conducta*. Una norma de competencia es, así, una norma de conducta indirectamente expresada. Las normas de la Constitución referentes a la legislatura, por ejemplo, son normas de conducta indirectamente expresadas que *prescriben comportamientos de acuerdo con las ulteriores normas de conducta* que sean sancionadas por vía legislativa"³⁰⁴.

Según se desprende, se pueden identificar las siguientes dos versiones:

1) las normas de competencia son normas que prescriben a los tribunales considerar las directivas creadas de acuerdo con cierto procedimiento como normas de conducta; y

2) las normas de competencia son normas de conducta que prescriben el comportamiento acorde con las ulteriores normas de conducta que se dicten de acuerdo con la competencia³⁰⁵.

³⁰⁴ ROSS, A.: *Sobre el derecho y....*, op. cit., pág. 32. Las cursivas son mías.

³⁰⁵ El mismo argumento, presentado en parecidos términos, ha sido ya estudiado en la exposición del modelo kelseniano de las normas de competencia. A modo de recordatorio, puede verse, KELSEN, H.: "La autodeterminación del Derecho", op. cit., pág. 410; y Id.: *General Theory of Norms*, op. cit., págs. 103 y 104. Cabe reseñar, no obstante, que Kelsen atribuye a la norma de competencia dos funciones normativas distintas, a saber, una directa, cual es la autorización del dictado de otras normas, y otra indirecta, cual es la obligación de obedecer las normas dictadas en función de la competencia. Esta doble función no aparece explícitamente en la

Dado que según Ross "las normas de competencia se pueden reducir a normas de conducta"³⁰⁶, se presentan importantes diferencias entre las versiones 1) y 2). Así, de acuerdo con la primera de ellas, que la norma de competencia que capacita a un órgano *o* para dictar otra norma sea reducible a una norma de conducta, significa que el enunciado

a) "el órgano *o* es competente para dictar la norma N_1 "

es sinónimo de

a') "Si el órgano *o* dicta la norma N_1 , ésta debe ser considerada una norma de conducta".

En cambio, en aplicación de la segunda versión, el enunciado a) es sinónimo de

obra de Ross. La misma asimilación respecto a este argumento entre los dos autores puede encontrarse en BULYGIN, E.: "Sobre las normas de competencia", op. cit., págs. 487 y 488.

³⁰⁶ ROSS, A.: *Sobre el derecho y...*, op. cit., pág. 33.

a") "Si el órgano o dicta la norma N_1 debe hacerse lo que N_1 prescribe"³⁰⁷.

Que estamos ante versiones incompatibles de las normas de competencia puede mostrarse a través del comportamiento que el destinatario debe realizar para cumplir lo que en ellas se prescribe. De acuerdo con la primera versión, la norma de competencia recibirá acatamiento de parte de sus destinatarios cuando efectivamente consideren como normas de conducta a las que se dicten conforme a la competencia. De acuerdo, en cambio, a la versión 2) la norma de competencia recibirá acatamiento cuando los destinatarios de las normas de conducta que se dicten en función de aquella cumplan con lo prescrito por éstas últimas.

A pesar del trato indistinto que Ross realiza de ambas versiones del modelo de las obligaciones indirectas, sin percibir sus claras diferencias, creo que debería prescindirse de la primera de ellas en un análisis de conjunto del

³⁰⁷ Entre otros lugares, puede encontrarse la presente interpretación en el siguiente texto: "Las normas de competencia son lógicamente reducibles a normas de conducta de esta manera: las normas de competencia hacen que sea obligatorio actuar de acuerdo con las normas de conducta que han sido creadas según el procedimiento establecido en las primeras. Como obligación, 'competencia' es una relación entre dos personas, a saber, la persona que posee la competencia y la persona que está sujeta al poder de aquélla, esto es, que tiene la obligación de obedecer las normas correctamente creadas por aquélla". Vid. ROSS, A.: *Lógica de las normas*, Tecnos, [Trad. Hierro, J.S.P.], Madrid, 1971, pág. 113. En el mismo sentido, ROSS, A.: *Sobre el derecho y ...*, op. cit., pág. 50.

pensamiento del autor escandinavo. Si se toma en serio la versión 1) del modelo de las obligaciones indirectas, éste resulta altamente deficiente, por cuanto el comportamiento obligado es una actitud psicológica (considerar una norma como norma de conducta) difícilmente contrastable. Por otro lado, como afirma Hernández Marín, "la expresión «deben ser consideradas como normas de conducta» es demasiado vaga como herramienta analítica"³⁰⁸. En todo caso, por último y consecuencia de lo anterior, resultaría de gran dificultad controlar (verificar, en terminología de Ross) el grado de seguimiento y/o aplicación a los efectos de predicar la vigencia de estas normas.

Abandonada la versión 1) del modelo de las normas de competencia como obligaciones indirectas, puede decirse que la versión 2) que Ross ofrece de las normas de competencia es, en este punto y a grandes rasgos, deudora de

³⁰⁸ Vid. HERNÁNDEZ MARÍN, R.: *El Derecho como dogma*, op. cit., pág. 33, que califica de inservible esta reconstrucción. A pesar de ello, Hernández Marín atribuye a Ross, en el libro citado, únicamente esta versión de las normas de competencia, punto del que, como ha podido comprobarse, aquí se discrepa. Acorde con Hernández Marín en la reconstrucción, que no en el análisis que le merece, puede verse GRAM JENSEN, S.: "On Norms of Conduct and Norms of Competence", en *ARSP*, supp. vol. III, 1985, pág. 16. El propio Hernández Marín identifica, en otro lugar, hasta cinco versiones distintas del pensamiento de Ross en materia de normas de competencia, no siendo ninguna de ellas, en cambio, la que aquí se tratará como modelo de las normas de competencia como reglas constitutivas. Vid. HERNÁNDEZ MARÍN, R.: *Historia de la filosofía del derecho contemporánea*, op. cit., págs. 186 y 187.

la presentada por Hans Kelsen³⁰⁹. Siendo así, únicamente reseñaré aquí una interesante, y creo que acertada, crítica que el propio Ross dirige a Kelsen con motivo del análisis del concepto de validez de éste último.

Como se vió en el primer capítulo, uno de los sentidos en que Kelsen usa el término *validez* es el de obligatoriedad, de modo que decir que una determinada norma es válida es sinónimo de prescribir el cumplimiento de aquello que la norma establece. Para Ross, esta idea de *validez* "está totalmente privada de significación lógica". Ello es así, afirma, dado que la propia norma a la que se confiere validez prescribe aquello que los destinatarios deben hacer, de modo que decir que esta norma es válida significa que los destinatarios deben hacer lo que la norma dice que deben hacer, y esto es, en el mejor de los casos, una tautología³¹⁰. Resulta en cierto

³⁰⁹ Con posterioridad a Ross, pero partiendo de la teoría de éste, otro autor escandinavo, Gram Jensen, ha defendido la tesis de que tanto las normas de competencia como las normas de conducta son reconstruibles en términos de atribución de responsabilidad. Así, decir que "A en relación a B es competente para prescribir la conducta C, significa que si A ordena a B realizar la conducta en cuestión, entonces (...) B deviene responsable en caso de realizar *no-C*". Vid. GRAM JENSEN, S.: "On Norms of Conduct and...", op. cit., págs. 20 y ss. En mi opinión, el punto importante del análisis de Gram Jensen cabe encontrarlo en la sustitución del concepto de deber, que él cree superfluo, por el de responsabilidad, pero ello no altera en lo sustancial las dificultades que pueden atribuirse al modelo de las normas de competencia como mandatos indirectos.

³¹⁰ Cfr. ROSS, A.: "La definizione nel linguaggio giuridico", op. cit., pág. 203.; Id.: "Nota al libro de Kelsen ¿Qué es la justicia?", en ROSS, A.: *El concepto de validez y otros ensayos*, Fontamara, [Trad. Carrió, G. y Paschero, O.] México D.F., 1993, págs. 39 a 43. En el mismo sentido, con explícito referimiento al argumento de Ross, se pronuncian: ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: "Definiciones y normas", op. cit., pág. 450.

sentido sorprendente este punto, por cuanto la misma crítica puede ser trasladada, con igual acierto, a la concepción de Ross de las normas de competencia como obligaciones indirectas, si ésta se reconstruye en base a la versión 2) que he analizado en este apartado. Se podría concluir, pues, de acuerdo con la crítica de Ross a Kelsen que la idea de las normas de competencia como obligaciones indirectas -en su versión 2)- está privada de significación lógica.

2.3. Las normas de competencia como reglas constitutivas.

En lo que sigue, presentaré la tesis rossiana de las normas de competencia como reglas constitutivas. Para ello, pretendo hacer una exposición de las ideas básicas de Ross respecto de esta concepción de las normas de competencia, de un modo independiente a lo dicho en el apartado anterior. Será en el siguiente epígrafe donde ofrezca mi visión sobre la posible compatibilidad de los modelos de normas de competencia como obligaciones indirectas y como reglas constitutivas en el marco de la teoría del derecho de Ross.

Para el autor danés, el derecho legislado³¹¹ es siempre fruto de un acto realizado por el hombre³¹². Dado que es necesario determinar qué personas tendrán capacidad para producir derecho legislado y qué actos de esas personas van a considerarse relevantes al efecto, Ross afirma que la producción de normas jurídicas legisladas presupone la existencia de normas de competencia que indican las condiciones bajo las cuales es posible dicha producción. Estas condiciones pueden ser divididas en dos grupos:

"Las condiciones formales *definen* el procedimiento para la sanción de la norma, lo que incluye la identificación de las personas calificadas para adoptar los diversos pasos del procedimiento. (...) Las condiciones materiales *definen* el objeto o contenido de la norma que puede ser sancionada mediante el procedimiento indicado."³¹³

Así, afirma Ross que, en general,

³¹¹ Cabe entender que quedan excluidas las normas consuetudinarias.

³¹² Puede observarse aquí que tampoco en este punto se aparta Ross en demasía de lo ya dicho por Kelsen, para quien una norma jurídica, hecha la salvedad de las consuetudinarias, es siempre el sentido objetivo de un *acto de voluntad*. Vid. KELSEN, H.: *Teoría Pura del Derecho*, 2ª ed., op. cit., pág. 24.

³¹³ Vid. ROSS, A.: *Sobre el derecho y ...*, op. cit., págs. 77 y 78. La cursiva es mía. En el mismo sentido, ROSS, A.: *Lógica de las normas*, op. cit., págs. 93 y 123.

"Una norma del derecho legislado recibe su autoridad de las normas de competencia que *definen* las condiciones bajo las cuales la sanción tendrá fuerza legal"³¹⁴.

Finalmente, "si un intento de legislación no satisface estas condiciones, se dice que el resultado es *inválido* o *nulo*"³¹⁵. Es más, dado que las normas de competencia establecen las condiciones que posibilitan crear normas pertenecientes a ese ordenamiento, es decir, crear normas válidas³¹⁶,

³¹⁴ ROSS, A.: *Sobre el derecho y ...*, op. cit., pág. 77. La cursiva es mía.

³¹⁵ Vid. ROSS, A.: *Lógica de las normas*, op. cit., pág. 93. Las cursivas son del autor.

³¹⁶ Ross identifica tres significados diferentes de la palabra 'validez': en un primer sentido, decir de una norma o de un acto jurídico que son válidos significa que "tiene los efectos jurídicos deseados" y "se dice que es inválido o nulo si no los tiene. Esta función es interna, en el sentido de que afirmar que un acto es válido es afirmar algo *según* un sistema de normas dado". En un segundo sentido, "la validez de una norma (...) significa su existencia efectiva o realidad". Que un acto jurídico o una norma sea válido en este segundo sentido, depende, no de algo interno al sistema, sino de determinados hechos sociales. En el tercer sentido, 'validez' "en ética y en derecho natural (...) se usa para significar una cualidad apriorística, específicamente moral, llamada también 'fuerza obligatoria' del derecho ...". Vid. ROSS, A.: "El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural", en ROSS, A.: *El concepto de validez y ...*, op. cit., págs. 25 y 26, (la cursiva es del autor). Es importante este punto, por cuanto Ross usa también ambigüamente el término: así, critica duramente el uso de la palabra 'validez', atribuyéndole el tercer sentido identificado (vid. ROSS, A.: *Sobre el derecho y ...*, op. cit., págs. 64 y ss.); traduce al inglés la palabra danesa 'gældende' ('vigencia') por 'valid', en el segundo de los sentidos, provocando, como él mismo ha reconocido, no pocas confusiones; y, finalmente, usa, casi exclusivamente en sede de normas de competencia, la palabra 'validez' en el primer sentido. Puede verse un interesante análisis del concepto de 'validez' en Ross y sus implicaciones respecto de la identificación de las normas jurídicas en RAMOS PASCUA, J.A.: *La regla de reconocimiento ...*, op. cit., págs. 75 y ss. Vid. también HART, H.L.A.: "Scandinavian Realism", en HART, H.L.A.: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 1983, págs. 161 a 169; y HIERRO, L.L.: *El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del derecho*, Fernando Torres Editor, Valencia, 1981, págs. 172, 283 a 285 y nota 802 en pág. 295, donde afirma que "Ross utiliza ahora la expresión «in force» (...) cuando quiere referirse a vigencia. Indudablemente es la expresión inglesa adecuada, y resulta extraño que, como hemos visto, Ross utilizase antes la disculpa de que no conocía un término inglés adecuado para traducir «gældende». Por eso cabe la

"es una tautología afirmar que si se intenta ejercer la competencia *ultra vires* (fuera del ámbito de competencia) no se crea ninguna norma. Esto se expresa diciendo que el pretendido acto jurídico es inválido, o que el incumplimiento de una norma de competencia produce invalidez"³¹⁷

Como se puede advertir, esta tesis es similar a la expresada por Hart en su *Concepto de Derecho*, donde defiende que existe una imposibilidad lógica de separar la regla que requiere el cumplimiento de determinadas condiciones para dictar una norma válida y la llamada "sanción de nulidad": la nulidad es una noción conceptualmente dependiente de la existencia de reglas definitorias, esto es en nuestro caso, normas de competencia. Una regla no es una norma de competencia si no conlleva la nulidad del resultado de las acciones realizadas fuera del ámbito de su competencia³¹⁸. Pero, a diferencia de Hart, que nunca dijo explícitamente cuál era el carácter que atribuía a las normas de competencia, Ross afirma expresamente que "las normas de

sospecha de que no sólo existía una confusión en la traducción, sino una cierta indeterminación conceptual".

³¹⁷ ROSS, A.: *Lógica de las normas*, op. cit., pág. 123. La cursiva es del autor. En idéntico sentido se expresa en ROSS, A.: "Grandeza y decadencia de la doctrina de las expresiones realizativas", en ROSS, A.: *El concepto de validez y otros ensayos*, op. cit., pág. 129. Vale la pena destacar que tampoco Ross distingue entre los conceptos de validez y existencia, con los consiguientes inconvenientes que ya han sido destacados repetidamente en este trabajo. En el mismo sentido, RAMOS PASCUA, J.A.: *La regla de reconocimiento ...*, op. cit., pág. 76.

³¹⁸ Cfr. HART, H.L.A.: *El Concepto de Derecho*, op. cit., pág. 44.

competencia son, como las reglas de los juegos, constitutivas"³¹⁹. Es más, se puede decir que las normas de competencia son constitutivas en dos sentidos diversos, a saber, constituyen las condiciones de posibilidad para crear nuevas normas del sistema y, a la vez, constituyen a las propias autoridades del sistema. Se ha expuesto ya lo dicho por Ross respecto de las normas de competencia como establecedoras de las condiciones en que pueden crearse nuevas normas del sistema. En lo que sigue se expondrá el segundo sentido en que Ross califica a las normas de competencia como reglas constitutivas.

En el derecho operan muy diversas autoridades, distinguidas por ámbitos de competencia y jerarquía. Estas autoridades son constituidas mediante de normas de competencia³²⁰ y, por lo general, pueden dictar nuevas normas de

³¹⁹ Vid. ROSS, A.: *Lógica de las normas*, op. cit., pág. 123. Sobre las consideraciones que el autor escandinavo dedica a las reglas de los juegos, pueden verse las págs. 57 y ss, donde se remite a Searle, y ROSS, A.: *Sobre el derecho y...*, op. cit., págs. 12 y ss.

³²⁰ Para Ross, decir que una norma de competencia constituye a una autoridad significa que "una autoridad (es) definida por la suma de las condiciones necesarias y suficientes para la creación de reglas jurídicas. La autoridad en este sentido, podríamos decir, es una personificación de todo el proceso de creación del derecho definido a través de las reglas que se refieren a la competencia personal, procesal y material". Vid. ROSS, A.: "Sobre la auto-referencia y un difícil problema de derecho constitucional", en ROSS, A.: *El concepto de validez y ...*, op. cit., pág. 50. Como se ha visto ya, creo que pueden identificarse al menos dos sentidos en que las normas de competencia serían reglas constitutivas en la teoría de Ross: por un lado, son reglas que constituyen las condiciones de posibilidad para una determinada actividad (por ejemplo, legislar, testar, etc) y, por otro, son reglas que directamente dan existencia a un determinado estado de cosas, por sí solas o en conjunción con otras reglas del mismo tipo (en este sentido debe interpretarse que las normas de competencia constituyen a la autoridad). Por consiguiente, discrepo en este punto de Guastini, cuando afirma que una de las diferencias entre Ross y Searle, por un lado, y Carcaterra, por el otro, es que los primeros entienden las reglas constitutivas en el primero de los sentidos en tanto que

competencia que constituyan a otras autoridades, de modo que se va formando una cadena, donde cada una de las autoridades es inferior a aquélla que ha dictado la norma de competencia que la ha constituido. Para evitar caer en un regreso al infinito, Ross afirma que las normas de competencia que crean la primera autoridad no pueden ser sancionadas, sino presupuestas³²¹.

Carcatterra lo hace en el segundo. A mi entender, queda claro que en Ross pueden encontrarse ambas versiones, aun cuando no quede claro si fue consciente de ello. Vid. GUASTINI, R.: "Teorie delle regole costitutive", en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, vol. 60, 1983, [Hay traducción castellana bajo el título "Teoría de las reglas constitutivas: Searle, Ross, Carcatterra", en *Revista de Ciencias Sociales. Alf Ross, Estudios en su homenaje*, nº 25, Tomo 1º, Valparaíso, 1984], pág. 549.

³²¹ Vid. ROSS, A.: *Sobre el derecho y...*, op. cit., pág. 78. Como puede observarse, esta reconstrucción no se aleja en demasía de la cadena de validez kelseniana, que culmina en la Norma Básica, lo que resulta especialmente sorprendente por cuanto en la misma obra (págs. 63 y ss) critica duramente la necesidad teórica de Kelsen de presuponer la *Grundnorm*. Vid. también, en el mismo sentido, FARRELL, M.D.: "Las fuentes del derecho en la teoría de Alf Ross", en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, nº 4, Buenos Aires, 1984, pág. 64; y MENDONCA, D.: *Introducción al análisis normativo*, op. cit., págs. 142 y 143. Diez años más tarde, en *Lógica de las normas*, Ross denomina explícitamente a la norma o conjunto de normas de competencia que definen la competencia de la autoridad suprema "norma básica del sistema". No obstante, corrige parcialmente la versión ofrecida en *Sobre el derecho y la justicia* y afirma, no ya que estas normas de competencia sean presupuestas, sino que son derecho consuetudinario. Vid. ROSS, A.: *Lógica de las normas*, op. cit., págs. 93 y 94. Pueden verse también respecto de la noción de norma básica en Ross, RAZ, J.: "Professor A. Ross and Some Legal Puzzles", en *Mind*, vol. 81, 1972, págs. 417 y ss.; RAMOS PASCUA, J.A.: *La regla de reconocimiento en ...*, op. cit., pág. 84. Finalmente, un análisis general de los puntos de partida metodológicos de la teoría pura kelseniana y la obra de Ross, puede verse en TRIOLO, L.: "Ross e il superamento di Kelsen", en TARANTINO, A. (ed.): *Scienza e politica nel pensiero di Alf Ross*, Guiffrè, Milano, 1984; y en VILLA, V.: "Implicazioni metateoriche nella teoria del diritto di Alf Ross", en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, vol. 56, 1979.

Partiendo del análisis de la tabla de conceptos jurídicos fundamentales ideada por Hohfeld³²², Ross afirma que la competencia es un caso especial de potestad³²³, dentro de la cual cabe distinguir aquélla otorgada a los particulares de la que se otorga a las autoridades públicas³²⁴. De modo general, según el autor escandinavo,

"Competencia es la capacidad jurídicamente establecida de crear normas jurídicas (o efectos jurídicos) por medio de y de acuerdo con enunciados al efecto. La competencia es un caso especial de poder. El poder existe cuando una persona es capaz de producir, por medio de sus actos, los efectos jurídicos deseados."³²⁵

³²² Vid. HOHFELD, W.N.: *Conceptos jurídicos fundamentales*, op. cit., págs. 47 y ss. Vid. también, ROSS, A.: *Sobre el derecho y ...*, op. cit., págs. 155 y ss., así como *Lógica de las normas*, op. cit., 113 y ss., donde modifica parcialmente la tabla de conceptos, aunque mantiene lo sustancial. Un breve comentario de la presentación de Ross, con una versión más simplificada de la misma, puede verse en MENDONCA, D.: *Introducción al análisis normativo*, op. cit., págs. 145 a 147.

³²³ ROSS, A.: *Sobre el derecho y ...*, op. cit., pág. 160.

³²⁴ En concreto, Ross adscribe a la competencia en el ámbito de los particulares las notas de no-cualificada (todo el mundo la tiene), autónoma (se usa para obligar a la propia persona competente), discrecional (se ejerce libremente) y transferible (puede transmitirse a otro). Por contra, la competencia propia de las autoridades públicas es caracterizada como cualificada, heterónoma, en interés público y no transferible. Cfr. ROSS, A.: *Lógica de las normas*, op. cit., pág. 125. Vid. también ROSS, A.: "Sobre los conceptos de 'Estado' y 'órganos del Estado' en derecho constitucional", en ROSS, A.: *El concepto de validez y ...*, op. cit., págs 90 y 91.

³²⁵ Cfr. ROSS, A.: *Lógica de las normas*, op. cit., pág. 123.

Las normas de competencia son, pues, aquellas que establecen (constituyen) la capacidad de crear normas jurídicas. Ahora bien, Ross advierte que deben distinguirse dos tipos de normas referidas a la competencia: las normas propiamente de competencia, que instauran la capacidad, y las normas de conducta que regulan el ejercicio de la competencia. Éstas últimas establecen una serie de obligaciones y prohibiciones respecto del uso que la autoridad debe hacer de su competencia³²⁶.

Entre los dos tipos de normas hay una diferencia sustancial en cuanto a los efectos de su inobservancia³²⁷. Así, mientras que el efecto del apartamiento de lo establecido por la norma que confiere la competencia es la nulidad de lo dictado, el efecto del incumplimiento de los deberes respecto del ejercicio de la competencia es la responsabilidad del órgano actuante, sin que ello afecte a la validez de lo dictado. Por ejemplo:

³²⁶ Esta distinción es especialmente importante, por cuanto es incompatible con una teoría que defienda el carácter normativo de permiso respecto de las normas de competencia. No es incompatible, en cambio, sostener la existencia de normas de competencia y de normas reguladoras del ejercicio de la competencia si se sostiene que las primeras son mandatos indirectos dirigidos, no a las propias autoridades competentes, sino a aquellos que deben obedecer las normas dictadas en función de la competencia. La razón de la compatibilidad en este caso cabe encontrarla en el hecho de que los sujetos normativos de ambos tipos de normas son distintos.

³²⁷ No uso aquí la palabra *incumplimiento* por cuanto da idea de la existencia de un mandato u obligación, mientras que las normas de competencia, aquí entendidas como reglas constitutivas o definiciones, no pueden ser cumplidas ni incumplidas.

"Un órgano administrativo puede estar obligado a consultar a ciertas personas antes de tomar una decisión. Si la violación de tal exigencia no se traduce en anulabilidad, entonces no hay limitación de la competencia, sino únicamente un deber, cuya transgresión hace responsable al órgano."³²⁸

Obviamente, no siempre es posible distinguir con claridad cuando el efecto vinculado a la inobservancia de una norma referida a la competencia es el de la anulabilidad o el de la responsabilidad³²⁹. Ello tiene el inconveniente de no permitir identificar inequívocamente en muchos casos si nos encontramos ante una norma de competencia o ante una norma de conducta que regula el ejercicio de la competencia. Así, en una larga, pero creo que interesante, cita de Ross puede leerse:

"Si las leyes estuvieran cuidadosamente pensadas y redactadas con precisión, no sería difícil decidir si una regla dada tenía el sentido de una regla de competencia (cuyo quebrantamiento produciría invalidez) o de una norma de conducta regulador del ejercicio del poder (cuyo quebrantamiento produciría responsabilidad). Pero, desgraciadamente, esto no ocurre siempre. Si por

³²⁸ Cfr. ROSS, A.: *Sobre el derecho y ...*, op. cit., pág. 199. En el mismo sentido, ROSS, A.: "Sobre los conceptos de 'Estado' y ...", op. cit., págs. 89 y 90.

³²⁹ La dogmática suele distinguir entre la nulidad y la anulabilidad de una norma. Esta distinción, no obstante, no es acogida por Ross, por cuanto ambos son términos sinónimos en su obra.

ejemplo, una ley da poder al presidente de la Cámara de Comercio para regular la importación de ciertos bienes, previo sometimiento del asunto al Ministerio de Agricultura, no está claro si tal sometimiento tiene el sentido de una restricción de competencia (con el resultado de que la regulación será inválida si no se efectúa el sometimiento). o si tiene sólo el sentido de una obligación prescrita en una norma de conducta (con la consecuencia de que el presidente de la Cámara de Comercio incurrirá en responsabilidad si no hace el sometimiento). Se trata de una cuestión de interpretación que hay que decidir por los métodos usuales.³³⁰

Como puede observarse, los problemas de interpretación que dificultan la conexión en cada caso de la inobservancia de una norma referida a la competencia con la invalidez o la responsabilidad, no es suficiente, en opinión de Ross, para desvirtuar la diferencia entre ambos tipos de efectos y de normas a las que están vinculados³³¹.

³³⁰ Vid. ROSS, A.: *Lógica de las normas*, op. cit., pág. 124.

³³¹ Un criterio de distinción entre los dos tipos de normas referidas a la competencia extremadamente parecido al de Ross, puede encontrarse en BULYGIN, E.: "Sobre las normas de competencia", op. cit., pág. 497.

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

Hasta aquí, han sido expuestos las dos principales concepciones del pensamiento de Alf Ross respecto del carácter de las normas de competencia. Tradicionalmente, partiendo de una concepción de las normas que presenta como excluyentes las reglas constitutivas y las regulativas, se ha defendido la existencia de una evolución en la obra de Ross. De acuerdo con esta tesis evolucionista, Ross asumiría en *Sobre el derecho y la justicia* una teoría prescriptivista de las normas de competencia (como obligaciones indirectas), mientras que en *Lógica de las normas* el autor defendería una teoría de las normas de competencia como reglas constitutivas³³².

En mi opinión, en cambio, no puede sostenerse esta tesis evolucionista del pensamiento de Ross respecto de las normas de competencia. Como se ha podido observar, son abundantes las referencias expresas que se hacen tanto

³³² Son de esta opinión, por ejemplo, Bulygin (quien afirma que "Alf Ross parece haber cambiado totalmente su posición en Ross 1968. En este libro él ya no considera que las normas de competencia sean mandatos dirigidos a los jueces, indirectamente formulados, como en Ross 1958."), González Lagier y Mendonca. Vid. BULYGIN, E.: "Sobre las normas de competencia", op. cit., pág. 491; GONZÁLEZ LAGIER, D.: *Acción y norma en G.H. von Wright*, op. cit., pág. 379; y MENDONCA, D.: *Introducción al análisis normativo*, op. cit., pág. 148.

en *Sobre el derecho y la justicia* como en *Lógica de las normas* a ambas formas de entender el carácter de las normas de competencia³³³.

Siendo así, sólo quedan dos tesis para asumir: o bien mantener la incoherencia de las ideas del teórico danés en este punto, o bien presentar una reconstrucción diversa de su pensamiento que haga compatibles las dos teorías expuestas respecto de las normas de competencia. En lo sucesivo, sin excluir de ningún modo la primera de las posibilidades, intentaré exponer una versión que haga coherente a Ross, aun cuando para ello sea necesario prescindir excepcionalmente de alguna cita divergente al respecto.

Hay al menos dos posibles reconstrucciones que hacen posible la defensa simultánea de los dos modelos de normas de competencia presentados aquí. La primera, consiste en rechazar que las categorías de regla constitutiva y regulativa sean excluyentes entre sí, de modo que, en el caso que nos ocupa, una norma de competencia podría sería al mismo tiempo una obligación

³³³ Cfr. sobre las normas de competencia como obligaciones indirectas: ROSS, A.: *Sobre el derecho y ...*, op. cit., págs. 32, 33, 50, y *Lógica de las normas*, op. cit., págs. 113 y 114. Sobre las normas de competencia como reglas constitutivas o definiciones, pueden verse ROSS, A.: *Sobre el derecho y ...*, op. cit., págs. 77, 78, 161, 198, 199 y 202; y *Lógica de las normas*, op. cit., págs. 57 a 60, 93, 123 y 124. Sí podría sostenerse, no obstante, de forma plausible que entre las dos obras fundamentales de Ross se produce un cambio de énfasis. Así, mientras en *Sobre el derecho y la justicia* se haría hincapié en la tesis de las normas de competencia como obligaciones indirectas, en *Lógica de las normas* se pondría el acento en la tesis de las normas de competencia como reglas constitutivas o definiciones.

indirecta y una regla constitutiva. Sucede, no obstante, que Ross parece desarrollar el concepto de regla constitutiva por oposición al de regla regulativa³³⁴.

La segunda posibilidad, que creo más fructífera, consiste en reconsiderar el significado de la expresión según la cual una norma de competencia es una "norma de conducta indirectamente expresada"³³⁵. En este punto, serán consideradas dos posibles interpretaciones de esta ambigua expresión:

i) En primer lugar, podría tratarse de normas de conducta que prescriben obediencia a las ulteriores normas que se dicten en función de la competencia. Esta alternativa y los problemas que comporta han sido ya extensamente analizados en el capítulo primero y en el epígrafe 2.2 de este capítulo.

³³⁴ Cfr. ROSS, A.: *Lógica de las normas*, op. cit., págs. 57 y ss. A pesar de ello, parece que, para Ross, las reglas constitutivas establecen "pautas" de comportamiento. En este sentido dice que las normas de competencia son "pauta(s) de acción en un sentido diferente de las normas de conducta, porque únicamente indica(n) una pauta que tiene que ser seguida para crear directivas válidas". Vid. ROSS, A.: *Sobre el derecho y ...*, op. cit., pág. 202. Un punto de vista similar respecto de las reglas constitutivas de Ross puede verse en ALARCÓN CABRERA, C.: *Normas y paradojas*, Tecnos, Madrid, 1993, págs. 52 y 53.

³³⁵ Vid., por ejemplo, ROSS, A.: *Sobre el derecho y ...*, op. cit., pág. 32.

ii) En segundo lugar, cabe interpretar que Ross quiere decir que se trata de reglas que sólo indirectamente establecen aquello que debe o no hacerse. De este modo, las normas de competencia, cumplirían la función de identificar las reglas de conducta que directamente establecen las obligaciones y pueden o deben ser aplicadas por los tribunales. Se trataría de reconducir la interpretación del primer modelo de normas de competencia hacia el segundo modelo expuesto. Operando de esa manera, se podría reconstruir mejor, quizás, lo sustancial del pensamiento de Ross respecto de las normas de competencia, permitiendo ofrecer una teoría completa y coherente. Para mostrar la fertilidad de esta interpretación, ofreceré, en primer lugar, un ejemplo de una norma de competencia como norma de conducta indirectamente expresada tratada como regla constitutiva y, posteriormente, pondré de manifiesto qué papel juega esta interpretación en el contexto de la noción rossiana de 'derecho vigente'³³⁶.

³³⁶ Conviene llamar nuevamente la atención sobre la distinción entre validez y vigencia. La comprensión de ambos conceptos, de gran importancia en la teoría del derecho de Ross, se ha visto dificultada por una deficiente traducción al inglés, en este punto, de *Om ret og retfaerdighed* (*Sobre el derecho y la justicia*). Así, para aclarar la confusión provocada, Ross afirma que "(...) la palabra *validity* para designar la existencia de una regla -tal como ahora comprendo- es extraña en el uso inglés. Esto muestra lo difícil de la tarea de traducir. En danés, como en alemán, tenemos dos variedades con la misma raíz: *gylding* y *gældende*. Mientras *gylding* funciona de la misma forma que *valid*, la expresión *gældende ret* es usada externamente para designar el derecho existente, el derecho vigente (the *existing law*, the *law in force*)." Vid. ROSS, A.: "Hart sobre el Concepto de Derecho.", op. cit. pág. 473. Las cursivas son del autor. Lo anterior es importante aquí, por cuanto en la interpretación que se propone de la teoría de Ross sobre las normas de competencia juega un destacado papel la noción de 'vigencia'.

Supongamos una norma de competencia que establezca que el Ministro de Trabajo será el competente para dictar la normativa referente a los horarios de trabajo. Si un cliente llega al despacho de un abogado para cuestionarle acerca de lo que, en materia de horarios de trabajo, debe hacer en cada momento, el abogado le puede responder razonablemente, de acuerdo con la norma de competencia presentada, que aquello que en cada caso establezca el Ministro de Trabajo. Así, la norma de competencia indirectamente nos permite saber cuáles son las acciones que nos están obligadas o prohibidas en materia de horarios de trabajo. En ese sentido Ross las llamaría 'normas de conducta indirectamente expresadas'.

Según Ross, el derecho de un país, v. gr. el derecho danés, es el conjunto de reglas referidas al establecimiento y funcionamiento del aparato de fuerza del Estado que está vigente en dicho país, v. gr. Dinamarca. A su vez, que un conjunto de reglas es vigente en un país, significa que

"aceptando el sistema de normas como un esquema de interpretación pod[e]mos comprender las acciones del juez (las decisiones de los tribunales) como respuestas con sentido a condiciones dadas y, dentro de ciertos límites, s[o]mos capaces de predecir esas decisiones (...)." ³³⁷

³³⁷ ROSS, A.: *Sobre el derecho y ...*, op. cit., pág. 34.

Finalmente, que una determinada regla es vigente en un país, esto es, que pertenece al sistema de reglas de dicho país, significa que, bajo ciertas condiciones, dicha regla será adoptada como base para decisiones en controversias jurídicas futuras³³⁸.

Dados estos presupuestos y dado que las normas de competencia no prescriben comportamientos a los jueces y tribunales³³⁹, dichas normas no pueden ser aplicadas directamente por éstos. Siendo así, sólo a través de la aplicación de las normas de conducta dictadas en función de la competencia, es decir de un modo indirecto, puede predicarse que los tribunales usan las normas de competencia y, en este sentido, atribuirles vigencia. En fin, en una larga pero interesante cita pone Ross el acento en el punto adecuado:

"Una norma de competencia determina un procedimiento para establecer directivas jurídicas. La norma de competencia no es en sí misma, en forma inmediata, una directiva: no prescribe un procedimiento como deber. Es una pauta de acción en un sentido diferente de las normas de conducta, porque únicamente indica una pauta que tiene que ser seguida para crear directivas

³³⁸ ROSS, A.: *Sobre el derecho y ...*, op. cit., pág. 73.

³³⁹ Es importante recordar aquí que Ross considera que todas las normas jurídicas tienen como destinatarios a los jueces y tribunales (entendidos en forma amplia, que incluyen a todos los órganos de aplicación del derecho). Vid. ROSS. A.: *Sobre el derecho y ...*, op. cit., pág. 35.

válidas. La norma de competencia no dice que la persona competente está obligada a ejercer la competencia.

Las normas de competencia, por lo tanto, no pueden ser 'aplicadas' (maintained) directamente por los tribunales. Sólo las normas de conducta pueden ser 'aplicadas' directamente. Las normas de competencia sólo pueden adquirir significado en forma indirecta en una acción judicial, como presupuestos para decidir si existe o no una norma válida de conducta."³⁴⁰

He presentado dos de las más significativas teorías respecto de las normas de competencia, ambas presentes en el pensamiento jurídico de Ross, y aparentemente irreconciliables. Una vez rechazadas las interpretaciones habituales que atribuyen al autor un cambio de posición entre sus obras de 1958 y 1968, se ha ofrecido una versión de la tesis de Ross que atribuye a las normas de competencia el status de 'normas de conducta indirectamente expresadas' que la hace coherente con la teoría de las normas de competencia como reglas constitutivas. Como una consecuencia de ello Ross debería ser excluido del elenco de los teóricos que han postulado una reconstrucción prescriptivista de las normas de competencia como obligaciones indirectas. En cambio, bajo la interpretación propuesta de la obra de Ross, las normas de competencia cumplirían la función de identificar las reglas de conducta que

³⁴⁰ Vid. ROSS, A.: *Sobre el derecho y ...*, op. cit., pág. 202.

directamente establecen obligaciones. En ese sentido, en las páginas que preceden he intentado mostrar que la concepción de las normas de competencia que Ross defiende no presenta grandes diferencias con la que sostiene Hart y es, en algún sentido, predecesora de la de Alchourrón y Bulygin.

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

En su artículo "Definiciones y normas", publicado en 1983, Alchourrón y Bulygin abandonan explícitamente la tesis permisivista acerca de las normas de competencia que habían sostenido hasta el momento³⁴¹. En ese artículo apuntan la idea, que más tarde será desarrollada en solitario por Bulygin³⁴², de que las normas de competencia pertenecen a la categoría de las reglas conceptuales o determinativas, esto es, a la categoría de las definiciones³⁴³.

En este sentido, puede decirse que la tesis ahora defendida por Alchourrón y Bulygin³⁴⁴ se encuadra en la línea iniciada por Hart y Ross. Ahora bien, no está claro qué es lo definido por las normas de competencia, según la tesis

³⁴¹ Cfr. ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: "Definiciones y normas", op. cit., pág. 462.

³⁴² Vid. BULYGIN, E.: "Sobre las normas de competencia", op. cit.

³⁴³ Vid. ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: "Definiciones y normas", op. cit., págs. 462 y 463.

³⁴⁴ Debe advertirse que Bulygin ha señalado posteriormente que, "La idea de que las llamadas normas de competencia no pueden reducirse a normas de conducta por contener un ingrediente definitorio parece sana, pero no es muy claro si tales normas pueden reducirse a meras definiciones.". Cfr. BULYGIN, E.: "Introducción", en ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: *Análisis lógico y Derecho*, op. cit., pág. XXXI.

que estoy presentando. Así, Bulygin ofrece al menos cuatro respuestas a esta cuestión:

(1) "Las normas de competencia, como las reglas de un juego, no exigen determinadas conductas; no imponen obligaciones o prohibiciones, sino que *definen las formas en que se hacen los contratos, los testamentos o los matrimonios para que éstos sean jurídicamente válidos (...)*".³⁴⁵

(2) "Lo que tienen en común las reglas de un juego y las normas de competencia es que ellas definen ciertos tipos de conductas".³⁴⁶

(3) "(...) las normas que establecen la competencia del legislador (en su aspecto personal, material y procesal) *definen el concepto de legislador y hacen posible la actividad de legislar*".³⁴⁷

(4) "Son las reglas de competencia las que *definen qué ha de entenderse por un contrato, un testamento o una promesa y hacen posible llevar a cabo actividades tales como contratar, testar o prometer*".³⁴⁸

³⁴⁵ BULYGIN, E.: "Sobre las normas de competencia", op. cit., pág. 490. La cursiva es mía.

³⁴⁶ BULYGIN, E.: "Sobre las normas de competencia", op. cit., pág. 490. La cursiva es del autor. El subrayado es mío.

³⁴⁷ BULYGIN, E.: "Sobre las normas de competencia", op. cit., pág. 497. La cursiva es mía.

³⁴⁸ BULYGIN, E.: "Sobre las normas de competencia", op. cit., pág. 497. La cursiva es mía.

Vale la pena considerar la posibilidad de que las cuatro respuestas puedan ser interpretadas de modo coincidente. En ese sentido, (1) y (2) podrían considerarse equivalentes, por cuanto tiene sentido suponer que las conductas a las que hace referencia (2) son precisamente las de *hacer* contratos, testamentos o matrimonios. Aunque ya no es tan claro si es lo mismo definir las formas en las que se hacen los contratos, los testamentos, etc., que definir qué ha de entenderse por contrato, testamento, etc., sostengo que también en ese caso, pueden considerarse equivalentes (1) y (2) con (4). La razón es la siguiente: dado que todo acto institucional (v. gr. la realización de un contrato) tiene como *sustrato* una acción natural y que sólo en virtud de determinadas reglas esa acción natural vale como acto institucional, entonces al menos una de las formas de definir un acto institucional (v. gr. la realización de un contrato) consiste en identificar las acciones naturales que están en su *sustrato*³⁴⁹. Así, bajo esa perspectiva, definir qué ha de entenderse por 'contrato' o 'testamento' es lo mismo que definir las formas en que se

³⁴⁹ Sobre las nociones de hecho o acto institucional y de hecho bruto o acción natural, puede verse SEARLE, J.: *Actos de habla*, Cátedra, [Trad. Valdés Villanueva, L.ML.], Madrid, 1990, págs. 58 a 61; Id.: *The Construction of Social Reality*, The Free Press, New York, 1995, págs. 27, 34 y 35.

hacen los contratos o los testamentos. En ambos casos se define qué acciones naturales tendrán el valor de acto institucional³⁵⁰.

Queda únicamente por tratar la equivalencia entre (3) y (1), (2) y (4). En (3), Bulygin señala dos notas distintivas de las normas de competencia, a saber, (a) definen el concepto de legislador (o de cualquier otra autoridad normativa) y (b) hacen posible la actividad de legislar (o de cualquier otra actividad normativa). Empezaré por esta última característica. Si se asume, como hace Bulygin, que las normas de competencia definen qué ha de entenderse por contrato o por ley en un determinado sistema normativo, entonces está claro que es conceptualmente imposible realizar la actividad de contratar o de legislar de forma previa a la mencionada definición, puesto que esa definición crea (estipula) el propio concepto de contrato o de ley. Esto no significa, evidentemente, que haya inconvenientes conceptuales para la realización de las acciones naturales que son el *sustrato* de la actividad de contratar o de legislar; implica únicamente que a esas acciones naturales no se les puede otorgar valor de acciones institucionales de forma previa a la

³⁵⁰ No es casualidad que el propio Bulygin apoye su concepción de las normas de competencia en la teoría de las reglas constitutivas de Searle, quien atribuye a dichas reglas la forma canónica de 'x tiene valor de y'. Cfr. BULYGIN, E.: "Sobre las normas de competencia", op. cit., pág. 492; y SEARLE, J.: *Actos de habla*, op. cit., pág. 43.

definición³⁵¹. Es en este sentido que se puede decir que la definición estipulativa de 'ley' hace posible la actividad de legislar³⁵².

Cabe señalar que la distinción searlina entre hechos brutos e institucionales ha sido criticada por Guastini en el sentido de que parece tratarse de una distinción ontológica y ello supone una duplicación del mundo³⁵³. Esta es, como ha mostrado Guastini, una interpretación plausible a partir de los textos de Searle, aunque, en mi opinión, no la única. En efecto, ni Searle ni, por supuesto, Bulygin, tienen necesidad alguna de suponer una división ontológica del mundo en hechos brutos e institucionales. Pueden sostener simplemente que las acciones naturales o los hechos brutos pueden ser vistos, a través del prisma de determinadas reglas constitutivas (en

³⁵¹ Vid. BULYGIN, E.: "Sobre las normas de competencia", op. cit., pág. 497.

³⁵² Tanto las definiciones a las que hacen referencia Alchourrón y Bulygin como las reglas constitutivas de Searle caen dentro de la categoría de las reglas eidético-constitutivas delineada por Conte. Vid. CONTE, A.G.: "Regole eidetico-costitutive", en *Nuova civiltà delle macchine*, año III, nº 3-4, 1985, págs. 29 y ss. Este tipo de reglas determinan la connotación de un término (Cfr. CONTE, A.G.: "Materiali per una tipologia delle regole", en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1985, págs. 362-363) y "están en relación de condición necesaria con la posibilidad de aquello de lo cual son reglas: en *primer lugar*, las reglas eidético-constitutivas son condición necesaria de posibilidad de aquello de lo cual son reglas en el sentido de que son condición necesaria de los *types*; en *segundo lugar*, las reglas eidético-constitutivas son condición necesaria de posibilidad de aquello de lo cual son reglas en el sentido de que la conformidad a todas las reglas eidético-constitutivas deónticas es condición necesaria para que haya un *token* de aquellos *types*." AZZONI, G.M.: *Il concetto di condizione nella tipologia delle regole*, CEDAM, Padova, 1988, pág. 16.

³⁵³ Vid. GUASTINI, R.: "Teorie delle regole costitutive", op. cit., pág. 557.

el caso de Searle) o de determinadas definiciones (en la versión de Bulygin), como (con el valor de) hechos institucionales³⁵⁴.

Finalmente, Bulygin sostiene también (3.a) que las normas de competencia definen a la autoridad normativa. Parece claro que una cosa es definir qué ha de entenderse por 'ley' o por 'sentencia' y otra distinta definir qué ha de entenderse por 'legislador' o por 'juez'. Por tanto, según Bulygin, las normas de competencia definen los conceptos de 'norma válida' ('contrato válido', 'sentencia válida', 'ley válida', etc.³⁵⁵) y de 'autoridad normativa'. Puede decirse pues, en este sentido, que Bulygin es un fiel seguidor de la concepción de las normas de competencia sostenida por Hart y Ross³⁵⁶.

³⁵⁴ Puede verse un análisis crítico de la distinción searliana entre hechos brutos e institucionales en CHERRY, CH.: "Regulative Rules and Constitutive Rules", en *The Philosophical Quarterly*, 1973.

³⁵⁵ Aunque Bulygin no hace referencia a la validez en ninguna de las cuatro respuestas estudiadas, creo que esa noción está presupuesta. Si el derecho español contiene una o más normas de competencia que definen qué ha de entenderse por 'sentencia', es obvio que esa definición se refiere a qué debe entenderse por 'sentencia' en el derecho español, sin excluir de ningún modo que en el derecho francés o en el australiano deba entenderse otra cosa. Así, la definición de 'sentencia' es, en realidad, la definición de 'sentencia válida' en el sistema de referencia.

³⁵⁶ Vid. HART, H.L.A.: *El Concepto de Derecho*, op. cit., págs. 95 y 96; ROSS, A.: *Sobre el derecho y ...*, op. cit., págs. 77 y 78; Id.: *Lógica de las normas*, op. cit., págs. 93 y 123; Id.: "Sobre la auto-referencia y ...", op. cit., pág. 50.

3.1. El argumento de la nulidad.

La distinción enfatizada por Hart entre los conceptos de sanción y de nulidad³⁵⁷, es utilizada por Alchourrón y Bulygin como argumento de refuerzo en favor de la tesis del carácter definitorio de las normas de competencia. Así,

"La presencia de estas dos instituciones -sanción y nulidad- es un claro síntoma de la existencia en el derecho de dos tipos de reglas radicalmente distintas: normas de conducta, por un lado, y reglas conceptuales o definiciones, por el otro."³⁵⁸

Es más,

"El argumento de Hart de que la nulidad es parte de la regla secundaria muestra claramente que en las reglas secundarias o al menos en las que confieren potestades hay un ingrediente que no se deja reducir a reglas de conducta (que

³⁵⁷ Cfr. HART, H.L.A.: *El Concepto de Derecho*, op. cit. págs. 42 a 45.

³⁵⁸ Vid. ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: "Definiciones y normas", op. cit., pág. 463.

ordenan, prohíben o permiten), sino que pertenece a la categoría de las reglas conceptuales o determinativas, es decir, definiciones."³⁵⁹

En fin, como ya defendiera Hart, la nulidad está conectada necesariamente a la definición³⁶⁰, de modo que si las normas de competencia definen qué debe entenderse por contrato válido, decir que determinado contrato es nulo o inválido significa sin más que no se da alguna o algunas de las características definatorias para que ese acuerdo sea un contrato (del sistema de referencia).

Acerca de la competencia hay (o puede haber) en los sistemas jurídicos algo más que definiciones. En efecto, es usual encontrar la presencia de normas de conducta que regulan el uso de la competencia, obligando, prohibiendo o permitiendo su ejercicio. Ahora bien, ante una determinada disposición jurídica

³⁵⁹ Vid. ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: "Definiciones y normas", op. cit., págs. 462 y 463. En el mismo sentido, BULYGIN, E.: "Sobre las normas de competencia", op. cit., pág. 496.

³⁶⁰ Más exactamente, Hart afirma que la nulidad es consecuencia del no seguimiento de las reglas secundarias del sistema que, de acuerdo con la interpretación que he sostenido en la primera parte de este capítulo, pueden ser concebidas como definiciones.

"(...) -dada la confusión terminológica imperante entre los juristas- no siempre es fácil discernir si se trata de una norma de competencia (definitoria o constitutiva) o una norma de conducta. Pienso que uno de los criterios puede ser el siguiente: cuando el «poder jurídico» subsiste a pesar de la prohibición de ejercerlo (como en el caso del juez que firma una demanda) se trata de competencia; cuando la prohibición hace desaparecer el «poder jurídico» se trata de un permiso, una libertad o un privilegio otorgados por una norma de conducta y no por una regla conceptual."³⁶¹

En mi opinión, acierta Caracciolo al impugnar el criterio de distinción entre normas de competencia y normas de conducta acerca de la competencia presentado por Bulygin. El criterio distintivo propuesto gira en torno a los efectos jurídicos de la existencia coetánea de diversas disposiciones acerca de la competencia y, en ese sentido, está ligado a las nociones de validez y nulidad³⁶². Sin embargo, debe advertirse que "si lo que asegura la «validez» del resultado es la conformidad del acto a una regla constitutiva, entonces, para saber si una prohibición convierte en «nulo» un resultado institucional, es necesario primero determinar el status de la regla, y no viceversa"³⁶³. Esto es, no es posible determinar el carácter de una regla

³⁶¹ Cfr. BULYGIN, E.: "Sobre las normas de competencia", op. cit., pág. 497.

³⁶² Vid. MENDONCA, D.: *Introducción al análisis normativo*, op. cit., págs. 165 y 166.

³⁶³ Cfr. CARACCIOLO, R.: "Due tipi di potere normativo", op. cit., nota 14 en la pág. 205.

atendiendo a los efectos que esa regla produce, puesto que para establecer esos efectos hay que conocer de antemano el carácter de la regla.

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

Primera: Aguiló ha criticado agudamente la concepción de Alchourrón y Bulygin que trata a las normas de competencia como definiciones. Aunque su crítica va dirigida explícitamente a esos autores, creo que puede extenderse sin excesivos problemas a Hart y Ross que, como he intentado mostrar, defienden tesis equivalentes. El argumento de Aguiló parte de considerar acertado el ligamen entre las normas de competencia y la nulidad; es más, para él, "la validez o la nulidad sólo pueden predicarse con sentido de los actos creadores de normas (o de las normas creadas por esos actos) y de los actos aplicadores de normas (o del contenido de las decisiones tomadas en esos actos). Y tanto los actos creadores de normas como los aplicadores de normas son los típicos actos regulados por las reglas que confieren poderes."³⁶⁴ La atribución de nulidad o validez a otras normas o actos es, pues, una característica peculiar de las normas de competencia. En fin, dado que ni las demás definiciones legales ni las definiciones privadas tienen que

³⁶⁴ Cfr. AGUILÓ, J.: "Sobre «Definiciones y normas»", en *DOXA*, nº 8, 1990, pág. 280.

ver con la nulidad o la validez, no es correcta, según Aguiló, la inserción de las normas de competencia en la clase de las definiciones³⁶⁵.

Creo, no obstante, que la crítica de Aguiló puede ser salvada al menos de dos formas. En primer lugar, basta considerar que la nulidad es la negación de la pertenencia a la clase de referencia. Así, por ejemplo podría decirse que la afirmación de que alguien es un heredero nulo no significaría otra cosa que no pertenece a la clase de los herederos. Pero esta es una noción de 'nulidad' extraña al uso común del término. En segundo lugar, podría considerarse que lo que tienen de particular las normas de competencia es precisamente que, siendo definiciones, el *definiendum* de las mismas es 'norma válida' (o, más concretamente, 'contrato válido', 'sentencia válida', 'ley válida', etc.) o 'acto válido'. Así, si un determinado acto o una norma dada tiene las características señaladas en el *definiens*, entonces será un acto válido o una norma válida para el sistema al que pertenece la norma de competencia. En caso contrario, no será una norma válida o un acto válido, esto es, se tratará de una norma o un acto inválidos o nulos.

³⁶⁵ Afirma Aguiló que respecto de las definiciones, sean legales o privadas, "las cuestiones que se suscitan giran en torno a la pertenencia o no a determinadas clases: por ejemplo, si un sujeto es o no heredero, si una acción es o no homicidio o (ejemplo de definición privada) si una determinada persona es o no conservadora. Y, finalmente, y es lo más importante, de ninguna de esas palabras (ni de los objetos, sujetos o acciones por ellas denotados) tiene sentido predicar la validez o la nulidad." Vid. AGUILÓ, J.: "Sobre «Definiciones y normas»", op. cit., pág. 279.

Segunda: La reconstrucción de las normas de competencia como definiciones de la validez de otras normas tiene el grave inconveniente que produce una superposición entre éstas y los criterios de identificación (en la terminología de Alchourrón y Bulygin) o entre las normas de competencia y la regla de reconocimiento³⁶⁶ (en la terminología de Hart). Así por ejemplo, Bulygin ha presentado diversas formulaciones del criterio de identificación, de las cuales una de las más recientes es la siguiente:

- "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

³⁶⁶ Es indiferente en este punto si la identificación de las normas pertenecientes al derecho es o no la única función de la regla de reconocimiento. Basta aceptar que tiene, como mínimo esa función. En este sentido, me adhiero a la posición de Bulygin, quien afirma que "Parece indiscutible al menos que la regla de reconocimiento suministra criterios para la identificación de las reglas válidas del sistema y, de ese modo, cumple la misma función que nuestros criterios de identificación (aunque no queda excluido que la regla de reconocimiento de Hart esté destinada -en la idea de su autor- a cumplir otras funciones además de la mencionada)." Vid. BULYGIN, E.: "Sobre la regla de reconocimiento", op. cit., pág. 35.

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 .

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 .³⁶⁷

Un criterio de identificación genérico como el que antecede es un esquema definicional. Si la regla (1) especificase qué normas forman parte de la primera constitución, se trataría entonces de una "definición recursiva de «norma válida en un sistema S_t , del orden O_i », en el sentido de que por una aplicación sucesiva de esas reglas se puede establecer en un número finito de pasos si una determinada norma pertenece o no a un determinado sistema del orden considerado."³⁶⁸

³⁶⁷ Vid. BULYGIN, E.: "Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos", op. cit., págs. 263 y 264. Como ya fue advertido en el capítulo anterior, 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.

³⁶⁸ Vid. BULYGIN, E.: "Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos", op. cit., pág. 265.

Más específicamente, la cláusula 2ª define las condiciones de ingreso de una norma formulada dependiente al sistema, tomando como criterio que la norma haya sido dictada por una autoridad facultada por una norma de competencia del mismo sistema. Por ello, si la norma de competencia es, a su vez, una definición de la validez de las normas dictadas por esa misma autoridad, esa norma de competencia hace superflua a la cláusula 2ª del criterio de identificación. En efecto, dicha cláusula podría ser formulada ahora del siguiente modo:

2. Si una norma N_j es válida en un sistema S_t , que pertenece a O_i , y N_j define como válida a la norma N_k , y N_k es promulgada por la autoridad x , 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 .

O, lo que es lo mismo,

Una norma N_k es válida en una sistema S_{t+1} que pertenece a un orden O_i si, y sólo si, una norma de competencia que pertenezca a S_t la define como norma válida de S_{t+1} ³⁶⁹.

³⁶⁹ El bicondicional sólo es plausible si se supone que N_k es una norma formulada dependiente.

Puede expresarse este mismo argumento mediante el siguiente ejemplo.

Supónganse los enunciados

CI.2: Si una norma N_j es válida en un sistema S_t , que pertenece a O_i , y N_j define como válida a la norma N_k , y N_k es promulgada por la autoridad x , 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 .

N_j : Son válidas las normas que cumplan las condiciones O , P y M ³⁷⁰.

N_k^{opm} : Prohibido fumar en espacios cerrados.

N_k es una norma de conducta en cuya promulgación se han cumplido las condiciones O , P y M (aspecto indicado por el superíndice). N_j es una norma de competencia que pertenece al sistema jurídico S_t y que define como válidas las normas que cumplan con los requisitos O , P y M . De acuerdo con lo establecido en N_j , N_k es una norma válida en el sistema de referencia. Se observa, entonces, que resulta innecesario recurrir a lo establecido por la segunda cláusula del criterio de identificación (CI.2) para identificar las normas formuladas dependientes válidas en el sistema.

³⁷⁰ Donde O indica el órgano competente para dictar las normas en cuestión; P el procedimiento adecuado, y M la materia sobre la que el órgano es competente.

Creo que este argumento muestra que las normas de competencia entendidas como definiciones de la validez de otras normas y el criterio de identificación del sistema (o al menos algunas de sus cláusulas) superponen sus funciones. Resulta claro que la función del criterio de identificación es definir qué normas pertenecen al sistema (y qué sistemas pertenecen al orden), así como que para cumplir tal función algunas de sus cláusulas - aquellas que den cuenta del carácter dinámico del orden- tienen que hacer referencia a normas de competencia. Ahora bien, como en otros lugares han advertido los mismos Alchourrón y Bulygin, no deben confundirse esas cláusulas con las normas de competencia³⁷¹. Por ello, considero que vale la pena explorar una reconstrucción de las normas de competencia que, conservando la sana idea del carácter constitutivo de las mismas, evite esta segunda crítica.

Es más, como ya ha sido dicho, éste no es un problema exclusivo de la relación entre las normas de competencia y el que Alchourrón y Bulygin llaman criterio de identificación del sistema. El mismo problema se presenta en la relación entre normas de competencia y regla de reconocimiento, así como, en general, ante cualquier formulación de una regla que tenga la

³⁷¹ Cfr., por ejemplo, ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: *Introducción a la metodología* ..., op. cit., pág. 120.

función de determinar los criterios de pertenencia de las normas al sistema³⁷².

Ello ha sido señalado por Bobbio con especial claridad en relación al binomio normas de competencia y regla de reconocimiento:

"Consideradas en toda su extensión, las normas sobre la producción jurídica ofrecen los criterios necesarios y suficientes para «reconocer» cuales son las normas válidas del sistema. De ello se sigue que, una vez admitida la categoría de las normas sobre la producción jurídica, no se ve claramente qué función específica puede ser atribuida a las reglas de reconocimiento y qué utilidad tiene la introducción de esta nueva categoría de normas secundarias. (...) quien tome en consideración la categoría de las normas sobre la producción jurídica en toda su extensión, no tiene necesidad de duplicarla, ya que el ámbito de aquélla comprende tanto las reglas de cambio como las de reconocimiento."³⁷³

³⁷² Respecto a la confusión entre las normas de competencia y la regla de reconocimiento, puede verse GÓMEZ, A.C.: "Acerca de la vinculación de la regla de reconocimiento con las restantes reglas secundarias", en AA.VV.: *Derecho, filosofía y lenguaje ...*, op. cit., págs. 50 a 52; PECES BARBA, G.: "Prólogo", en PÁRAMO, J.R. de: *H.L.A. Hart y la teoría ...*, op. cit., pág. XXIII; RUIZ MANERO, J.: *Jurisdicción y normas*, op. cit., págs. 114 y ss.

³⁷³ Vid. BOBBIO, N.: "Norme secondarie", op. cit., pág. 240. Finalmente, puede verse un intento de superación de este problema apelando a la normatividad de la regla de reconocimiento en RUIZ MANERO, J.: *Jurisdicción y normas*, op. cit., págs. 118 y ss.; y RUIZ MIGUEL, A.: "El principio de jerarquía normativa", op. cit., págs. 150 y ss. No obstante, en mi opinión no basta suponer el carácter normativo de la regla de reconocimiento para evitar el peso de esta segunda crítica; es necesario también negar a la regla de reconocimiento la función identificadora de las normas válidas del sistema, cosa que me parece difícilmente conciliable con la teoría del derecho de Hart.

Tercera: En mi opinión, resulta bastante claro que no se pueden definir las normas (formuladas dependientes) válidas en un determinado sistema normativo sin hacer referencia a normas de competencia. Ahora bien, ello no implica que las normas de competencia sean ellas mismas definiciones de esa validez³⁷⁴. Así, del mismo modo que para definir 'ladrillo' hacemos referencia a características como su forma, color o composición química, pero no son ellas mismas la definición de 'ladrillo'; la existencia de una norma de competencia que conceda competencia para dictar una determinada norma es una de las características definitorias de su validez, pero no es ella misma la definición de la validez. Por ello, el criterio de identificación, que como bien dice Bulygin es una "definición recursiva de «norma válida en un sistema S_i , del orden $O_i \gg$ \"", debe hacer referencia a las normas de competencia, puesto que su existencia es característica necesaria para que algo sea una norma válida de ese sistema, pero no debe confundirse con las propias normas de competencia.

³⁷⁴ De hecho, la distinción entre el criterio de identificación (que define las normas válidas del sistema) y las normas de competencia (a las que aquella definición hace referencia), es compatible con cualquiera de las concepciones de las normas de competencia estudiadas hasta el momento.

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.

Eugenio Bulygin publicó en 1991 "Sobre las normas de competencia", un artículo que supuso, principalmente entre los filósofos del derecho de habla hispana, un importante estímulo para el debate intelectual respecto al carácter de las normas de competencia. En ese artículo, Bulygin presentó una clasificación tripartita de las teorías acerca del carácter de las normas de competencia. Las dos primeras son tesis reductivistas, ya sea por considerar que las normas de competencia imponen algún tipo de obligación, ya sea por entender que confieren permisos. La última, que, como se ha estudiado en el capítulo anterior, fue defendida por Bulygin en ese artículo, considera erróneo *reducir* las normas de competencia a prescripciones. Éstas serían, según Bulygin, definiciones (o reglas conceptuales o, en el sentido de Searle, reglas constitutivas)³⁷⁵.

En este punto se abren dos alternativas. Puede interpretarse, en primer lugar, que lo que caracteriza al tercer tipo de teorías es su carácter no

³⁷⁵ Vid. BULYGIN, E.: "Sobre las normas de competencia", op. cit., págs. 496 y 497. Hay versión inglesa del mismo artículo en BULYGIN, E.: "On Norms of Competence", en *Law and Philosophy*, vol. 11, n° 3, 1992. Asumo aquí la terminología de Bulygin en cuanto a la distinción entre tesis reductivistas y no reductivistas, siempre que ello se entienda por referencia al encuadramiento o no de las normas de competencia dentro de la categoría de las reglas de conducta. Fuera de ese ámbito limitado de comparación, es obvio que también la tesis defendida por Bulygin en ese artículo es reductivista, por cuanto encuadra las normas de competencia en la categoría de las definiciones, esto es, las *reduce* a definiciones. Cfr. respecto de este punto, HERNÁNDEZ MARÍN, R.: "Autoridad-Competencia", en *Enciclopedia Latinoamericana de Filosofía*, monográfico: El derecho y la justicia, n° 11, Trotta, Madrid, 1996, pág. 128.

reductivista o, en segundo lugar, puede entenderse que su rasgo específico es la atribución de carácter definitorio a las normas de competencia. Si se toma la primera de las interpretaciones de la clasificación presentada, puede decirse que la tesis no reductivista de las normas de competencia no es unitaria. Si, en cambio, se considera el carácter definitorio de las normas de competencia como rasgo distintivo del tercer tipo de teorías, entonces cabe concluir que la clasificación de Bulygin no es completa, puesto que se han defendido tesis no reductivistas que rechazan ese carácter definitorio³⁷⁶.

En lo que a mi respecta, me interesa únicamente destacar que hay tesis encontradas en la posición no reductivista, así como ofrecer una explicación de los puntos de desacuerdo existentes dentro de esa posición. Finalmente, a partir del epígrafe tercero y en el siguiente capítulo, ofreceré una versión de la tesis no reductivista que abarcará los siguientes puntos: i) la referencia del concepto 'norma de competencia', ii) una definición de competencia, iii) la relación entre competencia y validez, y iv) el carácter de las normas de competencia.

³⁷⁶ Vid., por ejemplo, AGUILÓ, J.: "Sobre «Definiciones y normas»", op. cit., págs. 277 y ss.; y ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J.: "Sulle regole che conferiscono poteri", op. cit., págs. 63 y ss.; Id.: *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996, págs. 54 y ss.

1. Las diferentes posiciones de la tesis no reductivista.

Según Bulygin, las normas de competencia son reglas conceptuales o constitutivas:

"Pienso que la distinción entre reglas conceptuales y normas de conducta o -lo que equivale a lo mismo- entre reglas constitutivas y reglas regulativas suministra una interesante herramienta conceptual para explicar el oscuro concepto del poder jurídico. (...) En esta interpretación, las normas que establecen la competencia del legislador (...) definen el concepto de legislador y hacen posible la actividad de legislar."³⁷⁷

Las reglas conceptuales de Bulygin definen conceptos³⁷⁸. Pertenecen a esa categoría las reglas de la gramática, de la lógica, de la matemática o de los juegos. Estas reglas son, al decir de Bulygin, constitutivas en el sentido de Ross o Searle³⁷⁹ (y del mismo tipo que las reglas determinativas de von

³⁷⁷ BULYGIN, E.: "Sobre las normas de competencia", op. cit., págs. 496-497; y ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: "Norma jurídica", en *Enciclopedia Latinoamericana de Filosofía*, monográfico: El Derecho y la Justicia, nº 11, Trotta, Madrid, 1996, pág. 139.

³⁷⁸ Vid. BULYGIN, E.: "Sobre la regla de reconocimiento", op. cit., pág. 384; Id.: "Sobre las normas de competencia", op. cit., pág. 493.

³⁷⁹ También Guastini, en un trabajo comparativo entre los conceptos de regla constitutiva usados por Searle, Ross y Carcaterra, pone de relieve las semejanzas entre las teorías de esos dos autores. Vid. GUASTINI, R.: "Teorie delle regole costitutive", op. cit., págs. 549 y 550.

Wright)³⁸⁰. Ello supone que todas esas reglas pueden ser entendidas como definiciones (cabe entender que estipulativas)³⁸¹.

Por otra parte, la asimilación entre reglas constitutivas y definiciones puede encontrarse en el mismo Searle, quien afirma que:

"(...) Si nuestros paradigmas de reglas son reglas regulativas imperativas, tales reglas constitutivas no imperativas han de sorprendernos probablemente como extremadamente curiosas e incluso difícilmente como reglas en absoluto. Obsérvese que tienen casi carácter *tautológico*, puesto que lo que la «regla» parece ofrecer es una *definición* parcial de «jaque mate» o «touchdown». Pero, naturalmente, este carácter cuasi tautológico es una consecuencia necesaria del hecho de que sean reglas constitutivas: las reglas concernientes a touchdowns deben definir las noción de «touchdown» del mismo modo que las reglas que

³⁸⁰ BULYGIN, E.: "Sobre las normas de competencia", op. cit., págs. 493 y 494. También Alarcón Cabrera asimila los conceptos de regla constitutiva de Ross y Searle y el de regla determinativa de von Wright. Vid. ALARCÓN CABRERA, C.: "Sobre el concepto y tipología de las reglas constitutivas", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, VIII, 1991, pág. 274.

³⁸¹ La asimilación de las reglas constitutivas de Searle a definiciones puede encontrarse también en GUASTINI, R.: "Teorie delle regole costitutive", op. cit., pág. 559. En un trabajo posterior, también Mendonca-Moreso-Navarro asimilan las categorías de regla conceptual y regla constitutiva. Vid. MENDONCA, D.; MORESO, J.J. y NAVARRO, P.E.: "Intorno alle norme di competenza", en COMANDUCCI, P. y GUASTINI, R. (eds.): *Analisi e diritto 1995. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 1995, págs. 228 y 229. Por último, puede citarse un reciente análisis crítico de Celano acerca del último libro de Searle, *The Construction of Social Reality*, en el que Celano sostiene que, si se lleva la tesis de Searle hasta sus últimas consecuencias, las reglas constitutivas de Searle son definiciones, en el sentido de expedientes notacionales, cuya función es la de reformular, en forma abreviada, conjuntos de normas condicionales. Vid. CELANO, B.: "Fatti istituzionali: la teoria de J.R. Searle" manuscrito, pág. 36.

conciernen al fútbol definen «fútbol». Que, por ejemplo, un touchdown puede ser marcado de tales y tales maneras y cuente como seis puntos, puede aparecer algunas veces como una regla, otras veces como una *verdad analítica*; y que pueda ser interpretada como una *tautología* es una pista para el hecho de que la regla en cuestión es constitutiva.³⁸²

Hernández Marín, por su parte, también se ha ocupado del carácter de las normas de competencia. Según él, hay (al menos) dos tipos de disposiciones en el derecho: normas de conducta y disposiciones cualificatorias³⁸³. Éstas últimas, son oraciones que atribuyen una propiedad *p*, o incluyen en una determinada clase *c*, a todas las entidades que tengan otra determinada propiedad *q* o pertenezcan a una cierta clase *s*. Las normas de competencia son, para Hernández Marín, disposiciones cualificatorias,

³⁸² Vid. SEARLE, J.R.: "¿Qué es un acto de habla?", en VALDÉS VILLANUEVA, L.M.L. (ed.): *La búsqueda del significado*, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 434. (Las cursivas son mías). También Conte analiza las reglas constitutivas de Searle y llega a la conclusión que la mayoría de ellas se pueden reconducir a su categoría de reglas eidético-constitutivas: reglas que son condiciones de pensabilidad de su propio objeto, o, en definición del propio Conte, reglas que determinan la connotación de un término. Vid. CONTE, A.G.: "Materiali per una tipologia delle regole", op. cit., págs. 352, 362 y 363.

³⁸³ Vid. HERNÁNDEZ MARÍN, R.: *El Derecho como dogma*, op. cit., pág. 29. Las disposiciones cualificatorias no deben confundirse con las que Peczenik llama 'reglas de cualificación', puesto que para Peczenik todas las normas jurídicas son reglas de cualificación, en la medida en que califican como obligatorios o prohibidos determinados comportamientos. Es interesante observar que la tesis según la cual todas las normas jurídicas son 'reglas de cualificación' mantiene un estrecho paralelismo con la tesis de que todos los enunciados de las normas jurídicas son performativos puesto que todos ellos *cambian* la realidad: convierten, por ejemplo, un comportamiento no regulado en un comportamiento prohibido. Cfr. PECZENIK, A.: "Norms and Reality", en *Theoria*, 1968, págs. 117 y 118.

"(...) pues, efectivamente, una norma o disposición jurídica de competencia es una disposición jurídica que califica como jurídicas o pertenecientes al derecho todas las oraciones que tengan una determinada propiedad: que procedan del órgano *O*, con arreglo al procedimiento *P* y sobre la materia *M*. Por tanto, lo que una norma de competencia califica son oraciones o disposiciones; y la calificación otorgada por una norma jurídica de competencia a las disposiciones a las que se refiere es la de ser válida o jurídica o pertenecer al derecho"³⁸⁴

Creo que no hay excesivos problemas para encuadrar tanto las definiciones de Bulygin como las disposiciones cualificadoras de Hernández Marín bajo la forma canónica que Searle atribuye a las reglas constitutivas, a saber, 'F tiene valor de G'³⁸⁵.

Tampoco Neil MacCormick se aleja sustancialmente de este esquema.

Según él, la forma canónica de una regla que confiere poder es la siguiente:

"Si una persona que tiene la cualificación *q* realiza el acto *a* mediante el

³⁸⁴ Vid. HERNÁNDEZ MARÍN, R.: *El Derecho como dogma*, op. cit., pág. 40. Debe entenderse que los calificativos 'válido (jurídicamente)', 'jurídico' o 'perteneciente al derecho' aplicados a las normas son, en ese contexto, sinónimos.

³⁸⁵ En el caso de Bulygin, como hemos visto, es el propio autor quien hace la asimilación. Hernández Marín, por su parte, propone como notación lógica de un enunciado cualificador simple (como por ejemplo: "los ríos y sus cauces naturales son bienes de dominio público") la siguiente: $(\forall x) (x \in F \rightarrow x \in G)$, que puede ser leída como 'Para todo *x*: si *x* pertenece a la clase *F* entonces *x* pertenece a la clase *G*' o 'todos los *F* son *G*', lo que es equivalente a 'los *F* tienen valor de *G*' que es la forma canónica de las reglas constitutivas de Searle. Cfr. HERNÁNDEZ MARÍN, R.: *Teoría general del Derecho y de la ciencia jurídica*, op. cit., pág. 83.

procedimiento *p* en las circunstancias *c*, entonces una instancia concreta de la institución *I* existe válidamente"³⁸⁶.

Hasta aquí, la situación es más o menos pacífica. Sin embargo, un largo artículo de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, en el que critican las dos posiciones reductivistas de las normas de competencia y también la tesis conceptualista o constitutivista de Bulygin (y de Hernández Marín)³⁸⁷, ha reavivado considerablemente el debate sobre esta materia. El tipo de críticas contra unas y otras teorías no es, sin embargo, el mismo. Respecto a las tesis reductivistas, Atienza y Ruiz Manero les imputan que no son capaces de resolver el problema de las normas irregulares, esto es, de explicar porqué una ley inconstitucional es una ley y una sentencia ilegal es una sentencia. La tesis conceptualista, en cambio, resolvería este problema al distinguir entre normas de competencia y reglas regulativas acerca del ejercicio de la competencia.

³⁸⁶ Vid. MACCORMICK, N.: "Law as Institutional Fact", en MACCORMICK, N. y WEINBERGER, O.: *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Reidel, Dordrecht, 1986, pág. 65. Una formulación sustancialmente equivalente a ésta puede verse en MACCORMICK, N. y BANKOWSKI, Z.: "Speech Acts, Legal Institutions ...", op. cit., págs. 131 y 132; y en RUITER, D.W.P.: *Institutional Legal Facts. Legal Powers and their Effects*, Kluwer academic publishers, Dordrecht, 1993, pág. 92.

³⁸⁷ La asimilación entre las tesis de Bulygin y Hernández Marín ha sido explícitamente aceptada por éste último. Vid. HERNÁNDEZ MARÍN, R.: "Autoridad-Competencia", op. cit., pág. 128. Como se advertirá, la referida asimilación hace pasible a la tesis de Hernández Marín de las observaciones críticas contenidas en el epígrafe 4 del capítulo anterior.

Sin embargo, esta última tesis es susceptible, según Atienza y Ruiz Manero, de una crítica distinta:

"A nuestro juicio, los problemas de la posición que ahora estamos examinando se encuentran más bien en el hecho que parece asimilar en una única categoría - definiciones, reglas conceptuales o constitutivas, disposiciones cualificadoras-disposiciones jurídicas que son entre ellas suficientemente distintas para requerir la elaboración de categorías diversas. Considérense, por ejemplo, las dos disposiciones siguientes (ambas serían definiciones, reglas conceptuales o reglas constitutivas, en la versión de Alchourrón y Bulygin, o disposiciones cualificadoras, en la versión de Hernández Marín):

1) «A los efectos de la presente ley, serán consideradas "fincas rústicas" todas aquellas que presenten las siguientes características ...» .

2) «El testamento no es válido si no se firma en presencia de dos testigos» .

Parece que la disposición (1) cumple la función de identificar las normas expresadas por las formulaciones normativas en las que es empleado el término 'finca rústica'; mientras que la disposición (2), aparte de la función de establecer una condición necesaria para que ciertas manifestaciones de voluntad puedan ser identificadas como 'testamentos', tiene también la función de indicar aquello (o parte de aquello) que debe hacer quien quiera, mediante su acción, generar todo el haz de consecuencias normativas que otras normas vinculan al otorgamiento válido de un testamento. En otras palabras, usando la disposición (1) no se puede hacer otra cosa que identificar las normas contenidas en la ley de que se trate,

mientras que usando la disposición (2) se puede hacer algo más que identificar testamentos: se puede *hacer* testamento".³⁸⁸

Así, Atienza y Ruiz Manero aceptan la caracterización que hacen Alchourrón y Bulygin de las definiciones legislativas, pero rechazan que pueda atribuirse adecuadamente ese carácter a las normas de competencia.

Según ellos,

"(...) una reconstrucción pragmáticamente adecuada del ordenamiento jurídico debería distinguir, cuanto menos, entre normas regulativas (y, en el ámbito de las normas regulativas, entre principios y normas), reglas que confieren poderes y definiciones."³⁸⁹

Las normas de competencia tienen, en la teoría de Atienza y Ruiz Manero, el carácter de reglas anankástico-constitutivas, esto es, de reglas que

³⁸⁸ ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J.: "Sulle regole che conferiscono poteri", op. cit., págs. 66 y 67 (las cursivas son de los autores). Una presentación sustancialmente equivalente puede verse en ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J.: *Las piezas del Derecho...* op. cit., págs. 57 y ss. Dos comentarios críticos, tanto a la *pars destruens* como a la tesis que defienden Atienza y Ruiz Manero, pueden verse en CARACCIOLO, R.: "Due tipi di potere normativo", op. cit.; y MENDONCA, D., MORESO, J.J., Y NAVARRO, P.E.: "Intorno alle norme di competenza" op. cit.

³⁸⁹ Cfr. ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J.: "Sulle regole che conferiscono poteri", op. cit., pág. 74. Posteriormente, han añadido a esta clasificación de los elementos que conforman un sistema jurídico la categoría de las reglas puramente constitutivas. Estas reglas tienen la siguiente forma canónica: "si se da el estado de cosas X se produce el resultado institucional (o cambio normativo) R". Vid. ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J.: *Las piezas del Derecho ...*, op. cit., págs. 64 y 65.

establecen las condiciones necesarias, suficientes, o necesarias y suficientes de un determinado resultado institucional³⁹⁰. Como es común a toda proposición anankástica, a partir de ellas se pueden formular reglas técnicas, en este caso, reglas técnico-institucionales.

De este modo, la forma canónica de una norma de competencia, 'regla que confiere poder' en la terminología de Atienza y Ruiz Manero, será la siguiente: "Si se verifica el estado de cosas X, y si Z realiza la acción Y, entonces se producirá el resultado institucional R"³⁹¹. Como se advertirá, la forma presentada supone la enunciación de las condiciones suficientes para la producción del resultado institucional R. Aparece entonces un problema, que ha sido solucionado sólo parcialmente por Atienza y Ruiz Manero. Es claro que si la condición expresada es suficiente pero no necesaria para la obtención de un fin determinado, no puede obtenerse de ella ninguna regla técnica que califique como debida la realización de esa condición si se quiere

³⁹⁰ La misma tesis ha sido defendida por GONZÁLEZ LAGIER, D.: *Acción y norma en G.H. von Wright*, op. cit., págs. 381 y ss. El concepto 'regla anankástico-constitutiva' ha sido delineado por Conte. Hay que advertir, como se cuidan de hacer los autores, que en la tipología de Conte las reglas anankástico-constitutivas establecen únicamente las condiciones necesarias de su propio objeto. Así, Atienza y Ruiz Manero toman de los trabajos de Conte el término pero no su caracterización. Vid. ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J.: "Sulle regole che conferiscono poteri", op. cit., pág. 72; AZZONI, G.: *Il concetto di condizione nella tipologia delle regole*, op. cit., págs. 83 y ss.; CONTE, A.G.: "Materiali per una tipologia delle regole", op. cit., pág. 345 y ss.

³⁹¹ Cfr. ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J.: "Sulle regole che conferiscono poteri", op. cit., pág. 69; Id.: *Las piezas del Derecho ...*, op. cit., pág. 60.

obtener el fin. Para ello la condición expresada por la proposición anankástica (o, en el caso que nos ocupa, por la regla anankástico-constitutiva) debe ser necesaria o necesaria y suficiente³⁹².

Por ello, Atienza y Ruiz Manero sostienen ahora que una norma de competencia es completa si establece esas condiciones necesarias y suficientes, en tanto que es una norma incompleta si únicamente establece algunas condiciones necesarias³⁹³.

Finalmente, los autores mencionados dan un argumento fuerte más en favor de la caracterización de las normas de competencia como reglas anankástico-constitutivas. Según ellos, conceptualizar así las normas de competencia permite concebirlas como razones para la acción, en particular como imperativos hipotéticos: "constituyen razones para la acción siempre que el sujeto destinatario de la regla intente conseguir un determinado fin (un

³⁹² Este déficit ha sido mostrado con claridad por MENDONCA, D., MORESO, J.J. y NAVARRO, P.E.: "Intorno alle norme di competenza", op. cit., pág. 230.

³⁹³ ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J.: *Las piezas del Derecho ...*, op. cit., págs. 63 y 69 y ss. Únicamente habría que lamentar que Atienza y Ruiz Manero no hayan realizado las adecuaciones pertinentes en su formulación canónica de una norma de competencia para que ésta sea expresión de una condición necesaria o necesaria y suficiente de la producción de un determinado resultado. También Hernández Marín sostiene que las normas de competencia establecen las condiciones suficientes para que un enunciado sea jurídico. Vid. HERNÁNDEZ MARÍN, R.: *Teoría general del Derecho y de la ciencia jurídica*, op. cit., pág. 163.

determinado resultado normativo)"³⁹⁴. En cambio, si se caracterizan las normas de competencia como definiciones, siguiendo la propuesta de Alchourrón y Bulygin, se debería concluir que no son razones para la acción en absoluto, puesto que las definiciones legislativas son únicamente "criterios que nos permiten entender (o identificar) las normas (las razones para la acción)"³⁹⁵

Dado que Atienza y Ruiz Manero utilizan categorías de la tipología de las reglas constitutivas elaborada por Conte, creo que puede ser útil recordar un artículo ya citado de este autor, "Materiali per una tipologia delle regole", publicado en el año 1985, donde analiza las reglas constitutivas de Searle y llega a la conclusión que la mayoría de ellas se pueden reconducir a su categoría de 'reglas eidético-constitutivas' (reglas que determinan la connotación de un término). Visto así, la polémica a la que he hecho mención en estas páginas podría reducirse a un emplazamiento diverso de las normas de competencia dentro de la tipología contiana de las reglas constitutivas:

³⁹⁴ ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J.: "Sulle regole che conferiscono poteri", op. cit., pág. 77. En el mismo sentido, MACCORMICK, N. y BANKOWSKI, Z.: "Speech Acts, Legal Institutions ...", op. cit., pág. 132.

³⁹⁵ ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J.: "Sulle regole che conferiscono poteri", op. cit., pág. 77.

reglas eidético-constitutivas para unos y reglas anankástico-constitutivas, para otros³⁹⁶. Sobre este punto volveré en el capítulo siguiente.

Es más, en mi opinión, hay en la base de esta controversia un poso de desacuerdo verbal. En efecto, una disposición del tipo "El Rey es competente para sancionar y promulgar las leyes" no expresa, para Atienza y Ruiz Manero, ninguna regla que ofrezca razones para la acción³⁹⁷. Por ello, no dirían que esa disposición expresa una norma de competencia (regla que confiere poder, en su terminología)³⁹⁸. En cambio, creo que Bulygin y Hernández Marín, por ejemplo, sí acordarían que dicha disposición expresa

³⁹⁶ Vid. CONTE, A.: "Materiali per una tipologia delle regole", op. cit., págs. 352, y 362-363. También Mazzarese considera la tipología de Conte como englobadora de la noción de regla constitutiva de Searle. Cfr. MAZZARESE, T.: "Metanorme. Rilievi su un concetto scomodo della teoria del diritto", en COMANDUCCI, P. y GUASTINI, R. (eds.): *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, op. cit., pág. 146.

³⁹⁷ Mendonca, Moreso y Navarro han criticado la distinción de Atienza y Ruiz Manero entre definiciones y normas que confieren poderes basada en que éstas últimas, pero no las primeras, pueden servir de razones auxiliares en un razonamiento práctico. Mendonca, Moreso y Navarro muestran, en mi opinión acertadamente, cómo una definición puede jugar el mismo papel en un razonamiento práctico. Vid. MENDONCA, D.; MORESO, J.J.; y NAVARRO, P.E.: "Intorno alle norme di competenza", op. cit., págs. 231 y 232. Puede verse la respuesta de Atienza y Ruiz Manero a esta objeción en ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J.: *Las piezas del Derecho ...*, op. cit., pág. 89. Alchourrón y Bulygin, con anterioridad a los escritos de Atienza y Ruiz Manero sobre las normas de competencia, habían señalado también que a partir de las definiciones se pueden formular reglas técnicas, de modo que ocuparían el mismo plano en el razonamiento práctico que las reglas anankástico-constitutivas de Atienza y Ruiz Manero. Vid. ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: "Definiciones y normas", op. cit., págs. 449 y 453.

³⁹⁸ De acuerdo a lo expuesto en su último libro, ese tipo de disposiciones serían reglas puramente constitutivas, ya que no requieren de la producción de ninguna acción para que se dé el resultado institucional previsto por la regla. Vid. ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J.: *Las piezas del Derecho ...*, op. cit., págs. 64 y 65.

una norma de competencia. Si esto es así, puede concluirse que parte del desacuerdo respecto al carácter de las normas de competencia radica en el uso de conceptos distintos de 'norma de competencia' y, en consecuencia, en la identificación bajo el mismo nombre de entidades distintas.

2. Algunos problemas de las posiciones no reductivistas.

En mi opinión, pueden destacarse, por su especial incidencia en el debate acerca del carácter de las normas de competencia, dos tipos de problemas³⁹⁹.

En primer lugar, la mayoría de teóricos omiten definir qué tipo de entidades se mencionan mediante la expresión 'normas de competencia' (o 'reglas que confieren poder', 'power conferring rules', etc.). Es decir, no queda claro cual es la referencia o la extensión del concepto 'norma de competencia'. Es clásica la distinción entre competencia personal, material y procesal, pero no queda claro en buena parte de los autores si aceptan, por ejemplo, que las normas procesales son normas de competencia, o si lo son

³⁹⁹ Es importante advertir que la atribución de los problemas que siguen a las tesis no reductivistas de las normas de competencia no presupone que dichos problemas sean exclusivos de ese tipo de teorías.

todas o sólo algunas. En todo caso, éste aspecto merecerá mayor atención en el siguiente epígrafe de este capítulo.

En segundo lugar, con algunas excepciones⁴⁰⁰, es común el tratamiento unitario de las normas de competencia. De este modo, no sólo no queda claro cuáles son las entidades que caen bajo la extensión de la expresión 'normas de competencia' sino que además se les atribuye a todas ellas un único carácter. En especial, si se incluyen entre las normas de competencia las normas procesales creo que es inadecuado ese tratamiento unitario.

3. La referencia del concepto 'norma de competencia'.

En el punto anterior me he referido a la clásica distinción entre tres aspectos de la competencia, a saber, personal, material y procesal⁴⁰¹. Cabe señalar, no obstante, alguna imprecisión en esa subdivisión cuando se la relaciona con las normas de competencia. En efecto, no se sabe si los tres

⁴⁰⁰ Vid. por ejemplo, GUASTINI, R.: "Invalidity", en *Ratio Juris*, vol. 7, nº 2, 1994, págs. 213 a 215; y CALSAMIGLIA, A.: "Geografía de las normas de competencia", en *DOXA*, nº 15-16, vol. 2, 1994, págs. 757 a 763.

⁴⁰¹ Vid. por todos ROSS, A.: *Sobre el derecho y ...*, op. cit., págs. 77 y 199; y *Lógica de las normas*, op. cit., págs. 93 y 94.

aspectos de la competencia lo son también de las normas de competencia (que deberían, entonces, contenerlos a todos) o si puede haber normas de competencia referidas a uno sólo o a la combinación de dos de esos aspectos. En el primer caso, dado que los sistemas jurídicos no suelen establecer en una misma disposición⁴⁰² la persona u órgano competente, la materia para la que es competente y la totalidad del procedimiento, debería decirse que cada disposición que establezca alguno de esos aspectos constituye un fragmento de norma de competencia.

En mi opinión, vale la pena señalar que los aspectos personal y material van siempre unidos en una misma disposición, del tipo 'El órgano *o* es competente (o podrá...) para realizar la acción *a* (regular, derogar, refrendar, etc) en relación a la materia *m*'⁴⁰³. Ello es así ya que, como ha señalado

⁴⁰² Sobre la distinción entre disposición y norma, puede verse GUASTINI, R.: *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino, 1992, pág. 17.

⁴⁰³ También Kelsen da especial relevancia a la combinación entre el elemento personal y el material en relación al tema de la competencia. De este modo, puede leerse que "la relación que la norma jurídica establece entre el elemento personal y el material es lo que en la terminología francesa y alemana se llama "competencia", tomado el término en su sentido más general." Vid. KELSEN, H.: *Teoría General del Derecho y del Estado*, op. cit., pág. 106. Más recientemente, Vernengo ha puesto el acento en la relación entre los elementos personal y material al definir 'capacidad' y 'competencia'. Así, para el autor argentino, "Capacidad es la relación específica que cabe especificar entre el ámbito de validez material, el contenido de una norma, y sus posibles ámbitos de validez personales, la clase de los sujetos posibles"; así como que "La capacidad de un órgano para suscitar con sus actos consecuencias jurídicas en el ámbito material que se le atribuye, se denomina competencia o jurisdicción del órgano". Cfr. VERNENGO, R.J.: *Curso de teoría general del Derecho*, op. cit., págs. 252 y 253.

Carrió, no tiene sentido la atribución de una competencia material ilimitada o inespecífica⁴⁰⁴, ni tampoco la identificación de la competencia material sin hacer referencia al sujeto al que esa competencia se atribuye. No puede excluirse, sin embargo, que la conexión entre el sujeto competente y la materia se realice de modo indirecto mediante el recurso a diversas disposiciones jurídicas. Este es el caso, por ejemplo, de la competencia legislativa, que suele ser concedida al Parlamento de forma residual sobre *cualquier* materia que no sea expresamente atribuida a otro órgano. No obstante, en mi opinión, incluso ese caso puede ser visto bajo la forma canónica propuesta. Así, cuando el artículo 66.2 de la Constitución española

⁴⁰⁴ "Un sujeto jurídico dotado de una competencia total o ilimitada es tan inconcebible como un objeto que tuviera todas las propiedades posibles.

El concepto de "competencia" funciona informativamente dentro de un orden normativo cuya existencia es presupuesta al afirmar que alguien tiene una competencia. Además, ese concepto funciona informativamente en contraste, por decirlo así, con un trasfondo de incompetencias. Toda competencia deriva de una regla o conjunto de reglas que al conferir la competencia excluyen, al mismo tiempo, aquellas cosas para las que no se otorga competencia. La idea de una competencia sin reglas de las que se derive es algo así como la de un hijo sin padres, y la idea de una competencia total es algo así como la de un parentesco total.

Usar el concepto de competencia fuera de esas condiciones -esto es, para referirse a una supuesta competencia ilimitada y total- es usar el concepto de competencia más allá de los límites dentro de los cuales ese concepto puede integrar expresiones lingüísticas usadas "en serio" con fuerza informativa, prescriptiva, justificativa, etc., según sea el acto lingüístico de que se trate." CARRIÓ, G.: "Sobre los límites del lenguaje normativo", op. cit., págs. 253 y 254. Puede verse un lúcido comentario crítico a la posición de Carrió en NINO, C.S.: "El concepto de poder constituyente originario y la justificación jurídica", op. cit., págs. 339 a 370. Hart sí acepta la posibilidad de una competencia ilimitada en cuanto a la materia (no en el procedimiento), aunque lo hace de forma colateral a otra discusión y no lo justifica. Vid. HART, H.L.A.: *El Concepto de Derecho*, op. cit., pág. 96. Puede considerarse que la posición de Hart tiene que ver con la conocida doctrina de la omnipotencia del Parlamento inglés. Un análisis detallado de esa doctrina puede verse en PÉREZ TRIVIÑO, J.L.: *Los límites jurídicos al soberano*, tesis doctoral presentada en la Universitat Pompeu Fabra, 1996, págs. 308 a 331.

establece que las Cortes Generales tendrán la potestad legislativa, dado el concepto de 'potestad legislativa' que usa la propia Constitución, queda claro que se concede a las Cortes Generales la competencia de legislar sobre cualquier materia excepto aquellas que están reservadas a otra fuente normativa o a otro órgano y con el límite de lo que establece la propia Constitución⁴⁰⁵.

Las disposiciones que regulan el procedimiento, en cambio, tienen una cierta independencia de las anteriores, al menos, por tres razones. La primera tiene que ver con la complejidad que normalmente tienen los procedimientos normativos, que requieren de un buen número de disposiciones que los identifiquen paso a paso⁴⁰⁶. La segunda razón tiene una importancia conceptual mayor. Aunque parece razonable decir que sólo mediante el procedimiento establecido podrá la autoridad competente ingresar o egresar normas del sistema, también parece razonable sostener que, de algún modo, la competencia es independiente del procedimiento. Ello nos permite preguntar con sentido quién es competente para promulgar una norma o para

⁴⁰⁵ La especificidad de la competencia legislativa me ha sido señalada por Riccardo Guastini.

⁴⁰⁶ Cfr. STRÖMBERG, T.: "Norms of Competence in Scandinavian Jurisprudence", en PECZENIK, A. et. al. (eds.): *Theory of Legal Science*, D. Reidel Publishing Company, Stockholm, 1984, págs. 562 y 563.

firmar una sentencia, etc⁴⁰⁷; así como sostener, por ejemplo, que la competencia legislativa del parlamento no se modifica si se cambia el artículo 110.1 del Reglamento del Congreso de los Diputados, que establece:

"Publicado un proyecto de ley, los Diputados y los Grupos parlamentarios tendrán un plazo de quince días para presentar enmiendas al mismo mediante escrito dirigido a la Mesa de la Comisión. (...)".

De este modo, aunque no puede negarse que las reglas procesales inciden de forma importante en el ámbito de la competencia, sí es rechazable que esas reglas constituyan elementos definitorios de la propia competencia. Más limitadamente, sostengo que algunas de ellas son condiciones de la

⁴⁰⁷ Caracciolo ofrece un argumento muy parecido para sostener la separación entre competencia y procedimiento. Así, afirma que tiene sentido distinguir la cuestión de qué acciones deben realizarse para producir un determinado resultado institucional (v. gr. la promulgación de una norma válida) de la cuestión de qué sujetos pueden realizar tales acciones. Cfr. CARACCILO, R.: "Due tipi di potere normativo", op. cit., notas 9 en la pág. 202 y 11 en la pág. 203.

actualización de la competencia⁴⁰⁸. Este aspecto, no obstante, será desarrollado más adelante.

La tercera razón en favor de predicar una cierta independencia de la competencia respecto a las reglas procesales tiene que ver con la heterogeneidad⁴⁰⁹ de estas últimas y las consecuencias distintas que se atribuyen al no seguimiento de cada uno de los tipos de reglas procesales⁴¹⁰.

Por todo ello, propongo llamar 'normas de competencia' únicamente a las reglas que atribuyen a un determinado sujeto *s* la propiedad de 'ser competente' para realizar un determinado acto jurídico *a* sobre una materia

⁴⁰⁸ En el mismo sentido, GUIBOURG, R.: "Formalización de la competencia", manuscrito, págs. 3 y 4. Robles, por su parte, distingue también entre la competencia y el procedimiento. Éste último, afirma, no es más que la acción para la que se es competente. El procedimiento define la acción o acto jurídico para el que se predica la competencia. Como podrá verse, esta posición comparte con la que presento en estas páginas la distinción entre competencia y procedimiento, entre normas de competencia y reglas procesales, pero diverge en el siguiente aspecto: yo no creo que todas las reglas procesales sean definitorias. Vid. ROBLES, G.: *Las reglas del Derecho y las reglas de los juegos. Ensayo de teoría analítica del Derecho*, Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, Mallorca, 1984, págs. 76 y 79.

⁴⁰⁹ Puede postularse la existencia, al menos, de reglas procesales constitutivas y reglas procesales que establecen obligaciones.

⁴¹⁰ En el epígrafe 3.3 de éste mismo capítulo se ofrecerá una cuarta razón en favor de la separación entre reglas procesales y normas de competencia.

*m*⁴¹¹. Creo que es oportuno en este punto hacer algunas consideraciones sobre cada uno de los elementos de dichas reglas.

3.1. El sujeto.

El sujeto de una norma de competencia puede ser un órgano o una o varias personas privadas.

Resulta obvia la advertencia de que un órgano está compuesto siempre por uno o varios seres humanos que, según los casos, podrán actuar individual o colectivamente (en función de algunas reglas para la toma de decisiones).

A pesar de ello, incluso en el caso de un órgano unipersonal, pueden distinguirse las acciones que el sujeto que ocupa el cargo realiza a título

⁴¹¹ Una propuesta muy cercana a ésta puede verse en STRÖMBERG, T.: "Norms of Competence in Scandinavian Jurisprudence", op. cit., págs. 561 a 563. La distinción entre normas (o reglas) de competencia y reglas procesales ha sido también defendida por Guastini, aunque, como él también ha puesto de manifiesto, no es habitual en teoría del derecho. Así, llama normas de competencia únicamente a aquellas que "atribuyen a un determinado sujeto (un órgano del Estado) un poder normativo, es decir, el poder de crear normas jurídicas". Como podrá verse en adelante, la tesis que pretendo defender diverge de la de Guastini en dos puntos, a saber, la determinación de los sujetos respecto a los que se puede predicar la competencia y la determinación de para qué actos se puede decir que alguien es competente. En los dos casos, presentaré una versión más amplia que recoja, respectivamente, a los individuos particulares y a los actos jurídicos no normativos. Vid. GUASTINI, R.: *Il giudice e la legge*, Giappichelli, Torino, 1995, págs. 138 a 142. La distinción entre normas que conceden facultades y disposiciones jurídicas que especifican un procedimiento (que, en su concepción, no son normas en absoluto), puede encontrarse también en RAZ, J.: *El concepto de sistema jurídico*, op. cit., pág. 193.

particular de aquellas que realiza en su *función de órgano*. Por supuesto, la atribución de competencias (y también la de obligaciones, prohibiciones o permisos) a un determinado órgano presupone la existencia de una regla constitutiva previa que crea tal órgano.

Ahora bien, la separación que he postulado entre las normas de competencia y las reglas procesales supone que es posible identificar el órgano al que se conceden competencias con independencia de las reglas sobre el procedimiento. Esta posibilidad ha sido negada por buena parte de los teóricos del derecho, con el argumento de que sólo mediante el cumplimiento de un determinado procedimiento es posible distinguir entre las actuaciones privadas de los seres humanos que ocupan cargos jurídicos y sus acciones realizadas en su función de órgano. De este modo, el procedimiento se erigiría en la nota distintiva de las acciones o actuaciones realizadas en tanto que órgano del sistema jurídico en cuestión⁴¹².

En mi opinión, ésta tesis es una exageración de otra más limitada y, por ello, plausible. Con el fin de mostrar la tesis que sostengo, tomaré como

⁴¹² En este sentido, vid., por ejemplo, RAZ, J.: *El concepto de sistema jurídico*, op. cit., pág. 59.

ejemplo de órgano jurídico el Congreso de los Diputados. Respecto de éste, distinguiré entre las reglas que establecen su constitución, convocatoria de sesiones y, en resumen, todas aquellas que establecen requisitos para que se entienda que el Congreso *está reunido*, de aquellas otras reglas que indican el procedimiento legislativo, esto es, los requisitos para que se entienda que el Congreso ha emitido una ley⁴¹³. Sugiero ahora que se consideren las cuatro posibilidades siguientes:

a) Un grupo del que forman parte la mayoría de los Diputados se reúne sin previa convocatoria ni orden del día en una playa. Allí deciden dictar una ley de costas, para lo cual siguen escrupulosamente el procedimiento legislativo establecido en el Reglamento del Congreso de los Diputados⁴¹⁴.

b) El mismo grupo de Diputados se reúne en la misma playa sin previa convocatoria ni orden del día. Acuerdan dictar la referida ley de costas, pero no siguen para ello el procedimiento legislativo establecido.

⁴¹³ Dos matizaciones son necesarias en este punto. En primer lugar, la diferenciación entre los dos grupos de reglas señalados no presupone más que una distinción material entre ellas. En todo caso, la existencia de otras diferencias es precisamente lo que este argumento pretende probar. En segundo lugar, en aras de la simplicidad, he obviado la necesidad de la tramitación y aprobación de los proyectos de ley en el Senado para que devengan ley estatal.

⁴¹⁴ Arts. 78 y ss. y 108 y ss. del Reglamento del Congreso de los Diputados.

c) Previa convocatoria formal de la sesión por parte del Presidente del Congreso, con el preceptivo orden del día y demás requisitos necesarios para la reunión del Congreso⁴¹⁵, la mayoría de los Diputados aprueba una ley de costas, siguiendo el procedimiento legislativo establecido.

d) Previa convocatoria formal de la sesión por parte del Presidente del Congreso, con el preceptivo orden del día y demás requisitos necesarios para la reunión del Congreso, la mayoría de los Diputados aprueba una ley de costas, pero no siguen para ello alguna de las reglas del procedimiento legislativo establecido.

Creo que será pacífica la conclusión de que únicamente en el supuesto c) se ha emitido una ley válida de acuerdo al sistema jurídico español. Ahora bien, ¿existe alguna diferencia entre los tres casos restantes? En mi opinión, debe responderse afirmativamente a esta pregunta. Así, en los supuestos a) y b) no se diría siquiera que el Congreso de los Diputados se ha reunido, de modo que lo realizado en esos casos no sobrepasa el nivel de las acciones puramente particulares. No tiene, entonces, mayor valor que el texto de una ley redactada por un grupo de profesores y estudiantes en una facultad de

⁴¹⁵ Sin ánimo de exhaustividad, cfr. los artículos 67, 73 y 79 CE y 54, 55, 61, 67 del Reglamento del Congreso de los Diputados.

derecho. En el último caso, en cambio, sí puede decirse que el Congreso estaba debidamente reunido, de modo que en algún sentido, sus actuaciones eran *oficiales*. No obstante, no haber seguido alguna de las reglas del procedimiento legislativo puede comportar la invalidez de la ley emitida.

Si ésto es así, puede sostenerse la idea de que algunas reglas habitualmente llamadas procesales son constitutivas del propio órgano; otras indican cómo debe actuar ese órgano para realizar actos jurídicos válidos o emitir normas jurídicas válidas; y, finalmente, otras establecen meras obligaciones, sin que su cumplimiento tenga ninguna incidencia en la validez de los actos que se realicen o de las normas que se dicten.

Hasta aquí, lo afirmado vale para el llamado derecho público. En el ámbito del derecho privado, la distinción entre ser humano y órgano aquí apuntada es de difícil aplicación. Por esta y otras razones (v. gr. la heteronomía de las normas de derecho público y la autonomía de las de derecho privado) se suele distinguir entre competencia y capacidad, aplicando la primera al ámbito del derecho público y la segunda al ámbito del derecho privado⁴¹⁶. Por mi parte, no obstante, utilizaré indistintamente la noción de

⁴¹⁶ Vid., por ejemplo, ROSS, A.: *Sobre el derecho y ...*, op. cit., pág. 160.

competencia para referirme al ámbito público y al privado. Bastará con precisar que, en el ámbito del derecho privado, los sujetos de las reglas de competencia son directamente seres humanos⁴¹⁷.

3.2. La propiedad 'ser competente'.

Los giros lingüísticos usados por las autoridades emisoras de normas de competencia para atribuir la propiedad de 'ser competente' son muy variados.

En muchos casos se usa el futuro del verbo 'poder' (de modo que se provoca

⁴¹⁷ Con la salvedad de las sociedades. Si se quiere, puede decirse lo anterior de otro modo: la capacidad, habitualmente circunscrita al ámbito privado, es un tipo de competencia, caracterizada por la clase de sujetos a los que se la otorga y por el tipo de normas que éstos pueden emitir (autónomas). En el mismo sentido, ZIEMBIŃSKI, Z.: "Le contenu et la structure des normes concédant les compétences", op. cit., pág. 169. En este punto, también Kelsen se mostró fuertemente contrario a la distinción entre competencia y capacidad: "En tanto se considera la función que se configura mediante el ejercicio del poder jurídico otorgado por el orden jurídico, no se justifica esta limitación del concepto de competencia. La capacidad contractual y el derecho subjetivo -privado o político- de un individuo son, en el mismo sentido, su "capacidad jurisdiccional", o su "competencia", como la capacidad de determinados individuos de hacer leyes, dictar sentencias judiciales o adoptar una resolución administrativa. La terminología tradicional oculta el parentesco esencial que se da entre esas funciones (...)." Vid. KELSEN, H.: *Teoría Pura del Derecho*, 2ª ed., op. cit., pág. 160. Un posición fielmente kelseniana en este punto, puede verse en ROBLES, G.: *Las reglas del Derecho y ...*, op.cit., págs. 74 y 75. También usa claramente el término 'competencia' tanto para el ámbito del derecho privado como del público, ALEXEY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pág. 228. Inversamente, MacCormick utiliza indistintamente el término 'capacidad' para ambos ámbitos. Cfr. MACCORMICK, N.: "Persons as Institutional Facts", en WEINBERGER, O. y KRAWIETZ, W. (eds.): *Reine Rechtslehre im Spiegel Ihrer Fortsetze und Kritiker*, Springer-Verlag, Vienna-New York, 1988, págs. 381 y ss.

la confusión entre competencia y permiso)⁴¹⁸, en otros, el término 'atribuciones', etc. La determinación de cuándo esas formulaciones son sinónimas de 'ser competente' y cuándo no lo son es un problema interpretativo, que habrá que solucionar caso por caso.

Parece necesario introducir aquí una definición de 'competencia'.

Df.: Competencia es la capacidad, atribuida por reglas de un determinado sistema jurídico Sj, de producir actos jurídicos válidos en ese mismo sistema Sj⁴¹⁹.

⁴¹⁸ Caracciolo ha identificado tres tipos de poder, a saber: i) poder como habilidad física o intelectual para realizar acciones naturales, ii) capacidad para realizar acciones institucionales, y iii) poder deóntico (o permiso). El punto de discrepancia que me separa de Caracciolo es que él entiende que la competencia es un tipo del tercer poder, en tanto que yo sostengo que se encuadra en el segundo tipo. Vid. CARACCILO, R.: "Due tipi di potere normativo", op. cit., págs. 200 a 204.

⁴¹⁹ Como podrá observarse, esta definición es en parte deudora de la definición de capacidad jurídica kelseniana, como capacidad de un sujeto de producir efectos jurídicos mediante sus actos. La definición que presento pretende, no obstante, ofrecer una versión algo más estricta que la kelseniana, dejando fuera, por ejemplo, la capacidad delictual. También Ross presenta una definición de competencia con un cercano parentesco con la que yo ofrezco: "Competencia es la capacidad jurídicamente establecida de crear normas jurídicas (o efectos jurídicos) por medio de y de acuerdo con enunciados al efecto. La competencia es un caso especial de poder. El poder existe cuando una persona es capaz de producir, por medio de sus actos, los efectos jurídicos deseados." Dado que, respecto a las normas de competencia, Ross sostiene, como también se hará aquí, que son reglas constitutivas, puede decirse que la concepción que presento es muy próxima a la sostenida por el autor escandinavo. Vid. KELSEN, H.: *Teoría Pura del Derecho*, 2ª ed., op. cit., págs. 157 y ss.; y ROSS, A.: *Lógica de las normas*, op. cit., pág. 123. Raz, en cambio, discrepa de la idea de que la competencia tenga que ser atribuida necesariamente por reglas, y afirma que "Un poder jurídico puede existir incluso si no ha sido conferido por ninguna norma." Vid. RAZ, J.: "Voluntary Obligations and Normative Powers", en *The Aristotelian Society*, sup. vol. XLVI, 1972, págs. 83 a 85, donde ofrece como ejemplos en apoyo de su tesis la competencia del soberano

Se extrae de la definición presentada que la competencia es siempre relativa a un determinado sistema jurídico, de modo que un mismo sujeto puede ser competente para S_j y, en el mismo momento, incompetente para otro sistema S_j'.

Por otro lado, es importante advertir que la competencia guarda, en muchos aspectos, una importante analogía con las propiedades disposicionales⁴²⁰. Como toda disposición, no es directamente observable en todo momento y consiste en la capacidad del sujeto u objeto de reaccionar de determinada manera (v. gr. introducir nuevas normas en el sistema) bajo circunstancias apropiadas. Un ejemplo, típico en filosofía, de propiedad disposicional es la solubilidad del azúcar. Esa característica, aunque es una propiedad actual o permanente del azúcar, no es perceptible en todo momento

austiniano o la del llamado *The People's Council* israelita que emitió la Declaración Israelita de Independencia. En el mismo sentido, SPAAK, T.: *The Concept of Legal Competence*, op. cit., págs. 170, 171 y 180.

⁴²⁰ Guibourg ha presentado también una definición de competencia en la que ésta última opera como propiedad disposicional. "Así las cosas -afirma el autor argentino- decimos que *a* es competente para *Mp* -'M' está por cualquier modalizador deóntico- cuando su promulgación de *Mp* logra que *Mp* empiece a formar parte del sistema de referencia. Pero la atribución de competencia no se plantea como un resultado efectivo de un acto de promulgación real, sino como un estado disposicional según el cual, si *a* promulgara *Mp*, lograría con ello que *Mp* comenzara a integrar el sistema normativo." Vid. GUIBOURG, R.: "Formalización de la competencia", op. cit., pág. 3.

y únicamente se manifestará si se dan determinadas circunstancias (v. gr. que el azúcar sea intruducido en un líquido)⁴²¹.

También son propiedades disposicionales las tendencias a actuar de determinada manera ante condiciones dadas, ya sean esas tendencias psicológicas o no. Así, por ejemplo,

"(...) decir que una persona es vanidosa es atribuirle la disposición o tendencia a considerar sus propios intereses por encima de los de los demás, a ser inconsiderado con las demás personas, a actuar como si sólo ella existiese, y así sucesivamente."⁴²²

⁴²¹ Sobre las propiedades disposicionales, puede verse CARNAP, R.: "Testability and Meaning", en FEIGL, H. Y BRODBECK, M.: *Readings in the Philosophy of Science*, New York, 1953, págs. 63 y ss.; RYLE, G.: *The Concept of Mind*, Penguin Books, Middlesex, 1968, págs. 112 y ss.; y STEGMÜLLER, W.: *Teoría y experiencia*, Ariel, Barcelona, 1979, págs. 244 y ss. Bulygin y Garzón han usado el concepto de propiedad disposicional para el estudio de problemas jurídicos y de la ciencia política, respectivamente. En concreto, Bulygin ha sostenido que la vigencia de las normas jurídicas es una propiedad disposicional y, por su parte, Garzón le atribuye ese carácter a la estabilidad de los sistemas políticos. Vid. BULYGIN, E.: "El concepto de vigencia en Alf Ross", en ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: *Análisis lógico y Derecho*, op. cit., págs. 345 y 346; y GARZÓN VALDÉS, E.: *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, págs. 11 y ss.

⁴²² Vid. HOSPERS, J.: *Introducción al análisis filosófico*, Alianza, [Trad. Armero San José, J.C.], Madrid, 1984, pág. 165.

Por último, aunque sin pretensión de exhaustividad⁴²³, son propiedades disposicionales las capacidades o habilidades⁴²⁴. Así, ser nadador, saber hablar francés, etc, son propiedades *permanentes* de los sujetos, aun cuando se actualicen únicamente bajo determinadas condiciones⁴²⁵. Del mismo modo, también las profesiones pueden considerarse como un tipo especial de habilidad o capacidad. En este sentido, Ryle sostiene que, por ejemplo, ser cocinero es una propiedad disposicional. Decir de un sujeto que es cocinero no es afirmar que en este preciso instante está cocinando, sino que tiene una

⁴²³ Vale la pena anotar en este punto que, según Popper, "(...) *todos los universales son disposicionales*. Si «rompible» es disposicional, también lo es «roto»; pensemos, por ejemplo, de qué manera decide un médico si un hueso está roto o no. Tampoco diríamos que un vaso está «roto» si sus trozos se fundieran en el momento de juntarlos: el criterio para determinar la rotura es una determinada conducta *en ciertas condiciones*. Análogamente, «rojo» es disposicional: una cosa es roja si refleja un cierto tipo de luz, si «parece roja» en ciertas situaciones. Pero aún «parecer rojo» es disposicional. Describe la disposición de una cosa a hacer que los espectadores estén de acuerdo en que parece roja.

Sin duda hay *grados* de carácter disposicional: «capaz de conducir electricidad» es disposicional en un grado mayor que «conducir electricidad ahora», que es con todo, sumamente disposicional. Estos grados corresponden bastante cercanamente a los de carácter conjetural o hipotético de las teorías." Vid. POPPER, K.: *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*, Paidós, Barcelona, 1994, pág. 154. Las cursivas son del autor. En el mismo sentido, POPPER, K.: *La lógica de la investigación científica*, Tecnos, [Trad. Sánchez de Zavala, V.], Madrid, 1990, págs. 395 y 396.

⁴²⁴ Cfr. RYLE, G.: *The Concept of Mind*, op. cit., págs. 121 y ss.

⁴²⁵ Es importante advertir que no hay ninguna incompatibilidad entre afirmar el carácter continuo en la posesión de una propiedad disposicional y admitir que el valor de verdad del enunciado que predica la posesión de una determinada propiedad disposicional puede variar en función del momento temporal. Así, el enunciado que afirma que Pedro sabe hablar francés atribuye a Pedro la propiedad de saber hablar francés en todo momento -mientras esté en posesión de la propiedad- y no únicamente en los momentos en que efectivamente habla en aquel idioma. Esto, en cambio, no obsta para que una determinada propiedad pueda ser adquirida en un momento t y deje de tenerse en un momento t_1 . Sobre la aplicación de la variable temporal a las propiedades disposicionales, vid. RYLE, G.: *The Concept of Mind*, op. cit., pág. 120; y MARTIN, C.B.: "Dispositions and Conditionals", en *The Philosophical Quarterly*, vol. 44, n° 174, 1994.

determinada capacidad (y, quizás, capacitación) para realizar actos o actividades que, aislada o conjuntamente, describimos como "cocinar"⁴²⁶. Es importante señalar que, en algunos casos, poseer esa capacidad supone la existencia previa de algunas reglas. Así, por ejemplo, ser abogado es una propiedad disposicional que depende directamente de la existencia de reglas⁴²⁷. Como se verá más adelante, si se quiere dar cuenta de estas propiedades a través de la noción de propiedad disposicional, debe admitirse que lo son en un sentido distinto en que lo es la solubilidad del azúcar. En efecto, el mayor desarrollo filosófico de la noción de propiedad disposicional se ha producido para su aplicación al ámbito de lo fáctico, esto es, de las propiedades empíricas, en tanto que las propiedades cuya posesión depende de reglas están en el ámbito de lo normativo. Volveré sobre este punto más adelante.

Los enunciados que afirman la posesión de una propiedad disposicional por parte de un sujeto u objeto (por ejemplo, 'el azúcar es soluble') se denominan 'enunciados disposicionales'. Esos enunciados tienen carácter descriptivo y son, en consecuencia, susceptibles de verdad o falsedad. La

⁴²⁶ Cfr. RYLE, G.: *The Concept of Mind*, op. cit., pág. 114.

⁴²⁷ El ejemplo es también de Ryle, aunque no está claro que el autor fuera consciente de la dependencia indicada. Cfr. RYLE, G.: *The Concept of Mind*, op. cit., pág. 114.

verdad de un enunciado disposicional depende de la corrección de una inducción a partir de casos individuales (por ejemplo, a partir de una serie de casos individuales en los que se comprueba que el azúcar se disuelve cuando es introducido en un líquido, se induce que el azúcar es soluble).

Tomemos ahora una oración como la siguiente:

O₁: Corresponde al Rey sancionar y promulgar las leyes.

Admitamos, además, que se puede establecer una relación de sinonimia, por otra parte bastante habitual, entre O₁ y

O₂: El Rey es competente para sancionar y promulgar las leyes⁴²⁸.

Sobre la base de lo expuesto en los párrafos precedentes, la propiedad "ser competente para sancionar y promulgar las leyes" es una propiedad disposicional. Sin embargo, se abren en este punto algunos interrogantes

⁴²⁸ Cfr. art. 91 de la Constitución española. Por supuesto, O₂ puede ser interpretada como la norma expresada por el artículo 91 de la Constitución o como proposición normativa. Volveré sobre este punto inmediatamente. En realidad, en este caso la interpretación habitual de O₁ es algo más fuerte que la expresada por O₂, ya que se añade que *sólo* el Rey es competente para sancionar y promulgar las leyes, pero esta precisión no es relevante en este momento.

importantes: ¿Expresa O₂ un enunciado disposicional?⁴²⁹ En caso de respuesta afirmativa, ¿de qué depende la verdad de ese enunciado disposicional? ¿Cuáles son las condiciones en las que se actualiza la propiedad disposicional 'ser competente'? En lo que sigue, intentaré dar respuestas a estas preguntas.

¿Expresa O₂ un enunciado disposicional? La respuesta más simple a esta cuestión es que no necesariamente. Se produce en este caso una ambigüedad análoga a la de las oraciones deónticas⁴³⁰. Como es sabido, las oraciones en las que figuran términos deónticos (como 'debe', 'puede', 'permitido', 'prohibido', 'obligatorio', etc.) pueden expresar tanto una norma como una proposición normativa; es decir, la oración 'prohibido fumar en esta sala' puede expresar una norma y también una proposición descriptiva acerca de la existencia de una norma que prohíbe fumar en esta sala. Pues bien, del mismo modo las oraciones como O₂ pueden expresar una regla constitutiva que, en este caso, constituye al Rey como competente para sancionar y

⁴²⁹ Como es sabido, el término 'enunciado' es ambiguo. Puede usarse como sinónimo de 'oración', como un texto no interpretado, o como sinónimo de 'proposición', como el significado de un texto. En lo que sigue, usaré 'enunciado' en esta última acepción del término.

⁴³⁰ Sobre la ambigüedad de las oraciones deónticas, puede verse BULYGIN, E.: "Normas, proposiciones normativas y enunciados jurídicos", en ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: *Análisis lógico y Derecho*, op. cit., págs. 169 y ss; y WRIGHT, G.H. von: *Norma y acción*, op. cit., págs. 119 y 120.

promulgar las leyes⁴³¹ o una descripción acerca de la posesión por parte del Rey de la propiedad de ser competente para sancionar y promulgar las leyes⁴³². En el primer caso, estaremos ante una norma de competencia; en el segundo, ante un enunciado disposicional⁴³³.

⁴³¹ El carácter constitutivo de estas reglas será abordado con amplitud más adelante.

⁴³² Hare ha propuesto una distinción en cierto modo próxima a ésta, aunque sería un error confundirlas. En efecto, Hare diferencia entre juicios de primer orden y juicios entrecomillados, donde los primeros son genuinos juicios prácticos, no susceptibles de verdad o falsedad, que dependen de la aceptación, por parte del sujeto que realiza el juicio, de que hay razones que justifican reconocer a alguien una determinada cualidad; en tanto que los segundos son descriptivos del hecho que alguien sostiene un juicio de primer orden. Vid. HARE, R.M.: "The Lawful Government", en LASLETT, P. y RUNCIMAN, W.G. (eds.): *Philosophy, Politics and Society: Third Series*, Basil Blackwell, Oxford, 1978, págs. 157 a 172. Cfr. un análisis de este punto, aplicado al concepto de 'autoridad' en BAYÓN, J.C.: *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, págs. 605 a 618.

⁴³³ Como se verá, en la concepción que sostengo, son reglas constitutivas aquellas emitidas mediante un uso performativo del lenguaje. Por tanto, para sostener la distinción entre normas de competencia (reglas constitutivas) y enunciados disposicionales es necesario negar la posibilidad de atribuir valores de verdad a los enunciados emitidos mediante el uso performativo. No obstante, algunos autores han atribuido valor de verdad a esos enunciados. Vid. Por ejemplo, HEDENIUS, I.: "Performatives", en *Theoria*, 1963, pág. 119. Niegan en cambio la posibilidad de atribuir valores de verdad a los enunciados emitidos mediante un uso performativo, AUSTIN, J.L.: *Cómo hacer cosas con palabras*, Paidós, [Trad. Carrió, G.R. y Rabossi, E.A.], Barcelona, 1990, conferencia I, págs. 45 y ss.; HARTNACK, J.: "The Performatory use of Sentences", en *Theoria*, 1963, págs. 138 y ss.; CARCATERRA, G.: "Norme costitutive", en SCARPELLI, U. y DI LUCIA, P. (eds.): *Il linguaggio del diritto*, Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, Bologna, 1994, pág. 224. Una presentación del debate y de los argumentos acerca de la atribución de valor de verdad a los enunciados performativos, puede encontrarse en ANDERSSON, J.S.: *How to Define 'Performative'*, Textgruppen I Uppsala AB, Uppsala, 1975, págs. 26 a 30; y HOUSTON, J.: "Truth Valuation of Explicit Performatives", en *The Philosophical Quarterly*, nº 20, 1970.

¿De qué depende la verdad del enunciado disposicional expresado por O₂? Se ha visto ya que el valor de verdad de los enunciados disposicionales como 'el azúcar es soluble' dependen directamente de la corrección de una determinada generalización a partir de casos individuales en los que se ha actualizado la propiedad disposicional, esto es, a partir de una serie de casos en los que el azúcar ha sido disuelto. A su vez, que él azúcar se disuelva depende de un estado de cosas del mundo, i.e., de la estructura molecular del azúcar.

Ahora bien, con los enunciados disposicionales expresados por oraciones como O₂ sucede algo distinto. La verdad del enunciado que afirma que el Rey posee la propiedad disposicional de ser competente para sancionar y promulgar las leyes depende de que, si se dan las condiciones de actualización de la propiedad, los actos de sanción o promulgación de las leyes realizados por el Rey sean válidos. A su vez, la validez de esos actos depende directamente de la existencia en el sistema de referencia de una regla que constituya la propiedad del Rey de ser competente⁴³⁴. Puede observarse

⁴³⁴ Podrían ampliarse, quizás, estas condiciones e incluir el hecho de que dicha regla sea vigente, lo que (siendo ésta otra propiedad disposicional) depende, a su vez, de una determinada inducción. Vid. BULYGIN, E.: "El concepto de vigencia en Alf Ross", op. cit., págs. 345 y 346. También Nino ha llamado la atención sobre la analogía entre las capacidades naturales como propiedades disposicionales y la capacidad jurídica o competencia, con la salvedad de que, a diferencia de las capacidades naturales, la capacidad jurídica depende directamente de la existencia

que, a diferencia de la solubilidad del azúcar, la posesión de la propiedad disposicional 'ser competente' depende en última instancia de la existencia de determinadas reglas. Este punto es particularmente relevante, por cuanto da cuenta de que la propiedad en cuestión tiene una dimensión normativa. Ello supone, en fin, la asunción de la tesis de que no todas las propiedades disposicionales son propiedades empíricas. Denominaré a las propiedades disposicionales cuya posesión depende en última instancia de la existencia de determinadas reglas, propiedades disposicionales institucionales⁴³⁵.

En este punto del trabajo se hace necesaria una precisión respecto de la definición de competencia introducida más arriba. Se ha estipulado que

de reglas. Cfr. NINO, C.S.: *Introducción al análisis del Derecho*, op. cit., págs. 217 y ss.

⁴³⁵ La propuesta terminológica no es arbitraria. La posesión de la propiedad de ser competente es un hecho institucional en el sentido de que su existencia depende de la existencia de una regla constitutiva (o de un sistema de reglas constitutivas). Cfr. al respecto, SEARLE, J.: *Actos de habla*, op. cit., pág. 60. El concepto de hecho institucional que presenta Searle es ambiguo, por cuanto no queda claro si un hecho institucional es un conjunto de reglas constitutivas o si su existencia supone la existencia de un conjunto de reglas constitutivas. Sobre la base de la primera interpretación, MacCormick critica la noción de hecho institucional de Searle, aduciendo que confunde las instituciones jurídicas con las reglas que las crean. Por mi parte, creo que hay elementos suficientes para optar por la segunda de las interpretaciones de la teoría de Searle. Vid. MACCORMICK, N.: "Law as Institutional Fact", op. cit., pág. 51. En *The Construction of Social Reality*, Searle retoma la distinción entre reglas regulativas y constitutivas, así como entre hechos brutos e institucionales, y propone como ejemplo de hecho institucional el hecho de que Clinton sea presidente de los Estados Unidos. El ejemplo tiene un interés especial, por cuanto *ser presidente* es también una propiedad disposicional institucional. Vid. SEARLE, J.: *The Construction of Social Reality*, op. cit., págs. 27 a 29 y 113-114. Finalmente, vale la pena señalar que la reconstrucción del concepto 'competencia' como propiedad disposicional empírica, no institucional, podría ser adoptada desde una óptica realista de la teoría del derecho. No es ésta, en cambio, la reconstrucción que defiendo en estas páginas. Supongo aquí una tesis mínima del positivismo jurídico según la cual el derecho depende de lo que dispongan las normas positivas.

competencia es la capacidad de producir actos jurídicos válidos, pero nada se ha dicho respecto a si es condición necesaria para que un acto jurídico sea válido que el sujeto que lo realice sea competente. La respuesta que se dé a esta cuestión indicará cuales son las reglas de las que depende directamente la posesión de la propiedad disposicional institucional 'ser competente'.

Puede resultar útil para éste punto tomar un ejemplo ofrecido por Hart⁴³⁶. En muchos países está prohibida la venta de cosas robadas, pero si la venta se realiza, bajo la condición que el comprador sea de buena fe (esto es, que desconozca que la cosa que compra fue robada), el acto jurídico de venta es declarado válido por el derecho. Hart extrae de este ejemplo que el vendedor es competente para realizar el acto de venta, pero que el ejercicio de esa competencia está prohibido (esto es, constituye un delito) por el sistema jurídico. Es importante destacar que para poder obtener esa consecuencia a partir de la atribución de validez a los actos de venta de cosas robadas, es necesario suponer que la competencia para realizar el acto es condición necesaria de la validez del mismo⁴³⁷. De ello se obtiene que, si una regla

⁴³⁶ Vid. HART, H.L.A.: "Sovereignty and Legally Limited Government", op. cit., pág. 241. El mismo ejemplo es usado por otros autores con idénticos fines; vid. por todos, SPAAK, T.: *The Concept of Legal Competence*, op. cit., pág. 83.

⁴³⁷ Aunque Hart no explicita esa premisa en "Sovereignty and Legally Limited Government", sí lo hace en "Legal Powers", op. cit., pág. 212.

perteneciente a una sistema jurídico declara válido un determinado tipo de actos jurídicos (v. gr. la venta de cosas robadas), realizados por una determinada clase de personas (v. gr. cualquiera que tenga capacidad mental suficiente) entonces los sujetos de esa clase son competentes para realizar esos actos⁴³⁸.

Por mi parte, creo que por razones de claridad conceptual vale la pena vincular la validez de los actos jurídicos a la competencia de los sujetos que los realizan. Por supuesto, asumo que en muchos casos iguales o parecidos al ejemplo de Hart, donde la realización del acto declarado válido por el derecho está prohibida, no es habitual decir que el sujeto era competente para realizarlo. No obstante, sostengo que ello es debido únicamente a que se suele atribuir una carga emotiva positiva a la noción de competencia. Dado que, por mi parte, pretendo delinear el concepto de competencia de un modo valorativamente neutro, no encuentro ningún obstáculo para llamar competente al sujeto que realiza un acto prohibido por el derecho si, a la vez,

⁴³⁸ Atienza y Ruiz Manero, por su parte, afirman que "En el caso de normas que existen en cuanto que son el resultado de actos de prescribir, la competencia de la autoridad edictora constituye condición necesaria de su existencia (...)". Como puede verse, esta es una posición muy fuerte, puesto que no se hace depender la validez de la norma de la competencia para su emisión sino la propia existencia de la norma. Vid. ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J.: *Las piezas del Derecho* ..., op. cit., pág. 90.

ese acto es considerado válido por el mismo⁴³⁹. Se puede decir, entonces, que el enunciado:

E₁: Son válidos los actos jurídicos de sanción y promulgación de leyes realizados por el Rey

es sinónimo de (o puede ser interpretado como):

E₂: El Rey es competente para sancionar y promulgar las leyes.

Ahora bien, la sinonimia planteada merece una justificación detallada. En este trabajo he sostenido que la validez de las normas o de los actos jurídicos no se obtiene directamente de la competencia de los sujetos actuantes. Así, dado que la competencia de un sujeto *s* es condición necesaria de la validez de los actos jurídicos que realice o de las normas que dicte, del hecho de que una norma sea válida se puede derivar que el sujeto que la dictó era competente. En cambio, no es correcto el paso inverso. Del hecho de que la autoridad emisora de una norma sea competente para emitirla, no puede

⁴³⁹ En el mismo sentido, puede verse ROSS, A.: *Lógica de las normas*, op. cit., pág. 123; y SPAAK, T.: *The Concept of Legal Competence*, op. cit., págs. 8 y 9.

obtenerse que la norma en cuestión sea válida. La razón cabe encontrarla en que son necesarias otras condiciones para que se dé esa validez, esto es, deben cumplirse las condiciones de actualización de la competencia.

En resumen, la validez de una norma es una calificación externa al sistema. Depende de lo previsto por el criterio de identificación del sistema que, a su vez, se remite a las normas de competencia y a aquellas otras que establecen las condiciones de actualización de la competencia. De este modo, el enunciado que afirma la pertenencia (validez) de una norma a un sistema determinado es siempre externo a ese mismo sistema y supone que se ha comprobado el cumplimiento de todas las condiciones necesarias y conjuntamente suficientes de la validez.

Puede observarse ahora que los enunciados del tipo E_1 son algo distintos. En efecto, E_1 no es un enunciado externo del sistema sino que pertenece al propio sistema y la validez que atribuye a los actos jurídicos de sanción y promulgación de leyes realizados por el Rey no se trata de una validez *all things considered*. En realidad, esa calificación está también sujeta a que se cumplan determinadas reglas sobre el procedimiento, etc. Por ello sostengo

que los enunciados como E_1 son interpretables en términos de normas de competencia sin pérdida de significado alguno⁴⁴⁰.

Este avance permite dar una respuesta a la cuestión respecto de la existencia de qué reglas es dependiente la verdad de un enunciado disposicional que afirme la posesión de la propiedad disposicional institucional 'ser competente'. Puede decirse que un sujeto s es competente en un sistema S_j para realizar un determinado acto jurídico a sobre una materia m si, y sólo si, existe en S_j una regla le atribuya a s tal competencia.

¿Cuáles son las condiciones en las que se actualiza la propiedad disposicional 'ser competente'? Para responder a esta pregunta debe hacerse especial mención a las reglas procesales. Algunas de estas reglas, en la concepción que presento, determinan algunas de las condiciones necesarias para la actualización de la propiedad disposicional 'ser competente'. Esto es, dadas ciertas condiciones (entre otras, que el sujeto competente siga las reglas procesales pertinentes al ejercer su competencia) se producirá un resultado

⁴⁴⁰ Resulta, pues, una nueva ambigüedad del término 'validez'. En un primer sentido, que puede denominarse como *validez prima facie*, es una calificación intrasistemática; en otro sentido, que puede denominarse como *validez all things considered*, es, en cambio, una calificación extrasistemática y supone que se han cumplido todas las condiciones de actualización de la competencia.

institucional consistente en la producción de un acto jurídico válido o una norma válida⁴⁴¹.

De este modo, el cambio de alguna regla procesal no comporta el cambio de la competencia sino únicamente de las condiciones en las que la competencia se puede actualizar. Esta reconstrucción tiene la ventaja de evitar algunas consecuencias contraintuitivas de considerar a las reglas procesales como definitivas de la propia competencia. En efecto, si, como por ejemplo defiende Bulygin, el procedimiento es definitivo de la competencia, entonces, el cambio de la regla que establece que, presentado un proyecto de ley al Congreso de los Diputados, se abrirá un plazo de 15 días para la presentación de enmiendas⁴⁴², por una nueva regla que establezca para las mismas circunstancias un plazo de 16 días, produce una modificación de la competencia legislativa del Parlamento, lo que parece en todo caso algo exagerado. Es más, si como es el caso de Hart, Ross y Bulygin se dice que la competencia define al propio órgano, la modificación del procedimiento

⁴⁴¹ Esta consecuencia, no sólo se deriva conceptualmente del planteamiento realizado, sino que es atribuida de modo general por los juristas en su labor cotidiana.

⁴⁴² Artículo 110 del Reglamento del Congreso de los Diputados.

produce, transitivamente, un cambio de órgano, lo que es aun más extraño⁴⁴³.

A mi entender, la concepción de Hart, Ross y Bulygin, entre otros, responde a la sana intuición de que las reglas sobre el procedimiento inciden de algún modo en la competencia de los sujetos y en la validez de los actos realizados o de las normas dictadas por aquéllos. No obstante, la constatación de esa incidencia no autoriza a sostener que las reglas procesales son definitorias de la propia competencia y hasta del órgano. En mi opinión, por las razones que he expuesto en el apartado 3 de este mismo capítulo, vale la pena mantener distintas las normas que constituyen la competencia de aquellas que indican las condiciones en que la competencia conferida puede ejercerse.

Debe advertirse, en fin, que no todas las reglas procesales establecen condiciones de actualización de la competencia. No lo hacen, por ejemplo, aquellas que imponen meras obligaciones, sin que su cumplimiento o incumplimiento incida en la validez de los actos jurídicos o de las normas que se dicten.

⁴⁴³ Vid. HART, H.L.A.: *El Concepto de Derecho*, op. cit., págs. 95 y 96; ROSS, A.: *Sobre el derecho y ...*, op. cit., págs. 77 y 78; Id.: "Sobre la auto-referencia y ...", op. cit., pág. 50; y BULYGIN, E. "Sobre las normas de competencia", op. cit., pág. 497.

Por otro lado, el procedimiento no agota la categoría de las condiciones de actualización de la competencia. Una más de esas condiciones (referida a la emisión de normas) es, por ejemplo, que no pertenezcan al sistema normas superiores a la que se pretenda dictar contrarias a ésta. En esos casos, opera el principio *lex superior* e impide la incorporación al sistema de la nueva norma. Alchourrón y Bulygin, en cambio, han explicado la operatividad del principio *lex superior* como limitador de la propia competencia⁴⁴⁴. Ello implica, entre otras cosas, la inclusión de ese principio en la propia definición de competencia; de este modo, por ejemplo, la autoridad *a* es competente para prohibir *p* si la permisión de *p*, promulgada por una autoridad superior, no pertenece al sistema⁴⁴⁵. Creo que la presentación de ese principio como condición de actualización de la competencia tiene ciertas ventajas. Una de las más importantes es la de otorgar una cierta estabilidad a la competencia que se atribuye a cada sujeto. En efecto, bajo esta reconstrucción, la competencia del sujeto únicamente puede ser afectada por reglas constitutivas (normas de competencia o disposiciones derogatorias), en tanto que las reglas

⁴⁴⁴ Vid. *supra*, epígrafe 2.4 del capítulo II.

⁴⁴⁵ Vid. ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: "Permisos y normas permisivas", op. cit., pág. 237; Id.: "Libertad y autoridad normativa", op. cit., pág. 245; y BULYGIN, E.: "Permissive Norms and Normative Systems", op. cit., págs. 213 y ss. Guibourg ha defendido la tesis según la cual el principio *lex superior* es uno de los que él llama *filtros de admisión*. Creo que, en lo sustancial, se trata de la misma idea que se defiende aquí. Vid. GUIBOURG, R.: "Formalización de la competencia", op. cit., pág. 4.

regulativas, sean éstas acerca del ejercicio de la competencia o no, afectarían únicamente a las condiciones de actualización de la competencia.

En el epígrafe 3.1 de este mismo capítulo he presentado un ejemplo compuesto por los siguientes cuatro casos:

a) Un grupo del que forman parte la mayoría de los Diputados se reúne sin previa convocatoria ni orden del día en una playa. Allí deciden dictar una ley de costas, para lo cual siguen escrupulosamente el procedimiento legislativo establecido en el Reglamento del Congreso de los Diputados⁴⁴⁶.

b) El mismo grupo de Diputados se reúne en la misma playa sin previa convocatoria ni orden del día. Acuerdan dictar la referida ley de costas, pero no siguen para ello el procedimiento legislativo establecido.

c) Previa convocatoria formal de la sesión por parte del Presidente del Congreso, con el preceptivo orden del día y demás requisitos necesarios para

⁴⁴⁶ Arts. 78 y ss. y 108 y ss. del Reglamento del Congreso de los Diputados. En aras de una mayor simplicidad del ejemplo, he obviado la necesidad de la tramitación y aprobación de los proyectos de ley por el Senado.

la reunión del Congreso⁴⁴⁷, la mayoría de los Diputados aprueba una ley de costas, siguiendo el procedimiento legislativo establecido.

d) Previa convocatoria formal de la sesión por parte del Presidente del Congreso, con el preceptivo orden del día y demás requisitos necesarios para la reunión del Congreso, la mayoría de los Diputados aprueba una ley de costas, pero no siguen para ello alguna de las reglas del procedimiento legislativo establecido.

He mostrado ya que puede entenderse que en los dos primeros supuestos el Congreso de los Diputados *no se ha reunido* y que, por tanto, las acciones del grupo de Diputados no sobrepasan el nivel de las acciones particulares. En el cuarto caso, sí actúa el Congreso en cuanto órgano competente para emitir leyes, pero no se dicta una ley válida por un defectuoso cumplimiento de una de las condiciones de actualización de la competencia, a saber, el procedimiento. Propongo ahora considerar un quinto caso:

⁴⁴⁷ Sin ánimo de exhaustividad, cfr. los artículos 67, 73 y 79 CE y 54, 55, 61, 67 del Reglamento del Congreso de los Diputados.

e) Previa convocatoria formal de la sesión por parte del Presidente del Congreso, con el preceptivo orden del día y demás requisitos necesarios para la reunión del Congreso, la mayoría de los Diputados aprueba una ley de costas que vulnera derechos fundamentales protegidos por la constitución, siguiendo el procedimiento legislativo establecido.

De acuerdo con la tesis que concibe el principio *lex superior* como limitador de la competencia, un órgano es únicamente competente para emitir normas que no sean contrarias a lo dispuesto por normas superiores. Dado que además, autores como Hart, Ross o Bulygin, sostienen que la competencia es definitoria del propio órgano, debe concluirse que en el supuesto e) *no ha actuado* el Congreso de los Diputados.

En cambio, a partir de la concepción del principio *lex superior* como condición de actualización de la competencia, la conclusión es claramente distinta. Dado que en el supuesto e) se han seguido las normas que rigen la convocatoria de las sesiones del Congreso cabe entender que las acciones realizadas por la mayoría de los Diputados tienen valor institucional. No obstante, al no haberse cumplido con una de las condiciones de actualización

de la competencia, la ley de costas aprobada es inválida. En ese sentido, los supuesto e) y d) son análogos.

Puede advertirse que las distintas conclusiones a las que se llega a partir de las diversas concepciones del principio *lex superior* tienen una considerable importancia práctica. Así, por ejemplo, de acuerdo con el derecho español, sólo si se considera que ha actuado el Congreso y que ha emitido una ley entrará en juego la restricción al Tribunal Constitucional de la competencia para enjuiciar la validez de las leyes⁴⁴⁸. En cambio, si se sostiene que en el supuesto e) no ha actuado el Congreso de los Diputados, la jurisdicción ordinaria será competente para inaplicar el texto aprobado por los Diputados y negarle el título de *ley*.

He mencionado dos de las condiciones de actualización de la competencia, que son seguramente las más importantes. Ahora bien, es razonable suponer que resulte altamente dificultoso (quizás imposible) enumerar en una cláusula cerrada todas los requisitos necesarios y conjuntamente suficientes para la actualización de la competencia. Este problema, a pesar de su importancia,

⁴⁴⁸ Vid. artículo 161 de la Constitución española y artículos 1 y 2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

no impide la operatividad de la noción de propiedad disposicional institucional. En más, tampoco es un problema exclusivo de este tipo de propiedades disposicionales.

En este sentido, Putnam ha distinguido, al nivel de las propiedades empíricas, las llamadas *propiedades disposicionales estrictas* de las *propiedades disposicionales ceteris paribus*. Así por ejemplo,

"La disposición de los cuerpos con una masa en reposo no igual a cero de viajar a velocidades por debajo de la velocidad de la luz es una disposición *estricta*; es físicamente imposible para un cuerpo con una masa en reposo no igual a cero viajar a la velocidad de la luz."⁴⁴⁹

En cambio, con las propiedades disposicionales *ceteris paribus* sucede algo distinto. Para mostrarlo, introduciré una larga pero iluminadora cita del mismo Putnam:

"(...) ¿Qué ocurre con la disposición del azúcar para disolverse en agua?

Ésta no es una disposición estricta, ya que el azúcar que se coloca en agua ya saturada con azúcar (o, incluso, con otros productos químicos apropiados) no se

⁴⁴⁹ Vid. PUTNAM, H.: *Las mil caras del realismo*, Paidós, [Trad. Vázquez Campos, M. y Liz Gutiérrez, A.M.], Barcelona, 1994, pág. 50. La cursiva es del autor.

disolverá. ¿Es, entonces, una disposición estricta la disposición del azúcar para disolverse en *agua químicamente pura*?

He aquí otra disposición no estricta: el primer contraejemplo que mencionaré proviene de la termodinámica: Supongamos que arrojo un terrón de azúcar en agua y que el terrón de azúcar se disuelve. Consideremos azúcar que está en agua, pero de tal forma que, aunque la situación sea idéntica a la situación que acabo de imaginar (el azúcar está disuelto en el agua) con respecto a la posición de cada partícula, todos los vectores de momento tienen una orientación exactamente opuesta respecto de los que ahora tenemos. Se trata de un ejemplo famoso: lo que ocurre en el ejemplo es que el azúcar, en lugar de permanecer disuelto, simplemente forma un terrón de azúcar que, espontáneamente, ¡salta fuera del agua! Puesto que a todo estado normal (todo estado en el cual el azúcar se disuelve) le corresponde un estado en el cual «se des-disuelve», vemos que hay infinitamente muchas condiciones posibles en las cuales el azúcar «se des-disuelve», en vez de permanecer disuelto. Por supuesto, todos son estados en los que la entropía disminuye; pero eso no es imposible, ¡sólo extremadamente improbable!

¿Diremos, entonces, que el azúcar tiene una disposición estricta a disolverse a menos que se encuentre en una condición en la cual tenga lugar una disminución de la entropía? No, porque si el azúcar se coloca en agua y se produce una congelación repentina, el azúcar no se disolverá si la congelación tiene lugar lo suficientemente rápido.

De hecho, lo que podemos decir es que bajo condiciones *normales* el azúcar se disolverá si es colocado en agua. Y no hay ninguna razón para pensar que todas

las diferentes condiciones no normales (...) bajo las cuales el azúcar no se disolvería si fuera colocado en agua, puedan recogerse en una fórmula cerrada del lenguaje de la física fundamental."⁴⁵⁰

En resumen, en mi opinión puede sostenerse que la competencia es una propiedad disposicional institucional *ceteris paribus*⁴⁵¹. Esto significa que no podemos establecer en una cláusula cerrada las condiciones necesarias y conjuntamente suficientes para la actualización de la competencia. En ese sentido, debe tenerse en cuenta que la inclusión del principio *lex superior* entre las condiciones de actualización de la competencia produce, en determinadas circunstancias, la indeterminación lógica de esas condiciones. Mostraré ésto último mediante un ejemplo. Supóngase que en un momento

⁴⁵⁰ Vid. PUTNAM, H.: *Las mil caras del realismo*, op. cit., págs. 51 y 52.

⁴⁵¹ Ello, por cierto, mantiene una interesante semejanza con la tesis de que todas las normas que imponen obligaciones, en realidad, imponen obligaciones *prima facie*, de modo que tendrían la forma lógica de un condicional derrotable. Sobre este punto puede verse, por todos, ALCHOURRÓN, C.E.: "Para una lógica de las razones *prima facie*", en *Análisis Filosófico*, XVI, nº 2, 1996. La idea de que hay obligaciones derrotables o *prima facie* es de Sir David Ross. Vid. ROSS, W.D.: *The Right and the Good*, Clarendon Press, Oxford, 1961, págs. 19 y ss. Farrell, por su parte, sostiene que todas las obligaciones jurídicas, excepto la obligación del juez de oír al acusado, son obligaciones *prima facie*. Vid. FARRELL, M.D.: "Las obligaciones jurídicas como obligaciones *prima facie*", en BULYGIN, E., FARRELL, M.D., NINO, C.S. y RABOSSI, E. (comps.): *El lenguaje del Derecho...*, op. cit., págs. 137 y ss. En realidad, bajo esta perspectiva, la competencia devendría una condición contribuyente (una condición necesaria de una condición suficiente) de la validez de los actos realizados o de las normas emitidas en su ejercicio.

t_1 ingresan en el sistema las siguientes normas con rango legal (indicado por el superíndice 1)⁴⁵²:

1N_1 : Prohibido fumar los domingos.

1N_2 : A es competente para emitir normas en materia de trabajo.

1N_3 : B es competente para emitir normas en materia consumo de tabaco.

Posteriormente, en un momento t_2 A y B ejercen la competencia que les ha sido conferida y dictan las siguientes normas de rango reglamentario (indicado por el superíndice 2):

2N_4 : Prohibido trabajar los domingos.

2N_5 : Permitido fumar los días en que no se debe trabajar.

Dado que las dos normas han sido dictadas por autoridades competentes, que, por hipótesis, han seguido el procedimiento establecido, y ninguna de

⁴⁵² Tomo el ejemplo, para fines diversos y parcialmente modificado, de ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: "Libertad y autoridad normativa", op. cit., págs. 245 y 246.

ellas es incompatible con una norma superior, debería concluirse que se han cumplido todas las condiciones para que A_2N_4 y B_2N_5 sean normas válidas del sistema de referencia. Ahora bien, por aplicación del criterio de deducibilidad, mediante la promulgación de A_2N_4 y B_2N_5 se obtiene:

2N_5 : Permitido fumar los domingos.

Sucede que esta última norma sí es incompatible con una norma superior y es, por tanto, inválida. Pero para que 2N_5 no ingrese en el sistema, debe ser también rechazada alguna de las normas de las que es consecuencia lógica y no hay ningún criterio lógico para seleccionar entre ellas⁴⁵³. De este modo, las condiciones de actualización de las competencias de A y B quedan lógicamente indeterminadas por efecto del principio *lex superior*.

Ésto tiene importantes consecuencias, por cuanto el carácter de propiedad disposicional institucional *ceteris paribus* de la competencia exige una reformulación de algunas cláusulas del criterio de identificación del sistema.

⁴⁵³ Vid., al respecto, NAVARRO, P.E.: "Promulgazione e abrogazione di norma giuridiche", op. cit., págs. 102 y 103; y MORESO, J.J. y NAVARRO, P.E.: *Orden jurídico y ...*, op. cit., pág. 67.

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

Como ya he señalado en diversas ocasiones⁴⁵⁴, Alchourrón y Bulygin han ideado un esquema definicional que cumple la función de criterio de identificación del ordenamiento jurídico. No reproduciré de nuevo aquí ninguna de las diversas versiones que Alchourrón y Bulygin han dado del mismo⁴⁵⁵. Bastará recordar que, a los efectos que ahora interesan, el mencionado criterio contiene una primera cláusula en la que se identifican las normas del sistema originario, entre las que, para que el ordenamiento sea dinámico, tiene que haber alguna norma de competencia; y una segunda cláusula en la que, simplificada, se establece que serán válidas aquellas normas emitidas por autoridades competentes, de acuerdo a normas de competencia previamente pertenecientes al sistema⁴⁵⁶.

⁴⁵⁴ Cfr. el apartado 2.2 del capítulo segundo y el epígrafe 3 del capítulo tercero.

⁴⁵⁵ Pueden verse algunas de ellas en ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: *Introducción a la metodología ...*, op. cit., págs. 120 y 121; Id.: *Sobre la existencia ...*, op. cit., págs. 73 y 74; BULYGIN, E.: "Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos", op. cit., págs. 263 y 264.

⁴⁵⁶ El criterio se completa con tres cláusulas más referentes a la pertenencia de las normas que sean consecuencia lógica de otras normas pertenecientes al sistema, a la derogación de normas pertenecientes al sistema y, finalmente, una cláusula de supervivencia en el ordenamiento de aquellas normas pertenecientes no derogadas.

Como he intentado poner de manifiesto en este trabajo, la concepción de Alchourrón y Bulygin incluye en la propia noción de competencia todas las condiciones necesarias y conjuntamente suficientes para la validez de las normas. Así, resulta analítico decir que si una autoridad a es competente para emitir una norma n , entonces, si emite la norma n , ésta será válida.

De acuerdo con la tesis que estoy defendiendo, en cambio, la competencia es únicamente una condición necesaria para la validez de los actos jurídicos que se realicen o de las normas que se dicten en el ejercicio de aquélla. Para que los actos jurídicos o las normas sean válidos es necesario, además, que la competencia sea ejercida de acuerdo con sus condiciones de actualización, i.e. el procedimiento adecuado, respetando *lex superior* (si se trata de la emisión de una norma), etc. Por ello, se hace necesaria la introducción de la referencia a las condiciones de actualización de la competencia en la segunda cláusula del criterio de identificación. Dicha cláusula podría tener entonces la siguiente forma:

2. Si una norma N_j es válida en un sistema S_i , que pertenece a O_i , y N_j atribuye competencia a la autoridad x para promulgar la norma N_k , y x promulga en el momento t la norma N_k siguiendo

el procedimiento establecido en S_t y respetando *lex superior*, entonces N_k es *ceteris paribus* válida en el sistema S_{t+1} , y S_{t+1} pertenece a O_i .

Ahora bien, la competencia es condición necesaria no sólo para la introducción de normas en el sistema sino también para su derogación. Por ello, la cláusula tercera del criterio de identificación, que define las condiciones en que se producirá la derogación de una norma del sistema, debe ser también modificada de acuerdo con la concepción que aquí defiende. Esa cláusula puede redactarse, entonces, como sigue:

3. Si una norma N_j es válida en un sistema S_t , que pertenece a O_i , y N_j atribuye competencia a la autoridad x para derogar la norma N_k , y x deroga en el momento t la norma N_k siguiendo el procedimiento establecido en S_t y respetando *lex superior*, entonces N_k es *ceteris paribus* inválida en el sistema S_{t+1} , y S_{t+1} pertenece a O_i .

3.3. El acto jurídico.

Es habitual entre los teóricos del derecho la tesis de que las normas de competencia tienen por objeto actos normativos en sentido estricto, esto es, actos de dictar o derogar normas⁴⁵⁷. Creo que esta restricción no es adecuada. De acuerdo a ella, por ejemplo, un enunciado como el que sigue:

E₃: El secretario judicial es competente para firmar las sentencias junto al Juez

no es una norma de competencia; y tampoco lo serían las que confieren potestad a la policía para detener a individuos en determinadas circunstancias, ni las que establecen que los funcionarios de prisiones son competentes para ejecutar las condenas privativas de libertad emitidas por los jueces, ni la que da competencia al Rey para sancionar y promulgar las Leyes, etc. Una definición de competencia restringida como ésta parece, en consecuencia, no adecuarse bien a algunas intuiciones básicas de los juristas. Por ello, he

⁴⁵⁷ Vid., por ejemplo, GUASTINI, R.: *Il giudice e la legge*, op. cit., pág. 138; GUIBOURG, R.: "Formalización de la competencia", op. cit., pág. 2; von Wright, por su parte, aun restringe más el tipo de actos normativos que pueden ser objeto de las normas de competencia, de modo que excluye los actos consistentes en derogar normas. Cfr. WRIGHT, G.H. von: *Norma y acción*, op. cit., pág. 198.

propuesto una definición más amplia que hace referencia a actos jurídicos, sean éstos o no normativos⁴⁵⁸.

Los actos jurídicos presuponen la realización de determinadas acciones naturales por parte de los sujetos. Como éstas, pueden ser descritos de formas muy diversas. Así, puede darse competencia para *regular* una determinada materia (dejando de este modo libertad respecto al contenido de las normas que se dicten, a la cantidad de normas, etc.), para *emitir* un determinado texto normativo (aquí queda también libre el contenido, pero se limita de algún modo la cantidad de las normas y las oportunidades temporales en que se tiene competencia), para *derogar* normativas, para *armonizar* la regulación ya existente sobre una materia (con lo que se establece un marco -la regulación ya existente-), para *permitir*, *prohibir* u *obligar* una determinada conducta (con lo que se limita el contenido de las normas para cuya emisión

⁴⁵⁸ En caso de que el acto jurídico sea normativo, la validez del acto comportará la validez de la norma emitida (en el supuesto de que sólo se requiera un acto para tal emisión) o la derogación válida de una norma del sistema. En este último caso, si se entiende que la derogación no es más que un simple acto de rechazo de una norma, éste no será entonces un acto normativo en sentido estricto y quedaría también excluido del concepto de competencia de acuerdo a la definición restringida aquí rechazada. Parece acogerse un concepto amplio de norma de competencia, de modo que se incluyen en su referente a aquéllas que confieren potestad para realizar actos jurídicos, en GUASTINI, R.: *Dalle fonti alle norme*, op. cit., págs. 212 y 213. Una noción de acto jurídico muy próxima a la que propongo en este trabajo, puede encontrarse en AGUILÓ, J.: "Sobre «Definiciones y normas»", op. cit., pág. 280.

se tiene competencia), para *firmar* sentencias junto al Juez, para *imponer* multas de tráfico, etc.

Es importante distinguir entre el acto jurídico, como hecho institucional, y las acciones naturales que le subyacen. O lo que es lo mismo, entre la acción natural y el resultado institucional de ésta⁴⁵⁹. Así, puede decirse que la acción de escribir un texto determinado en un papel subyace al hecho institucional de imponer una multa. Resulta obvio decir que la realización de la acción natural está al alcance de cualquiera (siempre que sepa escribir). Sólo a algunos sujetos, en cambio, el derecho les atribuye la capacidad (la competencia) de producir el resultado institucional. De este modo, las normas de competencia constituyen la capacidad de producir un determinado resultado institucional identificado como acto jurídico.

Estoy ahora en disposición de ofrecer un argumento más en favor de la distinción entre normas de competencia y reglas procesales. Si la competencia es la capacidad de producir determinados resultados institucionales de acuerdo con las previsiones realizadas por el sistema normativo de referencia, resulta

⁴⁵⁹ Sobre la distinción entre acciones naturales y resultados institucionales, o entre hechos brutos e institucionales, vid. SEARLE, J.: *Actos de habla*, op. cit., págs. 58 a 61; Id.: *The Construction of Social Reality*, op. cit., págs. 27, 34 y 35.

irrelevante a los efectos de determinarla cual sea el procedimiento que la autoridad competente deberá seguir para producir el resultado institucional, esto es, para actualizar su competencia. Únicamente resulta necesario que el sistema le ofrezca algún modo para producir el resultado institucional; para que la acción natural del sujeto tenga valor de acto jurídico.

Esto es lo que nos permite decir con sentido que la competencia del Parlamento no cambia si se sustituye la norma que establece el plazo de 15 días para la presentación de enmiendas a los proyectos de ley. A pesar de ese cambio, la competencia sigue determinándose por la capacidad de producir el resultado institucional de dictar una ley. El Parlamento sigue teniendo la competencia legislativa.

3.4. La materia.

Quizás éste sea el elemento más simple de los que conforman el enunciado canónico de una norma de competencia⁴⁶⁰. Baste decir que en algunas ocasiones se identifica el tipo de fuente normativa (leyes, reglamentos, sentencias, contratos, etc.) sin hacer mención a la materia específica que sea regulada mediante esas fuentes. Esto ocurre, por ejemplo, cuando el acto jurídico para el que se es competente en referencia a esas fuentes no es un acto normativo en sentido estricto ("El Rey es competente para sancionar y promulgar las leyes") o es un acto de trámite o una exigencia formal. En otras ocasiones, en cambio, la identificación de las materias que pueden ser reguladas mediante esas fuentes se realiza en otras disposiciones⁴⁶¹.

⁴⁶⁰ La simplicidad mencionada es relativa al ámbito de estudio de este trabajo, i.e., al carácter y a la estructura de las normas de competencia. Está claro que a nivel práctico es seguramente el punto más conflictivo, por cuanto las discusiones sobre las distribuciones de competencias entre diversos órganos y niveles de la administración del Estado se residen precisamente en el elemento material de la competencia. En mi opinión, no obstante, estos problemas competenciales son analizables teóricamente dentro del marco general de los problemas interpretativos o de interpretación del derecho. Esas discusiones competenciales, en conclusión, se reducen a la cuestión de determinar si la materia *m* es un caso de (o está incluida en) la materia *m'*, que es competencia del órgano o. En el mismo sentido, vid. SCHAUER, F.: *Playing by the Rules*, Oxford University Press, Oxford, 1992, págs. 170 y 171.

⁴⁶¹ Un caso de este modo de establecer las competencias es el de la competencia legislativa de las Cortes españolas. Así, el artículo 66.2 de la Constitución constituye a las Cortes en competentes para emitir leyes y son otras normas constitucionales las que establecen qué materias deben regularse mediante la fuente legislativa.

Por último, vale la pena señalar que es habitual la existencia de competencias materiales compartidas. En esos supuestos, se atribuyen competencias sobre la misma materia a dos órganos distintos⁴⁶². Para evitar que las competencias sean concurrentes, los diversos órganos competentes lo son para la realización de actos jurídicos distintos sobre la materia en cuestión. Un caso paradigmático de este tipo de distribución competencial es el de la legislación compartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas⁴⁶³.

⁴⁶² Vid. al respecto, DÍEZ-PICAZO, L.M^a.: *La derogación de las leyes*, Cívitas, Madrid, 1990, págs. 127 y ss.

⁴⁶³ Acerca de este tipo de distribución competencial, vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La ejecución autonómica de la legislación del Estado*, Cívitas, Madrid, 1983, págs. 21 y ss.; DE OTTO, I.: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, págs. 277 y ss.; y PÉREZ ROYO, J.: *Las fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1986, págs. 158 y ss. Cfr. también respecto de éste punto las SSTC de 4 de mayo, 14 y 30 de junio de 1982.

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.

1. El carácter de las normas de competencia.

De acuerdo a la caracterización de las normas de competencia que he realizado en las páginas precedentes, éstas son reglas constitutivas. Las normas de competencia constituyen al sujeto de las mismas en competente para realizar un determinado acto jurídico sobre una materia dada. Ello significa que el sujeto adquiere la propiedad disposicional institucional de 'ser competente' a partir de la entrada en vigor de la norma de competencia⁴⁶⁴.

Dado que son muchos los autores que han escrito sobre reglas constitutivas y que no siempre lo han hecho con conceptos coincidentes, creo que serán de utilidad algunas precisiones más. Denomino 'reglas constitutivas' a aquellas reglas emitidas mediante un uso performativo u

⁴⁶⁴ A pesar de que en otro punto de este trabajo he tratado a las tesis de Alchourrón y Bulygin y de Hernández Marín como equivalentes, se puede ofrecer una interpretación plausible de ésta última que la acerque a la categoría de las reglas constitutivas que yo presento. En efecto, puede verse que las definiciones y las disposiciones cualificadoras no son categorías coextensivas; los nombramientos, por ejemplo, son disposiciones cualificadoras y, en cambio, sólo de un modo muy forzado puede decirse que son definiciones. Ello es debido, según creo, a que la definición que ofrece Hernández Marín de 'disposición cualificatoria' es muy próxima a la que yo he presentado de 'regla constitutiva'. Vid. HERNÁNDEZ MARÍN, R.: *El Derecho como dogma*, op. cit., págs. 30-31; donde dice que "Las disposiciones cualificadoras son oraciones que atribuyen una propiedad, o incluyen en una determinada clase, a todas las entidades que tengan una determinada propiedad, o pertenezcan a una cierta clase".

operativo del lenguaje⁴⁶⁵. Como se sabe, los usos del lenguaje se pueden únicamente predicar de actos lingüísticos y no de reglas, razón por la cual lo que determina el carácter constitutivo de la regla es el uso performativo del acto de su emisión⁴⁶⁶.

Como es bien sabido, la teoría de los enunciados performativos se debe al filósofo del lenguaje J.L. Austin. Inicialmente, Austin planteó la distinción entre los enunciados descriptivos y los performativos en términos de la

⁴⁶⁵ También Mendonca ha defendido la tesis según la cual las normas de competencia son reglas constitutivas. Para él, "Cuando el legislador formula un enunciado en la forma estándar «El órgano O será competente para X» realiza un acto con palabras: *atribuye competencia* al órgano O para X, *constituye* a O en competente para X." Vid. MENDONCA, D.: *Introducción al análisis normativo*, op. cit., págs. 173 y 174. Las cursivas son del autor. De este modo, pueden destacarse tres coincidencias importantes entre la tesis de Mendonca y la defendida aquí: i) que las normas de competencia son reglas constitutivas, ii) que el fundamento de la constitutividad de la regla cabe encontrarlo en el uso operativo del lenguaje usado en el acto de emisión de la misma, y iii) que lo que constituyen las normas de competencia es la propiedad de ser competente de los sujetos de aquéllas.

⁴⁶⁶ Atienza y Ruiz Manero han relacionado también las reglas constitutivas con el uso performativo del lenguaje del acto de su emisión. Vid. ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J.: *Las piezas del Derecho ...*, op. cit., págs. 65 y 66. La relación de las reglas constitutivas con el uso performativo del lenguaje puede verse también en Spiegelberg y Carcaterra. Vid. SPIEGELBERG, H.: "Leggi costitutive", en SCARPELLI, U. y DI LUCIA, P. (eds.): *Il linguaggio del diritto*, op. cit., págs. 115 a 117; y CARCATERRA, G.: "La forza costitutiva delle norme", en CARCATERRA, G.: *Il normativismo e la forza costitutiva delle norme*, Bulzoni, Roma, 1988, pág. 100; Id.: "Norme costitutive", op. cit., págs. 227 y 228. Conte, por su parte, ha delineado al respecto la categoría de la *performatividad thética* en CONTE, A.G.: "Performativo vs. normativo" en SCARPELLI, U. y DI LUCIA, P. (eds.): *Il linguaggio del diritto*, op. cit., págs. 247 a 263 [Hay traducción castellana bajo el título "Forma performativa", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XI, 1994, págs. 381 a 392].

distinción entre *decir* cosas con palabras y *hacer* cosas con palabras⁴⁶⁷. De este modo, lo que tendrían de particular los enunciados performativos es el hecho de que,

"(...) si una persona hace una emisión de este tipo, diríamos que está *haciendo* algo en vez de meramente *diciendo* algo."⁴⁶⁸

Ésto sería bastante claro si comparamos enunciados como 'Pedro vino ayer' y 'Te bautizo con el nombre de Pedro'. El primero sería descriptivo, susceptible de verdad o falsedad, en tanto que en el segundo no se describiría la ocurrencia de un bautizo determinado sino que *se realizaría* el propio bautizo. Por ello, a estos enunciados no les sería atribuible valor de verdad.

Ahora bien, el mismo Austin abandonó esta fundamentación tras constatar que buena parte de los enunciados descriptivos (y de los imperativos) pueden convertirse en performativos si se les añade un verbo indicador de la función que indentifique que es lo que se está haciendo al decir lo que se dice. Así sucede, por ejemplo, si a 'Pedro vino ayer' se le añade 'Yo digo que',

⁴⁶⁷ Vid. AUSTIN, J.L.: *Cómo hacer cosas con palabras*, op. cit., Conferencia I, págs. 46 y 47; Id.: "Emisiones realizativas", en VALDÉS VILLANUEVA, L.MI. (ed.): *La búsqueda del significado*, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 417.

⁴⁶⁸ AUSTIN, J.L.: "Emisiones realizativas", op. cit., pág. 417. Las cursivas son del autor.

resultando el enunciado "Yo digo que 'Pedro vino ayer'". Lo mismo ocurre si el enunciado imperativo 'Ven mañana' se convierte en 'Te ordeno que vengas mañana'⁴⁶⁹. Por ello, Austin sugiere que lo que caracteriza los enunciados performativos o realizativos es la presencia en ellos de un verbo performativo explícito, que indicaría la fuerza ilocucionaria del enunciado⁴⁷⁰. Esto es importante por cuanto, de ser correcto, permitiría la reconstrucción de todo el material normativo en forma de enunciados performativos. Y ello, en fin, tornaría inútil la categoría de los performativos a los efectos de delinear la distinción entre reglas regulativas y constitutivas.

En este punto, Carcaterra ha ofrecido un argumento que, en mi opinión, permite sostener la distinción mencionada⁴⁷¹. Para presentar ese argumento vale la pena analizar los siguientes ejemplos de enunciados performativos:

(1) Apuesto mil pesetas a que Pedro viene mañana, y

⁴⁶⁹ Cfr. AUSTIN, J.L.: "Emisiones realizativas", op. cit., pág. 430. También ROSS, A.: "Grandeza y decadencia de la doctrina de las expresiones realizativas", op. cit., págs. 115 y 116.

⁴⁷⁰ Vid. AUSTIN, J.L.: *Cómo hacer cosas con palabras*, op. cit., Conferencia XII, págs. 195 y ss: Vid. también, ROSS, A.: "Grandeza y decadencia de la doctrina de las expresiones realizativas", op. cit., pág. 123.

⁴⁷¹ Vid. CARCATERRA, G.: "La forza costitutiva delle norme", op. cit., págs. 100 y ss.; Id.: "Norme costitutive", op. cit., págs. 227 y 228.

(2) Por la presente norma se establece que queda derogado el artículo 10 del Código Civil.

Si se observa el enunciado (1) se verá que consta de una frase principal, que contiene un verbo típicamente performativo, y otra subordinada, que especifica el contenido de la apuesta. Resulta obvio decir que, si la emisión es feliz, la apuesta queda realizada por su propia emisión, pero no así el contenido de la oración subordinada. Esto es, que Pedro venga mañana no depende en absoluto de la emisión de (1).

En cambio, con el enunciado (2) sucede algo distinto. Así, este tipo de enunciados, que Carcaterra llama *performativos constitutivos*⁴⁷², tendrían doble fuerza operativa, de modo que con su emisión se realiza también el contenido de aquello que se enuncia. Si se toma el ejemplo (2) puede observarse que, por un lado, contiene un verbo performativo (establecer) y, por otro, el contenido de lo establecido se realiza por el propio hecho de enunciarlo. Así, la derogación del artículo 10 de Código Civil no dependerá de ningún hecho posterior o del cumplimiento o incumplimiento por parte de

⁴⁷² Vid. CARCATERRA, G.: "La forza costitutiva delle norme", op. cit., pág. 101; Id.: "Norme costitutive", op. cit., pág. 228.

terceros de lo dispuesto en (2): el artículo en cuestión queda derogado por el hecho de la emisión de (2).

Por último, la distinción entre enunciados descriptivos, prescriptivos y performativos puede verse reforzada por lo que Searle ha denominado *diferencias en la dirección de ajuste entre las palabras y el mundo*⁴⁷³. Para ilustrar esta noción, propone el siguiente ejemplo⁴⁷⁴:

"Supón que un hombre va al supermercado con una lista que le ha dado su mujer en la que están escritas las palabras «habas, mantequilla, *bacon* y pan». Supón que mientras él anda por allí con su carrito seleccionando esos elementos es seguido por un detective que escribe todo lo que él coge. Cuando salen de la tienda comprador y detective tendrán listas idénticas. Pero la función de ambas listas será completamente diferente. En el caso de la lista del comprador el propósito de la lista es, por así decirlo, lograr que el mundo encaje con las palabras: se supone que la persona al llevar a cabo sus acciones se ajusta a la lista. En el caso del detective el propósito de la lista es hacer que las palabras encajen con el mundo: se supone que la persona, al hacer la lista, se ajusta a las acciones del comprador. Además, esto puede ser demostrado observando el papel de un «error» en los dos casos. Si el detective vuelve a casa y de repente se

⁴⁷³ Cfr. SEARLE, J.: "Una taxonomía de los actos ilocucionarios", en VALDÉS VILLANUEVA, L.MI. (ed.): *La búsqueda del significado*, op. cit., pág. 451.

⁴⁷⁴ Que toma de ANSCOMBE, G.M.E.: *Intention*, Blackwell, Oxford, 1957.

da cuenta que el hombre compró chuletas de cerdo en vez de *bacon*, puede simplemente borrar la palabra «*bacon*» y escribir «chuletas de cerdo». Pero si el comprador vuelve a casa y su mujer le advierte que ha comprado chuletas de cerdo cuando debía haber comprado *bacon*, no puede corregir el error borrando la palabra «*bacon*» de la lista y escribiendo «chuletas de cerdo». "⁴⁷⁵

Así, puede decirse que en los enunciados descriptivos se da una dirección de ajuste palabra-a-mundo, en tanto que en los enunciados directivos la dirección de ajuste es mundo-a-palabra. Creo que tiene sentido, en este contexto, preguntarse por la dirección de ajuste de enunciados performativos como (2). En mi opinión, en ellos se da la misma dirección de ajuste que en los imperativos, esto es, mundo-a-palabra. En ambos se pretende que el mundo se adecue a las palabras. Ahora bien, en los enunciados imperativos es necesaria la acción (u omisión) posterior del destinatario del enunciado para que se produzca el ajuste: es necesario el cumplimiento de lo ordenado. En cambio, los enunciados performativos no necesitan de ningún hecho posterior para que se produzca el ajuste entre el mundo y las palabras. El mundo *cambia* por la sola emisión de las palabras.

⁴⁷⁵ Vid. SEARLE, J.: "Una taxonomía de los actos ilocucionarios", op. cit., págs. 451 y 452.

Diré, entonces, que una regla es constitutiva si es emitida mediante un uso performativo constitutivo del lenguaje.

Esta noción de regla constitutiva tiene una importante consecuencia respecto a las reglas derivadas, ya que, siendo derivaciones lógicas de otras reglas del sistema, no tienen, por definición, actos expresos de emisión. Ahora bien, de ello no se obtiene forzosamente la inexistencia de reglas constitutivas derivadas. Una regla derivada podrá ser una regla constitutiva si entre las premisas de las que se deriva hay, al menos, una regla constitutiva expresa. Puede observarse aquí una analogía más entre las reglas constitutivas y las prescripciones. Del mismo modo que es falaz un razonamiento lógico que concluya con una prescripción sin tener entre sus premisas alguna que sea también prescriptiva, se dirá que es incorrecto un razonamiento lógico que pretenda derivar una regla constitutiva de un conjunto de enunciados entre los que no haya, al menos, otra regla constitutiva.

Searle ha señalado una característica más de las reglas constitutivas que las distingue de las regulativas. En tanto que éstas últimas regulan una actividad preexistente, es decir, cuya existencia no es dependiente de las

mismas reglas; las reglas constitutivas constituyen una actividad cuya existencia es lógicamente dependiente de las mismas⁴⁷⁶. Ahora bien, sucede que 'ser competente' no es una actividad, por lo que la característica recién enunciada no ayuda demasiado a la caracterización que estoy presentado. Por mi parte, no veo la razón de restringir el concepto de modo que cubra únicamente las reglas que constituyen actividades. Lo son claramente algunas reglas de los juegos, etc., pero no encuentro ninguna razón convincente para excluir que el enunciado "Yo te bautizo 'José María'" exprese una regla constitutiva. Más adecuada, en cambio, me parece la relación que establece entre reglas constitutivas y hechos institucionales. Searle sostiene que la existencia de un hecho institucional depende de la existencia de reglas constitutivas y, por otro lado, que la producción de hechos institucionales depende, en la mayoría de los casos, de enunciados performativos. Aunque no dice expresamente cual es la relación entre reglas constitutivas y enunciados performativos, creo que no presenta mayor inconveniente entender, como he propuesto aquí, que la producción de un hecho

⁴⁷⁶ En realidad, Searle afirma que al menos algunas reglas constitutivas constituyen y *regulan* la actividad a la que se refieren. De este modo, esas reglas serían constitutivas y regulativas al mismo tiempo. En lo que concierne a este punto, participo de la opinión de Bulygin respecto del carácter excluyente de las dos categorías. Cabe señalar, por otro lado, que Searle no explica cual es el aspecto regulativo que atribuye a las reglas constitutivas. Vid. SEARLE, J.: *Actos de habla*, op. cit., págs. 42-3 y 50; y BULYGIN, E.: "Sobre las normas de competencia", op. cit., pág. 495.

institucional depende de la existencia de reglas constitutivas y, a su vez, que la emisión de éstas depende de actos en los que se haga un uso performativo del lenguaje. De este modo, se puede decir que, transitivamente, la producción de hechos institucionales (como el hecho de ser competente) depende de la realización de aquellos actos lingüísticos⁴⁷⁷.

Como ha sido expuesto con anterioridad, Bulygin ha usado la noción de regla constitutiva de Searle como equivalente en lo sustancial de la noción de definición. Y, en un paso posterior, ha defendido el carácter definitorio (constitutivo) de las normas de competencia. En mi opinión, es necesario forzar en exceso el sentido y la fuerza de las normas de competencia para sostener la tesis de Bulygin. En efecto, parece algo forzado sostener que las normas de competencia son reglas semánticas o enunciados metalingüísticos⁴⁷⁸. Para hacerlo, necesita sostener que cada una de esas

⁴⁷⁷ Cfr. SEARLE, J.: *The Construction of Social Reality*, op. cit., págs. 34, 54-55 y 115-116. Dejo de lado la posibilidad de que existan reglas constitutivas consuetudinarias.

⁴⁷⁸ Sobre las definiciones y, en especial, las definiciones legales, puede verse ITURRALDE SESMA, V.: *Lenguaje legal y sistema jurídico. Cuestiones relativas a la aplicación de la ley*, Tecnos, Madrid, 1989, págs. 37 a 42 y 49 a 61; HERNÁNDEZ MARÍN, R.: "Definiciones en el Derecho", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XI, 1994, págs. 367 a 380; y MENDONCA, D.: *Interpretación y aplicación del Derecho*, Universidad de Almería, Servicio de Publicaciones, Almería, 1997, págs. 40 a 47. También MacCormick y Weinberger muestran su insatisfacción con el carácter definicional de las reglas constitutivas, atribuyendo a Searle un excesivo énfasis en dicho aspecto. Vid. MACCORMICK, N. y WEINBERGER, O.: *An Institutional Theory of Law ...*, op. cit., págs. 23 y 24.

normas es una definición parcial del mismo órgano al que se hace competente o de la forma en que se pueden emitir normas válidas o, en fin, del propio concepto "norma válida"⁴⁷⁹. En la tesis que estoy presentando, en cambio, las reglas constitutivas no son reglas semánticas ni tienen carácter metalingüístico.

Alchourrón y Bulygin han sostenido que los sistemas jurídicos están integrados, al menos, por normas y definiciones⁴⁸⁰. Si se aceptan las objeciones que he presentado al tratamiento de las reglas constitutivas como definiciones, se obtiene una composición tripartita de los elementos integrantes de los sistemas jurídicos: normas, definiciones y reglas constitutivas⁴⁸¹. Hay que advertir que las normas de competencia no agotan

⁴⁷⁹ No queda claro si lo que sostiene Bulygin es que las normas de competencia definen las tres cosas conjuntamente o si se trata de definiciones alternativas o, por último, si son tres tesis distintas acerca de las normas de competencia. Sobre este punto, vid. *supra*, el epígrafe 3 del capítulo tercero.

⁴⁸⁰ Vid. ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: "Definiciones y normas", op. cit., pág. 463.

⁴⁸¹ Atendiendo al hecho de que las definiciones legales son, en su práctica totalidad, estipulativas, podría sostenerse sin mayor problema una clasificación con sólo dos elementos: normas y reglas constitutivas. Las definiciones serían, entonces una subcategoría de las reglas constitutivas, caracterizadas por su carácter semántico y metalingüístico. En una línea parecida, Martino afirma que las definiciones del derecho son "definiciones constitutivas". Vid. MARTINO, A.A.: *Le definizioni legislative*, Giappichelli, Torino, 1975, págs. 44 y 86. Aguiló ha sostenido la tesis de que "una teoría de la individualización de disposiciones jurídicas debe operar como mínimo con tres categorías: reglas o normas que imponen deberes, reglas o normas que confieren poderes y definiciones". Aunque esta tripartición de entidades integrantes de los sistemas jurídicos está, en mi opinión, en la línea de que sostengo en este trabajo, debe advertirse que la categoría de las reglas que confieren poderes, en la terminología de Aguiló, no agota la referencia del concepto de regla

la extensión de las reglas constitutivas. También son reglas de este tipo los nombramientos (por ejemplo, "nómbrese Presidente del Gobierno al Sr. José María Aznar", que constituye la propiedad disposicional institucional del Sr. José María Aznar de "ser Presidente del Gobierno"), algunas reglas procesales, las normas derogatorias, etc. Lo que distingue las normas de competencia de las demás reglas constitutivas es el objeto que aquellas constituyen, esto es, la propiedad de "ser competente".

Finalmente, creo que puede ser útil encuadrar el concepto de regla constitutiva que uso en este trabajo en la tipología contiana de las reglas constitutivas. Ello permitirá una interesante comparación con los conceptos de norma de competencia usados por Bulygin, Hernández Marín, y Atienza y Ruiz Manero, entre otros, así como con el concepto de regla constitutiva de Searle. La tipología desarrollada por Conte tiene dos ejes fundamentales que, combinados, producen seis variantes de reglas constitutivas. De acuerdo con el primero de los ejes, la existencia de una norma constitutiva puede *ser* condición de la producción de cierto efecto o *establecer* una condición para que se produzca ese efecto. De acuerdo con el segundo eje, la condición

constitutiva que se postula aquí. Vid. AGUILÓ, J.: "Sobre «Definiciones y normas»", op. cit., pág. 274.

puede ser necesaria, suficiente o necesaria y suficiente. Así, la tipología resultante es la siguiente:

1) Reglas eidético-constitutivas: su existencia es condición necesaria de aquello sobre lo que versan⁴⁸².

2) Reglas thético-constitutivas: su existencia es condición suficiente de aquello sobre lo que versan⁴⁸³.

3) Reglas noético-constitutivas: su existencia es condición necesaria y suficiente de aquello sobre lo que versan⁴⁸⁴.

4) Reglas anankástico-constitutivas: establecen una condición necesaria de aquello sobre lo que versan⁴⁸⁵.

⁴⁸² Vid. CONTE, A.G.: "Materiali per una tipologia delle regole", op. cit., págs. 346 y ss.; y AZZONI, G.M.: *Il concetto di condizione nella tipologia delle regole*, op. cit., pág. 8.

⁴⁸³ Vid. CONTE, A.G.: "Aspetti della semantica del linguaggio deontico", en DI BERNARDO, G. (ed.): *Logica deontica e semantica*, Il Mulino, Bologna, 1977, págs. 158 y ss.; y AZZONI, G.M.: *Il concetto di condizione nella tipologia delle regole*, op. cit., pág. 50.

⁴⁸⁴ Vid. AZZONI, G.M.: *Il concetto di condizione nella tipologia delle regole*, op. cit., pág. 70.

⁴⁸⁵ Vid. CONTE, A.G.: "Materiali per una tipologia delle regole", op. cit., págs. 356 y ss.; y AZZONI, G.M.: *Il concetto di condizione nella tipologia delle regole*, op. cit., pág. 83.

5) Reglas metatético-constitutivas: establecen una condición suficiente de aquello sobre lo que versan⁴⁸⁶.

6) Reglas nómico-constitutivas: establecen una condición necesaria y suficiente de aquello sobre lo que versan⁴⁸⁷.

En la concepción que he defendido hasta aquí⁴⁸⁸, el objeto constituido por las normas de competencia es la propiedad de ser competente de un determinado sujeto, y la existencia de una norma de competencia es condición necesaria y suficiente para la posesión de la propiedad 'ser competente'. Por ello, las normas de competencia quedan encuadradas en la clase de las reglas noético-constitutivas.

Como sostuve al inicio del capítulo anterior, los conceptos de norma de competencia que utilizan Bulygin y Hernández Marín, entre otros, así como el de regla constitutiva de Searle, pueden ser encuadrados dentro del de las

⁴⁸⁶ Vid. AZZONI, G.M.: *Il concetto di condizione nella tipologia delle regole*, op. cit., pág. 104.

⁴⁸⁷ Vid. AZZONI, G.M.: *Il concetto di condizione nella tipologia delle regole*, op. cit., pág. 111.

⁴⁸⁸ Cfr. el epígrafe 3.2 del capítulo anterior.

reglas eidético-constitutivas, esto es, de las reglas cuya existencia es condición necesaria de aquello sobre lo que versan, o, en palabras de Conte, de las reglas que determinan la connotación de un término⁴⁸⁹. Finalmente, Atienza y Ruiz Manero sitúan las normas de competencia entre las reglas anankástico-constitutivas. Ahora bien, como de hecho advierten los mismos autores, el uso que realizan de la noción de regla anankástico-constitutiva es algo *sui generis*, por cuanto según Atienza y Ruiz Manero las normas de competencia establecen las condiciones necesarias, suficientes o necesarias y suficientes de un determinado resultado institucional⁴⁹⁰. Por ello, en un sentido más estricto cabría decir que, en su concepción, las normas de competencia se sitúan, según los casos, en los tipos 4) 5) y 6) de reglas constitutivas.

En resumen, puede afirmarse que la tipología contiana permite resaltar los aspectos distintivos de las diversas concepciones no reductivistas de las

⁴⁸⁹ Vid. CONTE, A.G.: "Materiali per una tipologia delle regole", op. cit., págs. 352, 362 y 363. No obstante, Hernández Marín ha señalado que los enunciados cualificatorios, entre los que sitúa a las normas de competencia, establecen condiciones suficientes para que otro enunciado sea jurídico. De este modo, las normas de competencia en la concepción de Hernández Marín estarían entre las reglas thético-constitutivas. Vid. HERNÁNDEZ MARÍN, R.: *Teoría general del Derecho y de la ciencia jurídica*, op. cit., pág. 163.

⁴⁹⁰ Cfr. ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J.: "Sulle regole che conferiscono poteri", op. cit., pág. 72.

normas de competencia, a la par que muestra una cierta unidad entre ellas al situarlas en una misma familia de reglas.

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

Es importante advertir que las normas de competencia por sí solas, entendidas como constitutivas de la propiedad "ser competente", no permiten identificar los actos jurídicos válidos (ni las normas jurídicas válidas). Esto es, la competencia del sujeto que realiza un acto o emite una norma no es condición suficiente para la validez del acto o de la norma⁴⁹¹. La validez depende, no sólo de la competencia, sino también, por ejemplo, del seguimiento de algunas reglas procesales⁴⁹² en el ejercicio de la competencia.

⁴⁹¹ En el mismo sentido, SPAAK, T.: *The Concept of Legal Competence ...*, op. cit., pág. 70.

⁴⁹² Hay que recordar aquí que algunas reglas procesales tienen carácter normativo en sentido estricto (aunque a veces no vayan acompañadas de sanción). De este modo, si tomamos como ejemplo la regla que establece que se debe presentar el proyecto de ley de Presupuestos Generales del Estado antes de cada 31 de octubre, puede fácilmente observarse que la presentación extemporánea del proyecto no invalida el acto ni, por supuesto, la Ley de Presupuestos -si el proyecto es aprobado-. Se trataría en este caso de una regla procesal prescriptiva -aunque sin la previsión de sanción alguna-. Un punto de vista similar al que aquí definiendo puede encontrarse en GUASTINI, R.: *Dalle fonti alle norme*, op. cit., págs. 210 a 219; donde también distingue entre normas de competencia y reglas procesales, aun cuando, según Guastini, el seguimiento de ambas es condición necesaria para la validez del acto jurídico o de la norma. En el mismo sentido, AGUILÓ, J.: *Sobre la derogación ...*, op. cit., págs. 79 a 82.

Así, las normas de competencia únicamente indican quién tiene capacidad para producir determinados actos jurídicos válidos, pero su efectiva producción depende, entre otras cosas, del seguimiento de algunas reglas de procedimiento⁴⁹³, i.e., de aquellas que establecen condiciones de actualización de la competencia. Una vez más, esta es una consecuencia del carácter de propiedad disposicional que tiene la competencia: son necesarias condiciones apropiadas para que esa propiedad se actualice.

Por el contrario, la determinación de que un sujeto es incompetente para realizar un acto jurídico dado sobre una materia sí permite decir, si ese sujeto realiza el acto, éste será inválido o nulo (y, en caso que el acto sea productor de normas, éstas también serán nulas). En este sentido, se puede decir que la nulidad está ligada -entre otras cosas- a las normas de competencia "como dos caras de una misma moneda"⁴⁹⁴. Hay que señalar, sin embargo, que esto no es extensible a todas las reglas constitutivas, puesto que la validez y la nulidad tienen que ver únicamente con la competencia y su

⁴⁹³ En el mismo sentido, afirma Spaak que la "competencia no es una condición suficiente de la validez, ya que un agente que tiene competencia puede fracasar al *ejercerla*, v. gr. porque la situación es inadecuada o porque lo hace de un modo incorrecto". Vid. SPAAK, T.: *The Concept of Legal Competence*, op. cit., pág. 70.

⁴⁹⁴ Puede verse este último argumento, usado para distinguir las normas de competencia de las normas de conducta, en HART, H.L.A.: *El Concepto de Derecho*, op. cit., págs. 35 a 45.

ejercicio, y hay reglas constitutivas, como las derogatorias, que están fuera de ese ámbito⁴⁹⁵.

Llegados hasta aquí, se hace necesario introducir una definición de 'validez'.

Df.(1): Una norma dependiente es válida en un determinado sistema jurídico si, y sólo si, pertenece a ese sistema.

Ahora bien, un concepto jurídico, como 'validez,' puede ser definido desde, al menos, dos puntos de vista: i) atendiendo a los requisitos para que *algo* reciba la calificación de ser una instancia de ese concepto y ii) atendiendo a las consecuencias de que *algo* sea una instancia de ese concepto⁴⁹⁶. La definición recién presentada toma este segundo punto de vista. De acuerdo al primero, puede decirse que:

⁴⁹⁵ Bulygin parece extender ese argumento a todas las reglas constitutivas lo que es, a mi modo de ver, erróneo. Vid. BULYGIN, E.: "Sobre las normas de competencia", op. cit., págs. 495 y 496. En el mismo sentido, MENDONCA, D.: *Introducción al análisis normativo*, op. cit., pág. 175.

⁴⁹⁶ Sobre la necesidad de prestar atención en el análisis conceptual a los dos puntos de vista mencionados, puede verse (en el contexto del concepto de 'autoridad') RAZ, J.: *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, Oxford, 1979, pág. 7.

Df.(2): Una norma dependiente es válida en un determinado sistema jurídico si, y sólo si, a) ha sido emitida por un sujeto competente y en su emisión se han cumplido todas las condiciones de actualización de la competencia y no ha sido derogada por un sujeto competente, cumpliendo también todas las condiciones de actualización de su competencia, o b) se deriva lógicamente de otra norma perteneciente al mismo sistema jurídico.

Se podrá observar que las definiciones que preceden únicamente se refieren a la validez como pertenencia de normas dependientes al sistema. Ello es así porque a pesar de que las normas independientes pertenecen también al sistema, de ellas no puede predicarse validez ni invalidez. Por otro lado, la definición ofrecida permite aplicar el adjetivo 'válida' (de modo estricto) únicamente a las normas. La razón que justifica esa limitación es que, según creo, esa es la noción nuclear de 'validez'. Sólo por extensión de ese significado nuclear se puede obtener una definición de acto jurídico válido.

Df.(3): Un acto jurídico es válido si, y sólo si, cumple con los requisitos (ser realizado por persona competente y de acuerdo con las condiciones de actualización de la competencia) que lo hacen apto para integrar la actividad

de la producción o eliminación de normas válidas, o la actividad de la aplicación de normas válidas⁴⁹⁷.

Así, para que una norma sea válida, deberán serlo todos los actos jurídicos que integran la actividad productora de esa norma. Como se verá, ésto tiene una consecuencia de especial importancia. Spaak ha identificado tres puntos respecto de los cuales, en su opinión, se produce un consenso entre los autores que han estudiado el concepto 'competencia'. Me referiré aquí únicamente al primero de ellos. Según Spaak, "si alguien tiene competencia, tiene la posibilidad de cambiar las posiciones legales"⁴⁹⁸. También Raz se pronuncia en un sentido parecido, afirmando que "el poder

⁴⁹⁷ Una definición de 'poder normativo' (competencia) que incluye también a los actos de aplicación de normas, puede verse en RAZ, J.: *Razón práctica y normas*, op. cit., pág. 117; y en OPALEK, K.: "«Doing Things with Words» and the Law", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, T. XVII, 1973-1974, pág. 240. Hart, por su parte, utiliza ejemplos de competencias que son claramente de aplicación de normas (por ejemplo, la competencia de la policía de arrestar a quien viola determinadas normas). Vid. HART, H.L.A.: "Legal Powers", op. cit., pág. 194. Finalmente, vale la pena destacar que la definición de 'acto jurídico válido' presentada es muy próxima a la de 'acto jurídico' de Kelsen. Las separa, no obstante, que Kelsen entiende que entre el acto jurídico y la norma aplicada o creada hay una relación que podríamos denominar *de uno a uno*. Esto es, a cada acto jurídico correspondería la creación o aplicación de una norma jurídica. Por mi parte, únicamente considero aceptable esta idea si se funda en la tesis de que todo acto jurídico es, en algún sentido, la aplicación de alguna norma que, por ejemplo, determina la forma de realizar dicho acto. En cambio, no hay generalmente esa relación *de uno a uno* en la producción de normas jurídicas, siendo necesaria toda una secuencia de actos válidos para la emisión de una norma válida. Cfr. KELSEN, H.: "¿Qué es un acto jurídico?", en *Isonomía*, n° 4, 1996, pág. 66.

⁴⁹⁸ Vid. SPAAK, T.: *The Concept of Legal Competence...*, op. cit., pág. 9.

normativo es el poder de efectuar un cambio normativo"⁴⁹⁹. No obstante, Raz limita más adelante su concepto de poder normativo, de modo que la característica de producir cambios normativos deviene condición necesaria pero no suficiente⁵⁰⁰. Para fundamentar esa limitación ofrece el siguiente argumento: en muchas ocasiones tenemos la posibilidad de cambiar nuestras posiciones jurídicas y nadie diría por ello que tenemos un poder jurídico o una competencia. Es el caso, por ejemplo, de la posibilidad de cambiar nuestra residencia a otra ciudad o a otro país para obtener mejores servicios sociales (derechos a mejores prestaciones de la administración) o para pagar menos impuestos. En esos casos, el cambio de residencia supone un cambio de posición jurídica, pero ello no implica que se tuviera una competencia jurídica para producir ese cambio⁵⁰¹.

Pero, es más, si se toma en cuenta la definición de competencia que he propuesto en este trabajo, podrá observarse que no todos los casos en los que se puede decir con sentido que alguien es competente para realizar un acto

⁴⁹⁹ Cfr. RAZ, J.: *Razón práctica y normas*, op. cit., pág. 113.

⁵⁰⁰ RAZ, J.: *Razón práctica y normas*, op. cit., págs. 116 y 117.

⁵⁰¹ Vid. RAZ, J.: *Razón práctica y normas*, op. cit., pág. 117; el mismo argumento puede verse en RAZ, J.: "Voluntary Obligations and Normative Powers", op. cit., págs. 80 y 81. Para un comentario crítico del concepto de 'poder normativo' usado por Raz, véase HALPIN, A.: "The Concept of a Legal Power", en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 16, nº 1, 1996, págs. 141 a 145.

jurídico tiene la capacidad de realizar un cambio normativo (o un cambio en las posiciones legales), ya que, incluso si realiza el acto jurídico válidamente, puede ocurrir que ese acto no sea más que un elemento de una cadena de actos necesarios para la producción o la aplicación de normas, en cuyo caso no produce directamente ningún cambio normativo. En mi opinión, esos autores están pensando en situaciones en las que para la creación de una norma se requiere un único acto normativo; en las que puede decirse que hay una relación *de uno a uno* entre el acto y la norma⁵⁰². En cambio, el derecho ofrece múltiples ejemplos en los que para la emisión de una norma es necesaria una cadena de actos, o en los que mediante una cadena de actos (v. gr. los que componen el proceso legislativo) se emiten conjuntamente múltiples normas (v. gr. una Ley). En conclusión, la característica de producir cambios normativos o cambiar las posiciones jurídicas resulta no ser condición necesaria ni suficiente para la existencia de un poder normativo o de la competencia.

Es importante destacar que las normas de competencia y las reglas que establecen las condiciones de actualización de la competencia permiten identificar, con la ayuda de un criterio de legalidad, qué actos jurídicos y qué

⁵⁰² Vid. SPAAK, T.: *The Concept of Legal Competence ...*, op. cit., pág. 60.

normas son válidos o inválidos, lo que no implica necesariamente -aunque esa es la regla general- que los jueces y tribunales que deban enjuiciar ese punto respecto a un acto o norma concretos acierten en la determinación de la validez o la nulidad de los mismos. Por ello, es perfectamente posible que un acto o una norma válidos sean declarados inválidos y a la inversa⁵⁰³. Mantener la distinción entre la validez -como aspecto conceptual- y la declaración judicial de validez tiene la importante consecuencia de permitir valorar esa última declaración como correcta o incorrecta. Sucede, entonces, como ya Merkl puso de manifiesto, que el conjunto de normas pertenecientes al derecho puede ser distinto en función de si atendemos a puras razones cognoscitivas o a las decisiones de los órganos de aplicación jurídica⁵⁰⁴.

⁵⁰³ En mi opinión, este problema es análogo al de cualquier otra decisión judicial. Por supuesto, los jueces están expuestos al error, ya sea que esté juzgando si Juan mató a Pedro, ya sea que estén juzgando si la norma N es o no regular (en cualquiera de los sentidos que más adelante se expondrán). En ese sentido, puede verse la distinción hartiana entre definitividad e infalibilidad de las decisiones judiciales. HART, H.L.A.: *El Concepto de Derecho*, op. cit., págs. 176 a 183.

⁵⁰⁴ Vid. MERKL, A.: "Il duplice volto del diritto", en MERKL, A.: *Il duplice volto del diritto*, op. cit., págs. 109 y 110. En el mismo sentido, KELSEN, H.: "¿Qué es un acto jurídico?", op. cit., pág. 65; MORESO, J.J.: "Sobre normas inconstitucionales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 38, 1993, págs. 92 y ss.; y MORESO, J.J. y NAVARRO, P.E.: *Orden jurídico y sistema jurídico ...*, op. cit., págs. 107 y 108. Un completo análisis de las repercusiones de la confusión entre esos dos conjuntos de normas jurídicas, puede verse en CARACCILO, R.: "Due tipi di potere normativo", op. cit., págs. 206 a 214. Bulygin ha propuesto considerar normas válidas únicamente a aquellas que, con independencia de lo que decidan los órganos de aplicación, sea conforme a las normas acerca de la producción de normas, y normas únicamente aplicables a aquellas que, a pesar de ser inválidas, hayan sido declaradas válidas por esos órganos. Vid. BULYGIN, E.: "Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos", op. cit., págs. 266 a 268. Esta misma idea es desarrollada por MORESO, J.J. y NAVARRO, P.E.: "Applicabilità ed efficacia delle norme giuridiche", op. cit., págs. 15 y ss.

Con el panorama conceptual diseñado pueden distinguirse tres tipos de reglas acerca de la competencia, a saber: las normas de competencia, las reglas que condicionan la actualización de la competencia (básicamente, reglas procesales) y normas de conducta acerca del ejercicio de la competencia. Paralelamente, pueden distinguirse tres motivos de irregularidad de los actos jurídicos: i) haber sido realizados por un sujeto incompetente; ii) no haber seguido las reglas que indican las condiciones de actualización de la competencia; y iii) ser un acto prohibido por el derecho (al menos, para el sujeto que lo realizó)⁵⁰⁵. Los dos primeros tipos de irregularidad producen la invalidez del acto, el tercero únicamente puede implicar -aunque no es necesario- que el sujeto actuante deba ser sancionado. Aunque son borrosos los motivos por los cuales los juristas atribuyen en algunos casos el calificativo de inválidos a los actos o normas que sufren de alguna de las dos primeras irregularidades y, en otros, la calificación de inexistentes, puede ser un indicio a tener en cuenta el siguiente: si el acto ha sido realizado por una autoridad competente pero se incumple alguna de las condiciones de actualización, entonces se considera normalmente que el acto es inválido o

⁵⁰⁵ Mendonca ha distinguido dos tipos de límites a la competencia, a saber, la restricción de la competencia y la prohibición del ejercicio de la competencia. Paralelamente a los tres motivos de irregularidad expuestos aquí, podría estipularse un tercer tipo de límite, consistente en la restricción de las condiciones en las que se puede actualizar la competencia. Vid. MENDONCA, D.: *Exploraciones normativas*, op. cit., pág. 47.

nulo; si se da el primer motivo de irregularidad, se suele considerar al acto como inexistente, es decir, que la acción del sujeto no constituye un acto jurídico en absoluto⁵⁰⁶.

3. Disposiciones de competencia y normas de competencia.

Llamaré 'disposiciones de competencia' a las oraciones que expresan normas de competencia. En los capítulos referidos a las concepciones que tratan a las normas de competencia como permisos y como definiciones, he ofrecido algunos ejemplos que muestran la insatisfacción de esas tesis. Hay en aquellos ejemplos una coincidencia importante: tanto los usados contra la tesis permisivista como los usados contra la tesis que trata a las normas de competencia como definiciones, muestran que hay casos que son resueltos por esas tesis de un modo que es para los juristas acentuadamente contraintuitivo. Con el fin de infundir mayor claridad a este punto, creo que vale la pena recordar algunos de los ejemplos:

⁵⁰⁶ Por otra parte, los juristas suelen distinguir entre la nulidad de una norma y su anulabilidad. En mi opinión, esta última noción tiene que ver con la de aplicabilidad. Así, decir que una determinada norma es anulable significa únicamente que, bajo ciertas condiciones (v. gr. que un sujeto con capacidad procesal solicite su anulación y que ésta sea dictaminada por un juez), puede declararse inaplicable a los casos futuros.

A) El caso del Juez-Abogado.

Supongamos la pertenencia al derecho de las tres disposiciones siguientes:

D₁: Los abogados son competentes para presentar demandas judiciales.

D₂: Ser abogado es requisito necesario para ser juez.

D₃: Está prohibido a los jueces presentar demandas judiciales.

Aceptemos además que no hay dudas respecto al sentido de las dos últimas disposiciones ni tampoco respecto a que D₁ es una disposición de competencia. Como ha mostrado Bulygin⁵⁰⁷, si se reconstruyen las normas de competencia como permisos, entonces se produce una contradicción entre las normas expresadas por D₁, D₂ y D₃, que habría que solucionar extrayendo una de ellas del sistema. Pero, sigue diciendo Bulygin, esa reconstrucción del problema es muy contraintuitiva para los juristas. En efecto, ningún jurista diría que se produce una contradicción en casos como éste. Por ello, concluye, debe ofrecerse otra versión de las normas de competencia que salve este tipo de contradicciones.

⁵⁰⁷ BULYGIN, E.: "Sobre las normas de competencia", op. cit., pág. 489.

B) ¿Un caso de conflicto normativo?

El artículo 60.2 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (en adelante, LHL⁵⁰⁸) dispone que:

D₄: "(...) los Ayuntamientos podrán establecer y exigir el Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras (...)".

Si se acepta que D₄ es una disposición de competencia, entonces, de acuerdo a la tesis que trata a las normas de competencia como definiciones, D₄ expresa la definición según la cual son válidas las normas que dicten los Ayuntamientos exigiendo dicho impuesto⁵⁰⁹. Si esto es así, no hay el menor inconveniente (conceptual o lógico) para que el Poder Ejecutivo, mediante un Reglamento que desarrolle la LHL, dicte una norma que prohíba a los Ayuntamientos el establecimiento del mencionado impuesto⁵¹⁰. El acto de la Corporación Municipal de promulgar una norma exigiendo el pago del

⁵⁰⁸ Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales.

⁵⁰⁹ Por supuesto, ésta es una simplificación, a efectos expositivos del ejemplo, de la tesis que sostiene que las normas de competencia son definiciones.

⁵¹⁰ Para una mejor comprensión del supuesto, es necesario advertir que el ordenamiento español considera inválidas las normas reglamentarias que contradigan lo dispuesto en una Ley.

impuesto sería, entonces, un acto prohibido administrativamente pero la norma promulgada sería válida por efecto del artículo 60.2 de la LHL. Parece, no obstante, que también esta reconstrucción del problema es altamente contraintuitiva para los juristas y que cualquier Tribunal ante el que se impugnara la legalidad del reglamento del Ejecutivo apoyaría la tesis de que éste es contrario a lo dispuesto por el art. 60.2 de la LHL.

En cambio, en este caso no presentaría ningún problema la reconstrucción como permisos de las normas de competencia. Según esta última teoría, el art. 60.2 LHL expresaría una norma permisiva de la acción normativa de los ayuntamientos consistente en establecer el impuesto en cuestión y exigir su pago. En ese caso, está claro que el desarrollo reglamentario realizado por el Ejecutivo sería ilegal y, por tanto, inválido.

El par de ejemplos que anteceden muestran que algunas veces parece intuitivamente adecuado pensar que las disposiciones de competencia expresan un permiso de ejercer la competencia y en otros parece intuitivo lo contrario. En mi opinión, eso se debe a un motivo muy simple: algunas veces las disposiciones de competencia expresan un permiso de ejercer la competencia y algunas veces no.

Si se acepta la existencia de usos mixtos del lenguaje, no hay el menor inconveniente en decir que mediante un solo acto lingüístico (esto es, mediante la emisión de una única oración o disposición) se pueden expresar diversas reglas. De este modo, se puede precisar algo más la definición de disposición de competencia:

Df.: Disposición de competencia es aquella oración que, al menos, expresa una norma de competencia.

Si esto es así, entonces no hay inconveniente en suponer que el art. 60.2 LHL expresa una norma de competencia (la regla constitutiva que constituye la propiedad de ser competente de los Ayuntamientos para establecer y exigir el impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras) y una norma permisiva del ejercicio de dicha competencia⁵¹¹. Otras veces, en cambio, parece que la norma de competencia va acompañada de una regla que obliga al uso de la competencia. Así, respecto a las disposiciones de competencia que establecen que:

⁵¹¹ Schauer parece suponer que *todas* las normas de competencia tienen un *doble aspecto*, constitutivo y permisivo. No obstante, no queda claro si la tesis de Schauer supone la existencia de reglas mixtas constitutivo-regulativas o bien si sostiene que las disposiciones que expresan normas de competencia expresan siempre conjuntamente un permiso de ejercer la competencia. Vid. SCHAUER, F.: *Playing by the Rules*, op. cit., págs. 6, 7, 168 y 169.

D₅: El secretario judicial es competente para firmar las sentencias junto al juez;

y

D₆: El Rey es competente para promulgar y sancionar las leyes

se suele interpretar que expresan normas de competencia cuyos sujetos son la clase de los secretarios judiciales y el Rey, respectivamente y, además, sendas normas que prescriben la obligación de ejercer esas competencias⁵¹².

Otras veces, en fin, se supone que la disposición de competencia expresa

⁵¹² Al respecto de las controversias acerca del carácter de las normas de competencia, Guastini ha escrito recientemente que "dependen del hecho que, en ese contexto, el vocablo 'norma' es usado (inconscientemente) para designar no ya normas propiamente dichas, sino disposiciones: susceptibles, como tales, de *múltiples interpretaciones*. En fin, las controversias tienen por objeto enunciados, y no significados. Y aquello sobre lo que se discute es precisamente el significado a atribuir a esos enunciados. Sucede así que algunos interpretan una cierta disposición constitucional como una norma de conducta, en tanto que otros la entienden como una definición. De aquí, precisamente, nace la controversia: que es en consecuencia una controversia interpretativa (es decir, relativa al significado de ciertas disposiciones).

Extrañamente, nadie parece sospechar que, al menos en algunos casos, la controversia no tenga razón de ser, por la banal razón que, a menudo, una misma disposición incorpora un significado complejo, de modo que expresa -conjuntamente- una norma y una definición (...)" Vid. GUASTINI, R.: *Il giudice e la legge*, op. cit., pág. 137; Id.: "In tema di norme sulla produzione giuridica", en COMANDUCCI, P. y GUASTINI, R. (eds.): *Analisi e diritto 1995. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 1995, págs. 310 a 313. Sustancialmente en el mismo sentido, puede verse FERRER, J.: "Sul carattere delle norme di competenza", op. cit., págs. 265 y ss.

únicamente una norma de competencia. Este es el caso del ejemplo A) sugerido por Bulygin.

Es importante percibir que esta propuesta se distingue de la realizada por Searle. Éste último sostiene la existencia de reglas que son, al mismo tiempo, constitutivas y regulativas⁵¹³. Por mi parte, creo que esas dos categorías son excluyentes. Otra cosa es que un mismo acto lingüístico produzca la emisión de dos o más reglas, algunas de las cuales pueden ser constitutivas y otras regulativas. En este último caso, como ya dije, lo único que se supone es la existencia de usos mixtos del lenguaje. El mismo Searle ofrece el siguiente ejemplo:

"Promulgar una ley tiene tanto un status declaracional⁵¹⁴ (el contenido proposicional se convierte en ley) como un status directivo (la ley es directiva por lo que respecta a su intención). Los verbos de declaración representativa se incluyen en la clase de los verbos con dos objetos ilocucionarios."⁵¹⁵

"Si adoptamos el objeto ilocucionario como noción básica sobre la cual clasificar los usos del lenguaje, entonces existe un número muy limitado de cosas básicas

⁵¹³ Vid. SEARLE, J.: *Actos de habla*, op. cit., pág. 43.

⁵¹⁴ Lo que es sinónimo de constitutivo.

⁵¹⁵ Vid. SEARLE, J.: "Una taxonomía de los actos ilocucionarios", op. cit., pág. 475. La cursiva es del autor.

que hacemos con el lenguaje: decimos a la gente cómo son las cosas, intentamos conseguir que hagan cosas, nos comprometemos a hacer cosas, expresamos nuestras creencias o actitudes y damos lugar a cambios mediante nuestras emisiones. *Y, a menudo, hacemos más de una de estas cosas a la vez en la misma emisión.*"⁵¹⁶

Lo que distingue la posición de Searle de la que yo presento es que aquél deriva de la existencia de usos mixtos la existencia de reglas mixtas (regulativas y constitutivas), en tanto que la tesis que sostengo postula que, en los casos en que se produce un uso mixto del lenguaje, se emite más de una regla al mismo tiempo⁵¹⁷.

Brinz sostiene, en cambio, una tesis mucho más cercana a la que aquí he defendido. Así, en su *Lehrbuch der Pandekten* afirma que:

⁵¹⁶ Vid. SEARLE, J.: "Una taxonomía ...", op. cit., pág. 476. La cursiva es mía. Puede verse una defensa más de la existencia de usos mixtos del lenguaje en COPI, I. y COHEN, C.: *Introducción a la lógica*, Limusa, México, 1995, págs. 97 y 101.

⁵¹⁷ También von Wright parece sugerir una idea cercana a la de Searle. Así, afirma: "Jugar un juego es una actividad humana. Esta se desarrolla con arreglo a patrones fijos, que se pueden llamar *movimientos* del juego. Diremos que las reglas del juego *determinan* esos movimientos o patrones -y de este modo también el juego 'mismo' y la actividad de jugarlo-. Podríamos decir que, desde el punto de vista del juego mismo, las reglas determinan cuáles son los movimientos *correctos*, y, desde el punto de vista de la actividad de jugar, las reglas determinan cuáles son los movimientos *permitidos*". Vid. WRIGHT, G.H. von: *Norma y acción*, op. cit., pág. 26. Se muestran, en cambio, contrarios a la tesis del carácter mixto constitutivo-regulativo de las reglas, MAZZARESE, T. y CONTE, A.G.: "Regole fondate su regole", en *Nuova Civiltà delle Macchine*, año III, n° 1-2, 1985, pág. 61; y BULYGIN, E.: "Sobre las normas de competencia", op. cit., págs. 495 y 496.

"Permiso y capacidad jurídica (*licere, posse*), si bien lingüísticamente indistintos, son diferentes entre sí. El permiso, o licencia, se presenta tanto en relación con los actos ordinarios como con los actos jurídicos; la capacidad jurídica, o poder jurídico, por otro lado, se presenta únicamente en relación con los actos jurídicos, (...). Cuando existe un poder jurídico para realizar un acto jurídico, usualmente existe también permiso para realizarlo; sin embargo, algunas veces el primero existe estando el segundo ausente."⁵¹⁸

Pero no sólo puede darse el caso de que se emita mediante un único acto más de un tipo de reglas. También pueden emitirse, por ejemplo, diferentes reglas constitutivas. Esto es lo que sucede cuando, junto con la norma de competencia se dicta, en terminología de Hernández Marín, una norma de incompetencia⁵¹⁹. Estas últimas normas se caracterizan por la declaración expresa de la incompetencia de un determinado órgano (o de todos a excepción del expresamente declarado competente). Un ejemplo típico de

⁵¹⁸ Cfr. BRINZ, A.: *Lehrbuch der Pandekten*, Erster Band, 2ª ed., veränderte Auflage, Erlangen, 1873, pág. 211. Citado por LINDAHL, L.: *Position and Change*, op. cit., pág. 211.

⁵¹⁹ Cfr. HERNÁNDEZ MARÍN, R.: "Autoridad-competencia", op. cit., págs. 118 y 119. Hernández Marín incluye entre las normas de incompetencia a buena parte de las reglas procesales, lo que diverge del planteamiento que he presentado. En mi opinión, como ya se ha visto, es preferible entender que esas reglas establecen condiciones de actualización de la competencia. También Rüter se refiere a las normas de incompetencia. No obstante, debe advertirse que lo constituido por las normas de competencia, según Rüter, es la validez de determinados actos jurídicos y lo constituido por las normas de incompetencia es la invalidez de esos actos. En la concepción que yo presento, en cambio, lo constituido por las normas de competencia es la propiedad "ser competente". Cfr. RÜTER, D.W.P.: *Institutional Legal Facts ...*, op. cit., págs. 113 y 156 a 158.

disposiciones que expresan tanto una norma de competencia como una norma de incompetencia son las que establecen reservas de ley. De este modo, el juego conjunto de la disposición que establece que las Cortes tienen la potestad legislativa del Estado⁵²⁰ y la disposición que establece que "(...) Sólo por ley (...) podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades (...) " - los reconocidos en el capítulo II del Título I de la CE-⁵²¹, se obtiene la norma de competencia que constituye a las Cortes como competentes para regular el ejercicio de tales derechos y la norma de incompetencia que establece que ningún otro órgano es competente para ello.

Vale la pena señalar aquí que, a diferencia de la competencia, la incompetencia no depende de la existencia de determinadas reglas. Ésta depende de la inexistencia de esas reglas. Así, la existencia de una norma de incompetencia no es necesaria para poder predicar la incompetencia de un órgano. La utilidad de las normas de incompetencia se asemeja a la que se predica de las normas permisivas emitidas por autoridades superiores: mediante la aplicación del principio *lex superior* impiden la entrada en el sistema de normas contrarias emitidas por autoridades inferiores. Por ello,

⁵²⁰ Art. 66.2 de la Constitución española.

⁵²¹ Art. 53.1 de la Constitución española.

puede establecerse la distinción entre incompetencia en sentido fuerte (si pertenece al sistema una norma de incompetencia que la declara) e incompetencia en sentido débil (si no pertenece al sistema una norma de competencia al respecto). En resumen, de lo dicho hasta aquí se pueden obtener las siguientes definiciones:

Def. 1: A es competente para x en el sistema s si, y sólo si, pertenece a s una norma n tal que n atribuye competencia a A para x .

Def. 2: A es incompetente en sentido fuerte para x en el sistema s si, y sólo si, pertenece a s una norma n tal que n atribuye incompetencia a A para x .

Def. 3: A es incompetente en sentido débil para x en el sistema s si, y sólo si, no pertenece a s una norma n tal que n atribuye competencia a A para x .

Dadas estas definiciones, una autoridad no puede ser, respecto de un sistema s , en un mismo momento temporal, sobre el mismo acto e igual materia, competente e incompetente en sentido débil. En cambio, es

perfectamente compatible que sea competente e incompetente en sentido fuerte, bajo la condición de que el sistema sea incoherente. Así, la autoridad en cuestión puede ser competente de acuerdo con una norma de competencia N_1 e incompetente en sentido fuerte de acuerdo con una norma de incompetencia N_2 .

Por último, es relevante preguntarse acerca de cómo puede saberse si una disposición de competencia expresa únicamente una norma de competencia o expresa, además, alguna norma de conducta acerca del ejercicio de la competencia. Creo que la respuesta a esta pregunta no puede darse más que interpretando cada disposición particular⁵²². Obviamente, utilizo aquí el término 'interpretación' de un modo muy amplio. Habitualmente, mediante ese término se hace referencia a la actividad consistente en atribuir significado a un texto; aquí, en cambio, se trata de la adscripción de fuerza ilocucionaria, es decir, de la decisión respecto a si un texto expresa una regla constitutiva, una norma de conducta, etc. Para distinguir esa actividad de la

⁵²² Las mismas dificultades se presentan para identificar cuándo una determinada disposición expresa una norma de conducta o una definición. Por ello, Alchourrón y Bulygin sostienen que "Sólo la reconstrucción global de un texto completo permitirá identificar ciertos artículos como definiciones o enunciados analíticos y otros como formulaciones de normas." Vid. ALCHOURRÓN C.E. y BULYGIN, E.: "Definiciones y normas", op. cit., pág. 461.

consistente en la atribución de significado⁵²³, Guastini ha propuesto el nombre "interpretación pragmática"⁵²⁴ y Mendonca el de "reconstrucción"⁵²⁵. Así, habrá que interpretar pragmáticamente o reconstruir cada disposición jurídica de competencia para saber si expresa únicamente una norma de competencia (una regla constitutiva) o también algún tipo de norma de conducta o regla regulativa.

⁵²³ La distinción entre significado y fuerza ilocucionaria no es tajante ni tampoco pacífica en filosofía del lenguaje. A los efectos de este trabajo, la asumo en la versión defendida por Austin. Cfr. al respecto, AUSTIN, J.L.: *Cómo hacer cosas con palabras*, op. cit., conferencia VIII, págs. 138 a 152. Puede verse también STRAWSON, P.F.: "Intención y convención en los actos de habla", en STRAWSON, P.F.: *Ensayos lógico-lingüísticos*, Tecnos, Madrid, 1983, págs. 171 a 193.

⁵²⁴ GUASTINI, R.: *Il giudice e la legge*, op. cit., pág. 137, nota 24; Id.: "In tema di norme sulla produzione giuridica", op. cit., pág. 311.

⁵²⁵ MENDONCA, D.: *Interpretación y aplicación del Derecho*, op. cit., págs. 26 y 27.

Conclusiones.

Llegado el final del trabajo, creo que vale la pena retomar el hilo conductor que nos ha traído hasta aquí. Ya en la introducción, destacué que si se atribuye carácter sistemático al derecho, entonces es necesario que los diversos elementos que lo integran compartan algún tipo de relación. Parece pacífico que, en los ordenamientos jurídicos desarrollados, esa relación es doble, de modo que los diversos elementos⁵²⁵ pertenecientes al derecho se identifican por las relaciones de deducibilidad y de legalidad. Es importante advertir que las relaciones sistematizadoras podrían haber sido cualesquiera otras. Ahora bien, si se quiere construir un modelo que permita explicar el funcionamiento de los sistemas jurídicos vigentes, deberá partirse de los criterios de deducibilidad y legalidad.

⁵²⁵ Evito aquí la palabra 'norma' ya que entiendo que no todo el material jurídico tiene ese carácter. En concreto, he postulado la existencia en el derecho de, al menos, tres tipos de entidades: normas, reglas constitutivas y definiciones.

Kelsen ha señalado con acierto que una de las particularidades del derecho es que regula su propia creación. Por ello, el criterio de legalidad adquiere una relevancia particular. Así, mediante ese criterio se puede identificar la pertenencia de una norma al sistema en base a lo establecido por otras normas del mismo ordenamiento. Éstas últimas son las llamadas normas de competencia (o normas que confieren poderes). Por ello, esas normas ocupan un lugar de privilegio en la reconstrucción del material normativo.

Se ha mostrado que la pregunta por el carácter de las normas de competencia no sólo es fuente de importantes y ya largas controversias, sino que resulta de obligada respuesta para la identificación de las demás normas del sistema. En efecto, en función del carácter, normativo o no, que se atribuya a las normas de competencia se identificarán conjuntos de normas distintos y podrá variar la calificación que se otorgue a una misma norma en cuanto a su validez o invalidez.

Por las razones mencionadas, la tesis que se adopte acerca del carácter de las normas de competencia resulta de especial relevancia en la confección de una teoría del derecho. En este trabajo he analizado las tres respuestas principales a este problema, a saber, la que sostiene que las normas de

competencia establecen obligaciones indirectas, la tesis permisivista y la que niega el carácter regulativo de las normas de competencia y que, de forma genérica, he denominado tesis conceptualista. Las principales conclusiones del análisis realizado hasta aquí pueden resumirse como sigue:

Primera: En el capítulo I he analizado la tesis según la cual las normas de competencia son normas que establecen obligaciones indirectas. Para ello, me he servido de las concepciones de dos de los principales autores que la han sostenido, Kelsen y Nino. Como he pretendido mostrar en ese primer capítulo, la concepción de las normas de competencia como obligaciones indirectas ha sido defendida con diversas variantes. No obstante, creo que todas ellas resultan implausibles, aunque quizás en grados diversos. De forma sumaria, puede decirse que los problemas fundamentales que produce esta primera tesis son los siguientes:

- 1) La plausibilidad de esta concepción de las normas de competencia presupone una teoría del derecho que reduzca todo el material jurídico a normas que establecen obligaciones. De otro modo, no parece tener mucho sentido prescribir el obligatorio cumplimiento de lo dictado en función de la competencia cuando, por ejemplo, se trata de permisos o definiciones.

Sucedee, no obstante, que una reconstrucción imperativita de todo el material jurídico paga, como dice Hart, un precio demasiado elevado para adquirir la agradable uniformidad a la que se reduce todo el derecho, pues no da cuenta de las diversas funciones que cumplen los distintos tipos de reglas.

2) Si se conciben las normas de competencia como normas que establecen obligaciones en blanco, en las que la determinación de la conducta obligatoria queda a expensas de las normas que se emitan en ejercicio de la competencia, debe concluirse que aquéllas, en tanto la competencia no ha sido ejercida, no son normas en absoluto, puesto que no hay ninguna conducta que las satisfaga. En realidad, ni siquiera los destinatarios están determinados.

Es más, cuando la competencia ha sido ejercida, las normas de competencia resultan superfluas con las normas emitidas en ejercicio de la competencia, ya que no tienen ningún contenido independiente de éstas. Así, puede decirse que las normas de competencia, reconstruidas de acuerdo con esta primera concepción, no son normas en absoluto hasta que la competencia ha sido ejercida y son normas totalmente superfluas a partir de ese momento.

3) Finalmente, si se rechaza la caracterización de las normas de competencia como normas en blanco y se sostiene que son normas dirigidas a los órganos de aplicación, obligándoles a aplicar las normas emitidas en función de la competencia, entonces se diluye totalmente la distinción entre normas de competencia y las llamadas en el ámbito del derecho internacional privado 'normas de conflicto'.

Segunda: En el capítulo II se han delineado los rasgos principales de la tesis permisivista. Se ha destacado, asimismo, que esa concepción responde a un aspecto importante de la regulación de la competencia en la mayoría de los sistemas jurídicos, a saber, que casi siempre que es verdad el enunciado que afirma que alguien es competente de acuerdo a un sistema jurídico para realizar determinados actos sobre una materia dada, también lo es que la realización de esos actos por parte de ese sujeto está permitida por el mismo sistema.

Un argumento más parece fundar el tratamiento de las normas de competencia como normas permisivas. Así, resultaría en algún sentido incompatible conceder competencia a un determinado sujeto para regular una materia dada y prohibir el ejercicio de la misma en *todas* las ocasiones en que

es posible emitir esa regulación. Ello mostraría que, al menos, hay alguna conexión necesaria entre competencia y permiso.

No obstante, la asimilación entre la competencia y (un cierto tipo de) permiso puede considerarse una exageración del aspecto recién señalado. Para mostrar esa exageración, autores como Hart, Bulygin o Alexy han ofrecido diversos ejemplos en los que coexiste la competencia con la prohibición de su ejercicio, sin que de ello deba extraerse necesariamente la existencia de una contradicción en el sistema. Por otro lado, la tesis permisivista tiene también el grave inconveniente de oscurecer la distinción entre nulidad y sanción, ya que, se sostiene, ambas son consecuencia del incumplimiento de normas prohibitivas y, por ello, no permite distinguir entre diversos tipos de irregularidades atribuibles a las acciones normativas y a las normas.

Por último, creo que puede explicarse la incompatibilidad presente en el supuesto de que en todos los casos para los que se otorga una competencia su ejercicio esté simultáneamente prohibido, sin necesidad de asimilar conceptualmente la competencia a (un cierto tipo de) permiso, y las normas de competencia a (un cierto tipo de) normas permisivas. En mi opinión, la incompatibilidad mencionada proviene de que el supuesto señalado esconde

una contradicción pragmática del legislador. Raz ha puesto de manifiesto que las normas de competencia son razones auxiliares para la acción, en el sentido de que "son premisas de inferencias prácticas que afectan a la conclusión de la inferencia. Al considerar si se realiza una acción, el hecho de que tenga ciertas consecuencias normativas es una consideración relevante."⁵²⁶ Así, al conferir a un sujeto una determinada competencia, el legislador ofrece a ese sujeto la posibilidad de ejercerla si así lo considera conveniente. Que lo haga o no "depende de si (...) desea o tiene razones en pro o en contra de causar el cambio normativo relevante"⁵²⁷. Parece, en fin, que esta pretensión del legislador es incompatible con la prohibición de *todos* los posibles ejercicios de la competencia, puesto que la emisión de la prohibición pretende precisamente evitar la realización de la acción que el mismo legislador ha hecho posible mediante la emisión de la norma de competencia. Por ello, creo que ésta es una buena razón en favor de interpretar la mayoría de las disposiciones de competencia de modo que expresen una norma de competencia y una norma permisiva para ejercer la competencia, pero no justifica asimilar una a la otra.

⁵²⁶ Cfr. RAZ, J.: *Razón práctica y normas*, op. cit., pág. 121.

⁵²⁷ Cfr. RAZ, J.: *Razón práctica y normas*, op. cit., pág. 121.

Tercera: Los problemas que suscita la tesis permisivista quedan resueltos si se sostiene una concepción de las normas de competencia según la cual éstas son definiciones de la validez de otras normas. En efecto, al negar el carácter de normas de conducta a las normas de competencia, desaparece cualquier posibilidad de conflicto entre éstas y las normas que regulan el ejercicio de la competencia. Por otro lado, tampoco se presenta el problema de desdibujamiento de la distinción entre nulidad y sanción, puesto que ahora la primera es consecuencia de la falta de adecuación a las condiciones definitorias de la validez, en tanto que la sanción es consecuencia del incumplimiento de una obligación.

En cambio, esta última concepción de las normas de competencia presenta algunos inconvenientes no suscitados por la tesis permisivista. Así por ejemplo, se produce una 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, puesto que, bajo esa reconstrucción, ambas definen la validez de las mismas normas.

Parece razonable entender que el criterio de identificación del sistema defina las normas válidas, esto es, pertenecientes al mismo, por referencia a

las normas de competencia. Ahora bien, ello no autoriza ninguno de los siguientes pasos: a) suponer que el propio criterio de identificación contiene normas de competencia. Éstas últimas son normas pertenecientes al sistema, en tanto que el criterio de identificación debe ser externo al mismo; y b) suponer que las normas de competencia son definiciones de la validez de otras normas. Del mismo modo que definimos 'nieve' haciendo mención al color blanco o a la estructura molecular, etc, pero esas características no *son* ellas mismas la definición de 'nieve', podemos definir las normas pertenecientes al sistema por referencia a las normas de competencia, pero tampoco éstas *son* ellas mismas definiciones de las normas válidas del sistema.

Cuarta: La concepción de las normas de competencia que he presentado en la segunda parte de este trabajo pretende salvar esa última dificultad de la tesis conceptualista a la vez que mantiene las ventajas de ésta sobre la concepción permisivista. Así, al concebir las normas de competencia como reglas constitutivas de la propiedad disposicional institucional 'ser competente', no hay el menor inconveniente en sostener que las cláusulas del criterio de identificación que hacen referencia a las normas dependientes formuladas definen las condiciones en que éstas son válidas. Para realizar esa

definición, dichas cláusulas remiten, entre otras cosas, a las normas de competencia dado que una de las condiciones de validez de una norma formulada dependiente es que haya sido emitida por una autoridad competente. La norma de competencia, por su parte, atribuye competencia para la emisión de aquellas normas.

Por otro lado, la concepción de las normas de competencia propuesta coloca en el mismo nivel lingüístico las normas de competencia y las normas de conducta, en tanto que la tesis que sostiene que las normas de competencia son definiciones de la validez de otras normas supone que aquéllas son metalingüísticas respecto de las normas a las que se atribuye validez. Esta diferencia es importante ya que incide en el carácter sistemático del derecho. Si se considera que, al menos, una de las características que da ese carácter sistemático al derecho es la deducibilidad, esto es, que se trata de un conjunto de enunciados que contiene todas sus consecuencias lógicas, entonces es necesario que puedan darse relaciones lógicas entre sus elementos integrantes. Y para esto último, es necesario que los diversos enunciados jurídicos estén al mismo nivel lingüístico.

Quinta: Para la posesión por parte de un sujeto *s* de la propiedad disposicional institucional *ser competente* es condición necesaria y suficiente la existencia de una norma de competencia que atribuya a *s* esa propiedad. A su vez, *ser competente* es condición necesaria, pero no suficiente, de la validez de los actos que cualquier sujeto realice o de las normas que dicte. Para que el acto jurídico o la norma sean válidos es necesario, además, que se cumplan las condiciones de actualización de la competencia.

Sexta: Denomino a las oraciones que expresan normas de competencia *disposiciones de competencia*. Es importante destacar que esas disposiciones pueden expresar conjuntamente diversas reglas. A menudo, una disposición de competencia incluye una norma de competencia y una norma permisiva del uso de la competencia. En otras ocasiones, expresa una norma de competencia dirigida a un sujeto *s* y una norma de incompetencia dirigida a todo sujeto distinto de *s*. En todo caso, deberá interpretarse cada disposición de competencia a los efectos de determinar qué regla o reglas expresa.

Séptima: Finalmente, puede decirse que la tesis permisivista y la concepción que sostiene que las normas de competencia son definiciones son, de algún modo, complementarias. Así, los inconvenientes que presenta una

de ellas son resueltos por la otra y a la inversa. La concepción de las normas de competencia como reglas constitutivas de la propiedad 'ser competente' pretende ser superadora de aquéllas, dado que no presenta los déficits de la una ni de la otra a la vez que da cuenta de las intuiciones básicas que las fundan.

El presente trabajo no pretende abarcar los muy diversos problemas que se presentan entorno a la competencia y a las normas de competencia. Tampoco aspira a ofrecer una solución a ninguno de esos problemas que sea aceptada como indiscutible. Más limitadamente, intenta plantear claramente las dificultades y seguir posibles vías de solución. Probablemente, no pueda ser otra la ambición de un trabajo filosófico.