

COMPETENCIA Y PRODUCCIÓN NORMATIVA EN ALCHOURRÓN Y BULYGIN

*ALEJANDRO DANIEL CALZETTA**

Resumen. Dar cuenta del concepto de competencia en la obra de ALCHOURRÓN y BULYGIN puede ser un tanto complejo ya que, en busca de mayor precisión, ellos han analizado, adoptado y posteriormente abandonado, todo el abanico de posiciones existentes acerca del problema.

Como veremos más adelante, hasta la adopción de la concepción de las normas de competencia como normas constitutivas hecha por ALCHOURRÓN y BULYGIN en *Definiciones y normas* (1983), luego ampliada por BULYGIN en *On norms of competence* (1992), la posición de ambos autores fue fluctuante.

Se intentará, por consiguiente, hacer una crítica a las diversas posturas de ALCHOURRÓN y BULYGIN sobre el tema y a su pretendido antirreduccionismo explicativo y, además, se presentará un bosquejo de esquema, que, si bien se considera superador del problema, está firmemente basado en las intuiciones que BULYGIN desarrolla en el artículo mencionado.

Palabras clave: Alchourrón, Bulygin, competencia, permisiones, reglas constitutivas.

LEGAL POWER AND NORMATIVE PRODUCTION IN ALCHOURRÓN AND BULYGIN

Abstract. To give an account of the concept of legal competence in ALCHOURRÓN and BULYGIN's work could be quite complex because, in search for more precision, they have analysed, adopted, and later abandoned, all the possible approaches to the problem.

* Profesor de Teoría del Derecho, Universidad Alberto Hurtado, Santiago, Chile. Doctor en Filosofía del Derecho y Bioética Jurídica de la Universidad de Génova (XXVII ciclo), Italia. Abogado, Universidad de Buenos Aires. Correo electrónico: acalzetta@uahurtado.cl.

As we shall see, up to the before the point of adopting a conception of norms of competence as constitutive rules by ALCHOURRÓN and BULYGIN in *Definiciones y normas* (1983), further devoloped by BULYGIN in *On norms of competence* (1992), the position of ALCHOURRÓN y BULYGIN was in flux.

It shall be attempted, consequently, a critique of the various positions ALCHOURRÓN and BULYGIN had on the subject and to their pretended anti-reduccionist approach; and, as well as this, we will present a sketch of scheme which, while considered as capable of overcoming the problem, is firmly based on the intuitions that BULYGIN develops in the mentioned paper.

Keywords: Alchourrón, Bulygin, legal competence, permissions, constitutive rules.

COMPETÊNCIA E PRODUÇÃO NORMATIVA EM ALCHOURRÓN E BULYGIN

Resumo. Dar conta do conceito de competencia na obra de ALCHOURRÓN e BULYGIN pode ser um tanto complexo, já que, em sua busca por maior precisão, eles analisaram, adotaram e posteriormente abandonaram todo o leque de posições existentes acerca do problema.

Como veremos adiante, até a adoção da concepção de normas de competência como normas constitutivas, feita por ALCHOURRÓN e BULYGIN em *Definiciones y normas* (1983), e logo ampliada por BULYGIN em *On norms of competence* (1992), a posição de ambos autores foimovediça.

Intentar-se-á criticar as diversas posturas de ALCHOURRÓN e BULYGIN sobre o tema e seu pretendido antirreduccionismo explicativo. Ademais, apresentar-se-á um esboço de esquema que, embora se considere superador do problema, está firmemente baseado nas intuições que BULYGIN desenvolve no artigo mencionado.

Palavras-chave: Alchourrón, Bulygin, competencia, permissoes, regras constitutivas.

A) PRIMERA APROXIMACIÓN DE ALCHOURRÓN Y BULYGIN AL PROBLEMA

§ 1. LAS NORMAS DE COMPETENCIA EN “NORMATIVE SYSTEMS”

Las referencias específicas a las normas de competencia en la obra *Normative systems*¹ (“NS” de ahora en más) son esca-

¹ ALCHOURRÓN - BULYGIN, *Sistemas normativos*, p. 288. En el cuerpo principal llamo al trabajo de ALCHOURRÓN y BULYGIN, a pesar de citar la actual edición castella-

sas², pero no por ello menos interesantes. En solo tres páginas ALCHOURRÓN y BULYGIN adoptan un concepto de normas de competencia (y por extensión de la competencia misma)³ que sostendrán por varios años. Pasemos a analizar su postura.

La primera mención que ALCHOURRÓN y BULYGIN hacen respecto a las normas de competencia se da en el marco de una discusión más amplia, a saber: qué son los criterios de identificación en el derecho⁴. Si bien uno podría considerar la mínima mención que hacen acerca de este tipo de normas como un mero *obiter dicta*, la verdad es bien distinta. La breve mención realizada al problema es de suma importancia, pues en esta delimitan la forma en que ellos manejarán tal concepto en la discusión posterior y durante varios años después. Es decir, dan una definición general de las normas de competencia.

Previo a ofrecer esta definición, ALCHOURRÓN y BULYGIN se encargan de distinguir entre criterios de identificación o validez (reglas conceptuales para ALCHOURRÓN y BULYGIN) y reglas de conducta (aquellas que obligan, prohíben o permiten⁵ conductas). Es en este marco donde, en una nota al pie, ALCHOURRÓN y BULYGIN le reprochan a KELSEN el intentar otorgar competencia al primer legislador con una mera definición de derecho válido (la *Grundnorm*) y a HART el no trazar una clara distinción entre reglas conceptuales y de conducta ya que ambos, para ALCHOURRÓN y BULYGIN, parecen mezclarse en la regla de reconocimiento⁶.

na, *Normative systems* o NS, dado que dicho nombre es el que suele utilizarse para hacer referencia a este, sin importar su edición.

² Si uno se fija en el índice analítico de NS solo encontrará referencias a las p. 113, 212 y 213 del volumen.

³ Tengo la impresión que esto es un error conceptual importante. Creo que es necesario distinguir, por un lado, entre el concepto (o los conceptos) mismos de competencia y, por el otro, entre las normas de competencia. El concepto es la explicación del fenómeno en cuestión, las normas de competencia son aquello que hace que el fenómeno *de hecho* se produzca. Una cosa es la creación de normas y otra como esta se lleva a cabo. El tema es muy complejo y excede este trabajo, pero, al menos, quiero dejar constancia de la existencia de tal inquietud. Lo mismo puede decirse de la existencia de más de un concepto de competencia.

⁴ ALCHOURRÓN - BULYGIN, *Sistemas normativos*, p. 111 a 118.

⁵ Incluyo entre las normas permisivas a aquellas que no solo permiten una conducta, sino que la facultan, es decir que permiten su acción y su omisión.

⁶ La crítica a HART es, como bien recuerdan ALCHOURRÓN y BULYGIN, previa a NS y fue formulada originalmente por el mismo BULYGIN en su trabajo "Sobre la regla de reconocimiento", hoy recopilado en ALCHOURRÓN - BULYGIN, *Análisis lógico y dere-*

Esto es importante porque, al menos durante esta etapa, las normas de competencia para ALCHOURRÓN y BULYGIN no son reglas conceptuales ni forman parte de los criterios de identificación del derecho, aunque a veces estos hagan referencia a las primeras: lo cual, para ALCHOURRÓN y BULYGIN, no autoriza a confundir ambas nociones⁷.

Para ALCHOURRÓN y BULYGIN “*las normas de competencia son (una clase especial de) normas permisivas; son normas de con-*

cho, p. 383 a 391. La misma crítica, aunque mucho más ampliada, a HART se encuentra en GUASTINI, “Rileggendo Hart” en *Distinguendo ancora*, p. 105 a 117.

⁷ Este es el núcleo duro de la crítica, tanto de BULYGIN como de GUASTINI (la dependencia conceptual de la regla de reconocimiento –RDR– con relación a las reglas de cambio y de adjudicación) a HART. Creo que la crítica es errada por lo siguiente. En HART, como yo lo veo al menos, la RDR es el resultado de una práctica compleja resultante de la interacción de las reglas de cambio y de adjudicación, reglas nuevas en una sociedad de reglas meramente de conducta, primarias. Es para HART la interacción entre las reglas de cambio y adjudicación lo que, con el paso del tiempo, hace al surgimiento de una regla social que oficia de criterio de identificación de un sistema de reglas que solo a partir de ese momento puede (de acuerdo a HART) ser llamado jurídico. Esta regla, la RDR, es necesariamente dependiente de las reglas de cambio y adjudicación porque es el funcionamiento de estas la que le da origen y hace que el derecho sea el derecho para este autor. La dependencia o “confusión” de ambos conceptos (reglas de conducta y reglas conceptuales) es deliberada. No es una confusión conceptual, es una explicación (al menos a nivel puramente conceptual) ya que no pretende ser una explicación histórica bajo ningún sentido de la palabra. Es, como dice GARDNER, una fábula estupenda del origen de una práctica social complejísima como el derecho (*Law as a leap of faith*, p. 221 a 237). Es por ello que HART (incluso antes de llamarla RDR) la considera una “*constitutional rule*” (AUSTIN, *The province of jurisprudence determined and the uses and study of jurisprudence*, introducción), que no es lo mismo que confundir a la RDR con la constitución, como parece creer GUASTINI. Es la regla que constituye, crea, la práctica social compleja que es el derecho. De ahí el adjetivo “constitutional”. La constitución es la primera regla del sistema, la originaria, pero solo podemos saber que esta pertenece a un sistema *X* y no a uno *Y* debido a la “*constitutional rule*” llamada RDR que establece los criterios de pertenencia de las normas al sistema *X*, incluyendo a la norma originaria que llamamos “constitución”. Dicha “*constitutional rule*”, como fija que está dentro o fuera del sistema no forma estrictamente parte del mismo y como toda definición estipulativa no es ni válida ni inválida. Simplemente se la usa (en este caso para reconocer el derecho válido, incluyendo la constitución) o no. Se puede argumentar que tal vez esta no sea la mejor explicación conceptual posible (aunque no es mi caso) pero no que haya una confusión de conceptos. HART es bastante explícito en cómo y porqué se genera la RDR sobre la base de las otras reglas secundarias y tiene bien en claro que es una regla conceptual, que es una regla de conducta y como ambas interactúan. De hecho, este enfoque es perfectamente compatible con el de BULYGIN, la RDR como regla conceptual que define la pertenencia al sistema y que también adopta GUASTINI.

ducta que permiten crear nuevas normas”⁸. A esta definición la acompaña una nota que reenvía directamente a *Norm and action*⁹ de VON WRIGHT, pero sin entrar en precisiones acerca de qué es lo que ellos toman de dicha referencia para construir su concepto de normas de competencia.

Esta definición es demasiado esquemática como para ser completamente satisfactoria. Se menciona que las normas de competencia no son solo normas permisivas, sino además una clase especial de permisiones. Directamente no se menciona en qué consiste esta clase especial ni qué la separa de las demás permisiones. Claro está que sería demasiado pedirle a la definición todas esas precisiones, es por ello que el concepto de (normas de) competencia de ALCHOURRÓN y BULGIN es propiamente elaborado al tratar el tema de lo que ellos llaman el sistema del juez durante el capítulo VIII de NS¹⁰.

Las normas de competencia, esta clase especial de normas permisivas, son en NS aquellas normas que le confieren la jurisdicción al juez, es decir que le otorgan la facultad de juzgar. Establecen que ciertas personas pueden “entender en ciertos casos y dictar ciertas clases de sentencias, siguiendo ciertas formalidades”¹¹.

Esto, “entender sobre ciertos casos, etc.”, es lo que en NS se entiende por “ser competente para” y “ser competente para” es “poder crear normas para”, en este caso solo sentencias judiciales¹².

Esta explicación de las normas de competencia que ofrecen ALCHOURRÓN y BULGIN en NS parece indicar, que para ellos durante este período, suceden dos cosas: 1) el problema de la competencia está circunscripto a la competencia de los jueces, ya que competencia es conferir jurisdicción para juzgar sobre ciertos temas según ciertos procedimientos, o 2) tal vez en pos de lograr una mejor explicación se centraron en la competencia de los entes públicos, en especial el juez, obviando a los particulares¹³. Se tomaría a los jueces (se pre-

⁸ ALCHOURRÓN - BULGIN, *Sistemas normativos*, p. 113.

⁹ VON WRIGHT, *Norm and action: A logical inquiry*, p. 198.

¹⁰ ALCHOURRÓN - BULGIN, *Sistemas normativos*, p. 211 a 215.

¹¹ ALCHOURRÓN - BULGIN, *Sistemas normativos*, p. 212.

¹² Si bien ALCHOURRÓN y BULGIN mencionan que estas normas dan competencia a los jueces para dictar ciertas clases de sentencias no aclaran cuáles son estas clases. Uno podría suponer que se refieren a todo tipo de sentencia emitida por un ente jurisdiccional, pero la formulación de la explicación no es clara.

¹³ Esto no es tan inusual. SPAAK, por ejemplo, admite que el caso arquetípico de competencia es la facultad que tienen los particulares para contratar y aun así li-

sume que en un sentido amplio de la palabra) como caso central y el resto se explicaría basado en esta situación. Cualquiera de las dos posibilidades es de por sí demasiado reduccionista, pero esta sección no es el lugar donde nos ocuparemos de tal problema.

Bajo esta definición, las normas de competencia terminan siendo reglas de conducta con sujetos de aplicación definidos: los jueces. Siempre y cuando, según ALCHOURRÓN y BULYGIN, estas sean entendidas como normas permisivas que establecen la permisión de realizar ciertos actos en ciertas circunstancias.

Hasta aquí esto parecería adecuarse a la definición de cierto tipo de normas permisivas en VON WRIGHT, las normas de orden superior¹⁴, pero, como vimos, para ALCHOURRÓN y BULYGIN las normas de competencia son una clase especial de normas permisivas (que van más allá de la norma de orden superior).

Esta especialidad radica en el hecho de que, además de establecer cuál es la conducta que debe seguir el juez, estas normas son al mismo tiempo “*constitutivas de la autoridad judicial; nadie es juez sino en virtud de una norma de competencia y en la medida y con el alcance que determine esa norma*”¹⁵.

El razonamiento es que, como el concepto de juez es habitualmente definido en virtud de las normas de competencia, estas, entonces, forman parte del significado del concepto de juez. Es una de sus propiedades esenciales.

En resumen: las normas de competencia son, a la vez, normas permisivas (de orden superior) y normas constitutivas. Definen el concepto de juez y determinan su modulación deóntica.

§ 2. **ALGUNOS PROBLEMAS Y CONSIDERACIONES CRÍTICAS ACERCA DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA EN “NORMATIVE SYSTEMS”**

Como vimos, para ALCHOURRÓN y BULYGIN el confundir una regla constitutiva con una regla de conducta¹⁶ es un error que invita a con-

mita su estudio a la competencia de los entes públicos o estatales (*The concept of legal competence*). Que no sea inusual no quita que sea un tanto paradójico el admitir que el arquetipo sea la competencia del particular y que se decida no analizarla.

¹⁴ VON WRIGHT, *Norm and action: A logical inquiry*, p. 198. Las referencias que ALCHOURRÓN y BULYGIN hacen a VON WRIGHT son siempre a este capítulo y a la p. 198.

¹⁵ ALCHOURRÓN - BULYGIN, *Sistemas normativos*, p. 212.

¹⁶ Con confundir me refiero, claro está, a un tipo de enunciado que sea un híbrido de los dos tipos de reglas.

fusión. Una regla es constitutiva (o conceptual), es decir que establece el uso de un concepto¹⁷; o es una regla de conducta, es decir que establece una modulación deóntica cualquiera¹⁸ para una acción determinada. La idea de un enunciado que a la vez que *define* el uso de un concepto o término también *regule* alguna conducta sería, para ALCHOURRÓN y BULYGIN una imposibilidad, dado que para ellos las reglas constitutivas (o conceptuales) “no prohíben ni permiten nada”¹⁹. Este es el problema puntual que le señalan a la regla de reconocimiento de HART, el ser una regla que define el concepto de derecho válido a la vez que, de acuerdo a la interpretación mayoritaria²⁰, regula conductas, particularmente la conducta de los funcionarios, facultándolos a crear nuevas normas y obligándolos a aplicar las existentes.

Con la taxonomía rígida que ALCHOURRÓN y BULYGIN tienen de las reglas constitutivas por un lado y regulativas por el otro, reglas al estilo de la regla de reconocimiento hartiana o son imposibles o son producto de una grave confusión. O se es una regla constitutiva, o se es una regla regulativa. No hay posibilidad, para ALCHOURRÓN y BULYGIN, para que haya una suerte de matrimonio ontológico entre ambas nociones.

BULYGIN, como vimos, opta por la primera opción: la regla de reconocimiento como regla constitutiva, como definición del concepto de derecho válido²¹.

Ahora bien, teniendo en cuenta esto, es difícil explicar qué tipo de reglas serían las normas de competencia tal cual están definidas en NS por ALCHOURRÓN y BULYGIN. Como vimos, dichas normas son normas permisivas, es decir que regulan una conducta, que modulan deónticamente una acción determinada, pero, al mismo tiempo, dichas normas son “constitutivas de la autoridad judicial; nadie es juez sino en virtud de una norma de competencia y en la medida y con el alcance que determine esa norma”, es decir que definen el alcance de un concepto.

¹⁷ ALCHOURRÓN - BULYGIN, *Sistemas normativos*, p. 113.

¹⁸ Por “modulación deóntica” me refiero a los operadores de la lógica deóntica estándar: Permitido (P), Obligatorio (O), Prohibido (V o Ph) y Facultativo (F).

¹⁹ ALCHOURRÓN - BULYGIN, *Sistemas normativos*, p. 113.

²⁰ Contra esta interpretación ver nota 31.

²¹ Cfr. BULYGIN, “Sobre la regla de reconocimiento”, en ALCHOURRÓN - BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, p. 383 a 391.

Esto presenta un problema que, en primer lugar, no creo que sea menor para esta concepción tan rígida acerca de las normas y, por otro lado, creo que es un problema que no parece que pueda salvarse simplemente afirmando que las normas de competencia son una clase especial de normas permisivas, emparentadas con las normas de orden superior de VON WRIGHT.

La norma de competencia, o bien establece (en el caso de NS al menos) cual es el concepto de juez o bien modula deónticamente la conducta del juez, pero, al ser así, ya no define lo que es el juez. Esta noción de la norma de competencia resulta incompatible con la dicotomía planteada por ALCHOURRÓN y BULYGIN e introduce una incoherencia que, creo yo, no puede subsanarse más que de una manera: o bien en definitiva se opta por las normas de competencia como normas constitutivas o conceptuales o bien se opta por la noción de normas de competencia como normas regulativas (no necesariamente permisivas, aunque esa sería la alternativa más común).

Esta parece ser la solución por la cual opta el propio BULYGIN en su trabajo entre el período 1988-1992 y que, creo, no sería de difícil atribución al canon de ideas compartidas por ALCHOURRÓN y BULYGIN²². Si bien BULYGIN no explica las razones por las cuales entre 1988-1992 se abandona la concepción original propuesta en NS, en sí no es difícil ver que lo más probable haya sido que ellos mismos hayan visto la confusión conceptual de ambos tipos de normas en su definición de las normas de competencia, que la consideraran inaceptable y que, en virtud de ello, BULYGIN haya buscado una solución al problema que planteaba dicha confusión y que haya llegado a la conclusión que, de mantener las premisas ofrecidas en NS, la única alternativa posible fuera elegir un tipo de norma por sobre el otro. En desarrollos posteriores se abandona este tipo especial de norma permisiva y se opta por sostener que las normas de competencia son (solamente) normas de tipo constitutivo. Analizaremos esta concepción en breve.

²² Cfr. BULYGIN, "Sobre las normas de competencia", en ALCHOURRÓN - BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, p. 485 a 498. En cuanto a la idea de un "canon" bibliográfico de ALCHOURRÓN y BULYGIN puedo decir que considero que un texto (o una idea) pertenecen a ALCHOURRÓN y BULYGIN si y solo si cumple con los siguientes requisitos: 1) el texto fue escrito conjuntamente por ALCHOURRÓN y BULYGIN y publicado por ambos; 2) el texto fue escrito individualmente por ALCHOURRÓN o por BULYGIN pero luego fue publicado en una recopilación conjunta de artículos (como *Análisis lógico y derecho*, compuesta en su mayoría por textos del tipo 1).

B) SEGUNDA APROXIMACIÓN DE ALCHOURRÓN Y BULYGIN AL PROBLEMA. LAS NORMAS DE COMPETENCIA COMO REGLAS CONSTITUTIVAS

§ 3. “DEFINICIONES Y NORMAS” O EL PRIMER ESBOZO DE LA TEORÍA DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA COMO REGLAS CONSTITUTIVAS DE ALCHOURRÓN Y BULYGIN

A pesar de lo mencionado en la sección precedente, es realmente difícil dar cuenta de cuándo ALCHOURRÓN y BULYGIN decidieron abandonar la teoría de las normas de competencia esbozada en NS y sustituirla por un enfoque estricto de ellas como normas puramente constitutivas. También tiene su dificultad el dar con las razones de dicho cambio, las cuales nunca son expresamente enunciadas por ALCHOURRÓN y BULYGIN.

Es cierto, BULYGIN en su ya citado trabajo del período que va del año 1988 al año 1992 critica la teoría de las normas de competencia como normas permisivas, en particular la sostenida por VON WRIGHT en lo relativo a sus normas de orden superior, pero esto sin mencionar la teoría sostenida en NS ni una sola vez. Ante este silencio uno solo puede especular acerca de cuáles serían los motivos para abandonar dicho enfoque, como ya se hizo en la sección precedente, y poco más. Como ya se mencionó la razón más plausible es que ALCHOURRÓN y BULYGIN se hayan percatado que, al seguir demasiado de cerca a VON WRIGHT, hayan confundido conceptualmente normas constitutivas con normas regulativas al sostener que las normas de competencia son prescripciones que son a su vez constitutivas de la autoridad judicial.

La primera dificultad mencionada es tal vez un poco más compleja de lo que se supone. No parece ser un mero “cuándo”, sino que también habría que preguntarse quién fue el que (al menos) empezó a cambiar de posición ¿Solo BULYGIN, o tal vez ALCHOURRÓN y BULYGIN en su conjunto con refinamientos posteriores de BULYGIN? No sería descabellado argumentar²³ que el cambio comienza en 1983 con *Definiciones y normas*²⁴ de ALCHOURRÓN y BULYGIN y que luego el nuevo enfoque termina de ser desarrollado por BULYGIN.

²³ Como hace HERNÁNDEZ (“Autoridad y competencia”, en GARZÓN - LAPORTA, *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, vol. 11, p. 117 a 131).

²⁴ ALCHOURRÓN - BULYGIN, “Definiciones y normas”, en ALCHOURRÓN - BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, p. 439 a 463.

Es más, creo que puede decirse que *Definiciones y normas* constituye un punto intermedio entre la concepción de NS y la concepción de BULYGIN 1988-1992 de las normas de competencia. En dicho trabajo claramente se abandona la tesis sostenida en NS y comienza a esbozarse, esquemáticamente, una concepción alternativa recién en sus páginas finales. Si bien no creo que llegue a consistir en sí misma una teoría de las normas de competencia²⁵ un somero análisis de esta no carece de interés.

La base de la nueva concepción parece ser la ya mencionada división de las reglas hecha en NS en constitutivas y regulativas con el agregado de la distinción entre sanción y nulidad realizada (y remarcada) por HART en *The concept of law*.

De hecho, en la medida en que se puede seguir especulando acerca del porqué del abandono de la tesis de NS, parece haber sido la distinción entre sanción y nulidad, y como esta última se aplica a los casos en que uno no cumple con lo estipulado por una regla constitutiva²⁶ (quedando la sanción reservada solo para los casos de incumplimiento de reglas regulativas), lo que dio el ímpetu inicial para considerar que es o fue un error asociar a las normas de competencia con las normas permisivas ya que estas últimas son reglas regulativas (obligan, prohíben y facultan conductas) y su incumplimiento conlleva sanción en vez de nulidad.

En cambio, el incumplimiento de lo estipulado por una norma de competencia (por ejemplo, una norma que establezca que un testamento requiere un mínimo de tres testigos) no implica sanción alguna: simplemente resulta en un acto nulo. Es decir que el acto realizado no consiste en un testamento. Un testamento nulo es un no-testamento, pero fuera de eso no hay consecuencias dañosas para

²⁵ Tal vez un buen ejemplo de esto sea el hecho que JORDI FERRER, cuando analiza la tesis de las normas de competencia como definiciones o reglas conceptuales en ACHOURRÓN y BULYGIN, toma lo expuesto en “Definiciones y normas” y en “Sobre las normas de competencia” conjuntamente. No hay una separación entre el bosquejo de teoría que uno encuentra en las páginas finales del primer artículo de la teoría ya desarrollada que expresa el segundo. FERRER parece tomar los aportes de “Definiciones y normas” como parte de la teoría ya desarrollada en “Sobre las normas de competencia” y no entretiene la posibilidad que “Definiciones y normas” sea un punto intermedio entre las teorías de NS y la de “Sobre las normas de competencia”. Cfr. FERRER, *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*, p. 97 y 98, donde ambos artículos son citados como parte de un mismo todo.

²⁶ Reglas secundarias en HART, asimiladas a definiciones en *Definiciones y normas*. Cfr. ALCHOURRÓN - BULYGIN, “Definiciones y normas”, *Análisis lógico y derecho*, p. 461 a 463.

aquel que incumplió con la norma de competencia. Es libre de volver a realizar el acto y, en caso de cumplimiento con lo fijado por la norma, este será eficaz.

Esta distinción forzosamente refuerza la idea de que las reglas regulativas y las reglas constitutivas son dos fenómenos diferentes y que no pueden confundirse, ya que cada uno acarrea consecuencias diferentes. A su vez esto tuvo que poner de relieve la incoherencia ya mencionada de la tesis original de NS, a saber, que las normas de competencia son un tipo especial de normas permisivas (facultativas), normas permisivas que son a su vez constitutivas de la autoridad judicial (o de cualquier otra autoridad normativa).

En vista a que cada tipo de regla (constitutiva y regulativa) tiene su propio tipo de consecuencia ante el incumplimiento (nulidad y sanción respectivamente) se vuelve difícil (cuando no imposible) defender el tipo híbrido que se encuentra en NS ya que ¿cuál sería, para este híbrido, la consecuencia que debe seguirse en caso de incumplimiento? Ni la sanción (sola) ni la mera nulidad parecen ser respuestas aceptables a esta pregunta. La única alternativa posible sería la de considerar a la nulidad como un tipo especial de sanción, pero dicha alternativa es por demás dudosa.

La sanción, como se mencionó, implica consecuencias perjudiciales para su destinatario, ya sean una pérdida patrimonial, la imposibilidad de continuar desarrollando una actividad (inhabilitación), la restricción de la libertad personal (prisión en sus diversos tipos) y en algunos casos la muerte del individuo en cuestión.

La nulidad, por su parte, no implica una consecuencia dañosa. Se limita a relevar que un acto x no es un acto jurídicamente válido en virtud de una carencia en el acto mismo, ya sea en su realización (fallas en el procedimiento, este no fue llevado a cabo por quien debía hacerlo, etc.) o en su contenido (contradice lo establecido por normas jerárquicamente superiores, pertenece a un contenido formalmente vedado, etcétera).

En virtud de lo no dañoso de la nulidad considerarla como un tipo, aunque sea especial, de sanción resulta poco sensato. Sanción y nulidad no solo son conceptos distintos: son consecuencias distintas que responden o se siguen a situaciones distintas. Al menos esta parece ser la consecuencia que se sigue de la distinción señalada por HART entre ambas nociones²⁷.

²⁷ En su lectura de HART, ALCHOURRÓN y BULGIN llegan incluso a sostener que la nulidad es parte de la regla secundaria, i.e. de la definición del concepto jurídico

Vistas así las cosas las normas de competencia no serían regulativas de ninguna conducta: serían meramente definiciones de diversos conceptos tales como “ley”, “contrato”, “testamento”, “sentencia”, etcétera²⁸. Es decir que dichas normas meramente se limitan a definir cuáles son las propiedades que debe poseer un acto cualquiera para que pueda ser considerado como un *x* válido en un sistema jurídico en particular. No regulan ninguna conducta, simplemente definen actos válidos puntuales y la única consecuencia de no “cumplir” con lo que establece esta norma es la no existencia de dicho acto. La nulidad testimonia el fracaso a la hora de producir un acto jurídicamente válido, pero no se perjudica al “incumplidor” de ninguna manera que pueda ser considerada como jurídica²⁹.

a definir (recordemos que asimilan reglas secundarias a definiciones) y que a esto se debe la irreductibilidad de las reglas constitutivas a reglas regulativas o de conducta. Cfr. ALCHOURRÓN - BULYGIN, “Definiciones y normas”, en ALCHOURRÓN - BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, p. 462.

²⁸ Con la aclaración que no son definiciones generales de dichos términos sino de, por ejemplo, “ley válida”. “Válida” en estos casos quiere decir válida siempre en relación a un sistema jurídico de referencia. Esta aclaración no se encuentra en el texto de ALCHOURRÓN y BULYGIN, sino que fue, hasta donde sé, formulada originalmente por FERRER (*Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*, p. 99, nota 175).

²⁹ Una observación que una vez fue hecha por GERARDO HABERKORN, un compañero de cátedra, hace algunos años (probablemente por el año 2008) contra la distinción entre nulidad y sanción era que la primera sí conlleva un perjuicio para el que la sufre ya que, de ese modo, se ven frustrados sus planes de vida. Por ejemplo: un contrato declarado nulo por culpa de un vicio formal frustra los planes de vida de (por lo menos) dos personas, debido a que la nulidad elimina el negocio jurídico en el cual se habían embarcado. Esta objeción yerra, creo, por dos motivos: 1) el hecho que los planes de vida de un sujeto resulten frustrados debido a no cumplir con las formalidades que establece la norma de competencia no parecería ser algo jurídicamente relevante. El derecho tiene muchas formas de frustrar los planes de vida de las personas, muchas veces incluso cuando nos obliga a cumplir con lo que este establece, como pagar impuestos por ejemplo y, si bien eso redundaría en una pérdida patrimonial no parece ser algo que sea asimilable a la sanción. El derecho *a lo sumo* protege a los planes de vida de las personas contra frustraciones causadas por violaciones a lo que el derecho establece, no al revés; 2) la nulidad en cuestión no eliminaría el negocio jurídico en el cual estas personas se embarcaron ya que, desde el punto de vista del derecho, el negocio jurídico en cuestión nunca existió al no existir un contrato válido en el sistema de referencia. Lo que ellos creían que era un negocio jurídico estaba basado en un error. Estos dos sujetos del ejemplo confundieron un no-contrato con un contrato válido (es decir, acorde con la norma de competencia que lo define) y, por consiguiente, el negocio en cuestión no estaba basado jurídicamente en nada. Esto parece ser una *petitio principii*, pero no es

Es sobre la base de estas consideraciones que ALCHOURRÓN y BULYGIN llegan a la conclusión de que las normas de competencia están mejor representadas como definiciones de ciertos conceptos más que como (tipos especiales de) normas permisivas, abandonando completamente esta última posición.

Sin embargo, aún la tesis de la reducción de las normas de competencia en ALCHOURRÓN y BULYGIN a reglas constitutivas no está terminada. Para eso hace falta ver los aportes posteriores de BULYGIN durante el período 1988-1992.

§ 4. **“SOBRE LAS NORMAS DE COMPETENCIA” O EL SEGUNDO ESBOZO DE LA TEORÍA DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA COMO REGLAS CONSTITUTIVAS DE ALCHOURRÓN Y BULYGIN**

Bien mirada, la teoría esbozada en *Definiciones y normas* parecería ser no tanto una teoría de las normas de competencia independiente o meramente basada en la distinción de HART entre sanción y nulidad sino, más bien, dicha teoría sería el resultado de llevar hasta las últimas consecuencias lo que dicha distinción implica. No parece, como ya se argumentó, que uno pueda escapar a la conclusión que ambas nociones responden a dos tipos fundamentalmente distintos e irreductibles fenómenos normativos, y ciertamente esta es la opinión que parece seguirse del trabajo de ALCHOURRÓN y BULYGIN.

Dicho trabajo, implicó de por sí un gran paso, sobre todo porque permitió subsanar las deficiencias ya vistas en el enfoque original que ALCHOURRÓN y BULYGIN sostuvieron en NS. Sin embargo, la teoría de las normas de competencia como reglas constitutivas como tal no

tal. Es una consecuencia necesaria que se sigue del concepto de regla constitutiva y de cómo estas construyen la realidad social. Un contrato jurídicamente es y solo puede ser aquello que está definido como tal por una regla constitutiva (norma de competencia en este enfoque) que pertenezca al sistema. Si uno no “cumple” con lo establecido por dicha regla lo que obtendrá será un no-contrato (es decir, cualquier cosa posible *menos* un contrato jurídicamente válido para el sistema que incluya dicha regla constitutiva). Los contratos no son hechos naturales que uno puede encontrar en el mundo. Son hechos sociales, es decir que son construcciones sociales que pertenecen a algún juego de lenguaje (en este caso el sistema jurídico de referencia) y si uno no “cumple” con lo que dicho juego establece como “contrato válido” no hay forma de obtener dicho “contrato válido”. La nulidad releva este hecho: que la persona que quiso jugar al juego fracasó en su intento y que, en consecuencia, lo que obtuvo no puede ser considerado como un x definido como tal por las reglas de dicho juego.

parece haber sido, en *Definiciones y normas*, completamente desarrollada.

BULYGIN, en un trabajo posterior (*Sobre las normas de competencia*³⁰), buscó darle más precisión al enfoque sostenido por ALCHOURRÓN y BULYGIN de las normas de competencia como reglas constitutivas, pero, como espero poder detallar más adelante, tampoco en dicho trabajo la teoría alcanzó un estado definitivo. Sin embargo, antes de entrar en estos detalles, es pertinente exponer el enfoque mejorado por BULYGIN en el trabajo citado.

En línea con lo anteriormente sostenido por ALCHOURRÓN y BULYGIN, este último considera que las normas de competencia no regulan conducta alguna (es decir que no obligan, prohíben ni facultan la realización de ninguna acción) sino que, del mismo modo que las reglas de un juego, “*definen las formas en que se hacen los contratos, los testamentos o los matrimonios para que estos sean jurídicamente válidos*” es decir que “*ellas definen ciertos tipos de conductas*”³¹.

Hasta ahora no hay diferencia alguna con lo sostenido en *Definiciones y normas*. Las normas de competencia son definiciones de ciertos conceptos dentro del marco de un sistema jurídico de referencia. Dichas definiciones determinan cuándo algo puede ser considerado como un x válido con relación al sistema de referencia (y solo al sistema de referencia en cuestión) pues, como ya vimos, dichas normas no definen genéricamente al x , solo definen que puede ser considerado como un x (es decir, un x válido) en relación con un sistema de normas determinado.

Citando a BULYGIN, “*son reglas de competencia las que definen que ha de entenderse por un contrato, un testamento o una promesa y hacen posible llevar a cabo actividades tales como contratar, testar o prometer*”³².

BULYGIN obvia dejar en claro de manera explícita el requisito que dichas normas “*hacen posible llevar a cabo actividades tales como contratar, testar o prometer*” solo con relación a un sistema jurídico

³⁰ BULYGIN, “Sobre las normas de competencia”, en ALCHOURRÓN - BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, p. 485 a 498.

³¹ ALCHOURRÓN - BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, p. 490. Además, FERRER, *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*, p. 97 y 98.

³² BULYGIN, “Sobre las normas de competencia”, en ALCHOURRÓN - BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, p. 497.

de referencia en particular, pero tal vez se pueda excusar dicho olvido alegando su posible obviedad.

Es un tanto obvio que dichas normas no hacen referencia al mundo “natural” de los hechos brutos sino a cierto tipo de construcción social, que algunos prefieren llamar “institucional”³³, dominado por un sistema normativo de referencia determinado³⁴. Bien podría lla-

³³ Particularmente JOHN SEARLE, que divide a los hechos en hechos brutos y hechos institucionales siendo respectivamente unos regulados por reglas regulativas y los otros creados por reglas constitutivas, y en aquellos que siguen su enfoque. A tal efecto, cfr. SEARLE, *Speech acts: An essay in the philosophy of language* y *The construction of social reality*. Es necesario aclarar que la distinción en sí puede ser ontológicamente dudosa y, como bien dice GUASTINI, la atmósfera que la rodea es casi mágico-metafísica. Según GUASTINI es posible interpretar que SEARLE (y sus seguidores) con esta distinción dupliquen el mundo, a saber: de acuerdo a esta posible lectura un mundo que en realidad está compuesto de entidades de un solo tipo (hecho meramente brutos, sin ningún otro calificativo) vendría a ser sustituido por un mundo compuesto por dos clases de entes, hechos brutos y hechos institucionales, ya que en SEARLE este último tipo de hechos no parecerían ser ontológicamente brutos ni su carácter institucional parecería depender de una cualificación, de un sentido, de un valor, etc., que les sea dado o atribuido por el lenguaje. Los hechos institucionales, para este enfoque, son a la vez el objeto y el producto de las reglas constitutivas y no sería el caso que un hecho institucional sea, en realidad, un hecho bruto (un pedazo de papel con varias marcas de tinta encima, por ejemplo) considerado, en virtud de una regla perteneciente a un sistema de normas de referencia, como un hecho institucional (un testamento) siempre dentro de un contexto de sentido determinado (el del sistema de referencia en cuestión). La división del mundo en hechos brutos e institucionales a la Searle parece conllevar una innecesaria duplicación del mundo carente de toda justificación, ya que en definitiva los hechos institucionales bajo este enfoque no serían hechos brutos sujetos a una determinada interpretación dentro de un contexto de sentido determinado. Esto es, como mínimo, una ontología un tanto dudosa y más bien desaconsejable. Cfr. GUASTINI, *Teorie delle regole costitutive*, “Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto”, IV Serie, LX, 1983, p. 556 y 557.

³⁴ Contra la interpretación de la teoría de SEARLE dada en la nota precedente, ver, FERRER, *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*, p. 99. Considera que la interpretación hecha por GUASTINI no es la única posible y considera que tanto SEARLE como BULGIN pueden escapar a la objeción afirmando que “*las acciones naturales o los hechos brutos pueden ser vistos, a través del prisma de determinadas reglas constitutivas (en el caso de SEARLE) o de determinadas definiciones (en la versión de BULGIN), como (con el valor de) hechos institucionales*”. Como puede apreciarse la solución que ofrece FERRER no es diferente de la recomendación que ofrece GUASTINI y que en el presente trabajo se prefiere como la mejor lectura del fenómeno de la constitutividad. Hay que recordar que GUASTINI dice que la lectura que hace de SEARLE es una lectura que es posible *gracias* a los textos de SEARLE, lo que indica que en dichos textos hay cier-

marse, en pos de la brevedad, a dichas construcciones sociales “juegos de lenguaje”, dado que dichas construcciones consisten en adscribir un valor o un sentido, ver cuando un algo cuenta como un x determinado en virtud de distintos usos del lenguaje. Esto es lo que en definitiva hacen las normas de competencia en el enfoque de ALCHOURRÓN y BULYGIN refinado por BULYGIN, hacer que un hecho bruto determinado cuente como un x válido en el marco de un sistema de normas de referencia, es decir de una manera particular de usar el lenguaje.

Sin embargo, a esta definición BULYGIN agrega luego que estas normas no solo definen conceptos válidos en sistemas jurídicos de referencia, sino que también son definitorias de la autoridad normativa. En sus palabras “*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*”³⁵, lo cual, a primera vista, no parece ser conciliable con la definición dada precedentemente, dado que ¿en qué sentido las normas de competencia, siendo estas definiciones de conceptos tales como “contrato válido en sistema x ”, establecen “*la competencia del legislador (en su aspecto personal, material y procesal)*”? En principio ambas aserciones parecen ser incompatibles. Sin embargo, FERRER cree haber dado con una interpretación que resolvería el problema de incompatibilidad entre ambas aserciones.

Según su criterio, “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”³⁶.

tos problemas que conducen a interpretaciones equívocas. El problema parecen ser ciertas presuposiciones ontológicas de SEARLE y cómo estas llevan a conclusiones contraintuitivas. Ante eso no queda más alternativa que: 1) o depurar fuertemente el enfoque de SEARLE, aunque haya que ir contra el mismo SEARLE; 2) abandonar el enfoque en pos de uno alternativo y que no conduzca a equívocos. Creo que FERRER opta por 1 y GUASTINI –en cambio– opta por 2 y ambos llegan a resultados misteriosamente idénticos.

³⁵ BULYGIN, “Sobre las normas de competencia”, en ALCHOURRÓN - BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, p. 497.

³⁶ FERRER, *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*, p. 98 y 99.

Esta lectura dista de ser implausible. Sin las definiciones pertinentes sería imposible –dentro del juego de lenguaje en cuestión y solo dentro de él– realizar ninguna actividad que pueda ser considerada como “contrato”, “ley”, etcétera. En ese sentido y solo en ese sentido es la mera definición –la norma de competencia– la que no solo define el concepto de x -válido-en- y , sino que también habilita, confiere la competencia, de realizar actos que puedan ser considerados como actos válidos-en- y . En este sentido dichas definiciones son constitutivas de las diversas autoridades normativas, ya sea en sus competencias e incluso en sus incompetencias (ya que en principio no parecería que dichas autoridades puedan apartarse de aquellos actos que vienen definidos en las normas de competencia).

Lo que cabe preguntarse es si establecer “*la competencia del legislador (en su aspecto personal, material y procesal)*” no es algo que vaya un poco más allá de las reglas constitutivas.

§ 5. **ALGUNOS PROBLEMAS Y CONSIDERACIONES CRÍTICAS ACERCA DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA COMO REGLAS CONSTITUTIVAS EN ALCHOURRÓN Y BULYGIN**

Es muy difícil no compartir la noción que las normas de competencia, al menos en sentido estricto, son aquellas “*que definen que ha de entenderse por un contrato, un testamento o una promesa y hacen posible llevar a cabo actividades tales como contratar, testar o prometer*”³⁷, es decir que al ser las que “*definen las formas en que se hacen los contratos, los testamentos o los matrimonios para que estos sean jurídicamente válidos*”³⁸ son aquellas normas que básicamente determinan cuáles son las propiedades relevantes para que un algo cuente como un x válido en un sistema jurídico de referencia determinado.

Pero no se puede no tener en cuenta que esta definición a lo sumo, lo que hace es determinar/definir quién es el competente y cuáles son los diversos actos normativos (contratos, testamentos, leyes, decretos, etc.) que puede realizar, pero nada dice acerca de si dichos actos normativos a realizar son actos facultativos, obligatorios,

³⁷ BULYGIN, “Sobre las normas de competencia”, en ALCHOURRÓN - BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, p. 497.

³⁸ BULYGIN, “Sobre las normas de competencia”, en ALCHOURRÓN - BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, p. 497.

meramente permitidos o incluso (en algunos casos y para algunos sujetos) prohibidos. Tampoco dice nada acerca de cómo, es decir, mediante qué procedimiento o bajo qué formalidades (si alguno) deben llevarse a cabo dichos actos normativos. Estas son cosas que parecen escapar a las definiciones que establecen que es lo que cuenta como un *x-válido-en-y*.

Habíamos visto que FERRER buscó darle una solución a este problema, pero, si bien la interpretación que él hace del pasaje correspondiente del trabajo de BULYGIN no es para nada implausible, esta no responde al problema. Es cierto que sin las definiciones dadas por las normas de competencia es imposible cualquier tipo de acto normativo, pero la definición misma no dice ni qué carácter normativo regula la actividad del competente ni cuáles son los pasos a seguir para que el competente pueda realizar un acto que pueda ser considerado como un *x-válido-en-y*.

Todo esto parece no estar incluido en el concepto de normas de competencia de la teoría de ALCHOURRÓN y BULYGIN y es por ello que esta parece ser una teoría incompleta del fenómeno en cuestión. Deja en claro cómo, mediante reglas constitutivas, se atribuye la competencia y se determinan cuáles son los actos normativos relevantes, pero no parece no determinar cómo ella viene regulada ni cómo se regulan los procedimientos para emitir actos normativos válidos³⁹.

³⁹ BULYGIN está al tanto de este problema y reconoce que es una falencia de su enfoque. Tuve la oportunidad de discutir este problema con él y de plantearle estas mismas objeciones. Nada se dice del carácter deóntico de la competencia una vez atribuida ni tampoco se menciona el hecho del procedimiento ni cuál es su estatus (comunicación personal, 17/5/13). Sobre esta cuestión GIOVANNI BATTISTA RATTI me ha observado que esto que afirmo está lejos de ser (lógicamente) necesario. Que más bien parece ser un hecho contingente. No creo que sea así, ya que la definición –en sí misma– no regula más que el uso de un término o, mejor dicho, el criterio de identificación de ese término, a qué descripción responde el término en cuestión. Pongamos por caso el término “ley”. Podemos, y por lo general es así, entender “ley” como un acto emitido por el órgano “poder legislativo” en virtud de/siguiendo un procedimiento determinado. “Ley” = acto emitido por el poder legislativo en virtud/siguiendo el procedimiento *x*. La definición en cuestión solo nos indica a qué descripción responde el término “ley”, pero nada más. No determina si el acto emitido es el resultado de un deber o una facultad, ni a qué descripción responde el término “poder legislativo” ni en qué consiste el procedimiento *x* en cuestión. La definición en sí no alcanza para regular la competencia del agente. Es necesario (incluso lógicamente necesario) que haya reglas que determinen qué modalidad deóntica corresponde a dicha competencia, la definición del órgano

Una última cuestión que no queda clara en la teoría ALCHOURRÓN y BULGIN es la siguiente: es claro y resulta difícil argumentar contra la tesis que afirma que las normas de competencia (en sentido estricto) son reglas constitutivas, pero ¿qué tipo de reglas constitutivas son? Esto es algo que no está explicitado en la teoría.

CONTE y sus seguidores⁴⁰ son quienes más han trabajado en este tema y han postulado un abanico bastante amplio de subclases de reglas constitutivas, las cuales cubren todos (o casi todos) los aspectos posibles del fenómeno de la constitutividad.

Dichas reglas son:

- *Reglas anankastico-constitutivas*: fijan una condición necesaria de aquello que es su objeto.

- *Reglas eidético-constitutivas*: la existencia de la regla es una condición necesaria de aquello que es su objeto.

- *Reglas noético-constitutivas*: la existencia de la regla es una condición necesaria y suficiente de aquello que es su objeto.

- *Reglas nómico-constitutivas*: fijan una condición necesaria y suficiente de aquello que es su objeto.

- *Reglas metaético-constitutivas*: fijan una condición suficiente de aquello que es su objeto.

- *Reglas thético-constitutivas*: la existencia de la regla es condición suficiente de aquello que es su objeto.

Salvo FERRER⁴¹ ninguno de los autores que considera que las normas de competencia son reglas constitutivas prestó atención a esta serie de distinciones de un concepto central del tipo $C_{(x=y)}$ (*En el*

competente, y reglas que determinen los pasos a seguir para emitir el acto (procedimiento). Esto es algo que, me parece, necesariamente se da en todos los casos relativos a la competencia y que está lejos de ser contingente a este o aquel sistema jurídico.

⁴⁰ Cfr. CONTE, “Regola costituiva in Wittgenstein”, en *Filosofia del linguaggio normativo*, vol. I, p. 235 a 254; CONTE, “Paradigmi d’analisi della regola in Wittgenstein”, en *Filosofia del linguaggio normativo*, vol. 2, p. 265 a 312; CONTE, “Fenomeni di fenomeni”, en *Filosofia del linguaggio normativo*, vol. II, p. 313 a 346; AZZONI, *Il cocetto di condizione nella tipologia delle regole*; ROVERSI, *Pragmatica delle regole costitutive*; ROVERSI, *Costituire. Uno studio di ontologia giuridica*. Solo por mencionar a los que considero más destacados de la “Scuola di Pavia”. Las subclases de reglas constitutivas de los paveses también son aceptadas por WOJCIECH ŻELANIEC (*Create to rule*, p. 75 a 93).

⁴¹ FERRER, *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*, p. 153 y 154.

contexto C, X equivale/es idéntico a Y"). Lo cual es claramente desafortunado, dado que estas subclases de reglas constitutivas abren grandes oportunidades de análisis. En parte por como están basadas las distinciones realizadas por CONTE y su escuela. Se distingue a las reglas constitutivas en virtud de las condiciones necesarias, suficientes o necesarias y suficientes que ellas “establecen”. Pero, y he aquí lo realmente interesante, la forma en que estas condiciones pueden “establecerse” es múltiple. Hay básicamente dos tipos: la norma establece una condición (sea necesaria, suficiente, o necesaria y suficiente) o la norma misma *es* la condición (necesaria, suficiente, o necesaria y suficiente).

La distinción es sutil, pero no por ello innecesaria. Claramente no es lo mismo que una norma establezca una condición para un x que el hecho que la existencia misma de la norma sea la condición para ese x . En un caso es necesario que la norma “diga” algo para que x sea posible. En el otro lo necesario es la *existencia misma* de la norma, no tanto lo que esta pueda decir, lo que es necesario para que x sea posible.

Como yo lo veo, esto quiere decir que en el caso la norma fija una condición para un x que ya viene dado, en cambio en el caso de las normas cuya existencia es la condición lo que ocurre es que la norma es la condición de posibilidad de ese algo. El segundo tipo de reglas lo que hace es dar las condiciones de posibilidad de un concepto o de una dimensión de sentido. Por ejemplo, en el caso del ajedrez (entendido este como un conjunto de reglas y *no* como el juego *tout court*): las reglas que constituyen el juego son ellas mismas las condiciones de posibilidad del juego. En el caso puntual del ajedrez dichas reglas parecen ser no solo condiciones necesarias del mismo sino condiciones necesarias y suficientes. El ajedrez es el ajedrez dado que estas reglas lo crean. Nada más es necesario.

En cambio, el primer tipo de reglas parece que hace otra cosa. Al meramente fijar condiciones (y no ser la regla misma la condición) parece que más que constituir, “subconstituye”. Constituye nociones dentro de una dimensión de sentido, mas no es ella misma la causa de dicha dimensión. En el caso del ajedrez podríamos decir que crea variantes del juego, mas no al juego mismo.

Ahora queda por ver cuál de este tipo de reglas es la más adecuada para dar cuenta del fenómeno de la competencia.

Es claro que la competencia solo es posible en virtud de normas que la otorguen. Es decir que esas normas que otorgan competencia

son, en lo que la competencia respecta, su causa. No lo que las normas establecen sino las normas en sí.

Por ende, las candidatas posibles son las normas eidético-constitutivas, noético-constitutivas y thético-constitutivas, dado que estas tres normas son, por sí mismas, condición de aquello que es su objeto.

La pregunta es, en el caso de la competencia ¿qué tipo de condiciones establecen las normas que otorgan la competencia?

FERRER sostiene que dichas condiciones son necesarias y suficientes⁴². Esto es así porque, como ya vimos, él limita la competencia a su mera atribución. Esto más allá de que el resto de su teoría lo empuja hacia una concepción no unitaria. Él insiste en disminuir todo el fenómeno de la competencia que no sea considerado como atribución de poder y lo relega a lo que llama “condiciones de actualización de la competencia”. Ya vimos porqué esto es un error.

La competencia no es la mera atribución de poder. Es un continuo que va de la atribución de un poder a un sujeto u órgano hasta la producción de un acto válido en el sistema en cuestión. Relegar todo esto a mera “condición de actualización” no es más que un intento de mantener la idea de que hay solo una única clase de normas de competencia, sin traicionar lo relevante del ejercicio de la competencia a la hora de explicar el fenómeno. Este método termina traicionando los objetivos que FERRER se fija, dado que pone de relieve hasta qué punto el ejercicio de la competencia es relevante a la hora de dar cuenta de ella.

Entonces, si la competencia es más que la atribución de poder, si incluye otras cosas tales como su ejercicio (ya sea en los pasos a seguir para ejercerla *correctamente* como en establecer si dicho ejercicio es obligatorio o no) entonces las normas que atribuyen competencia no son ellas mismas las condiciones necesarias y suficientes de la competencia, no son reglas noético-constitutivas. Se sigue que, entonces, estas reglas tampoco fijan solo las condiciones suficientes de la competencia. A lo sumo podemos decir que las reglas que atribuyen competencia son condición suficiente que a un x se le haya atribuido competencia, lo cual está muy cerca de ser una tautología, pero de la competencia entendida como un todo. Las normas que atribuyen competencia no son ellas mismas sus condiciones suficien-

⁴² FERRER, *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*, p. 153.

tes. Entonces estas normas que atribuyen competencia tampoco son reglas thético-constitutivas.

Quedan solo las reglas eidético-constitutivas, reglas que son ellas *solo* condición necesaria de aquello que es su objeto. En lo relativo a las normas que atribuyen competencia este parece ser el caso. Estas normas son ellas mismas condición necesaria de la competencia. No son ellas mismas todas las condiciones necesarias de este estado de cosas que va desde la atribución hasta la producción de un resultado institucionalmente válido, pero son las normas que, al fijar la primera de las condiciones necesarias, es decir atribuirle a un sujeto o un órgano cierta competencia, permiten que uno puede empezar a hablar de la competencia de dicho sujeto u órgano.

En la terminología de la Escuela de Pavía, permiten que uno pueda empezar a pensar en la competencia de dicho sujeto u órgano. Otra forma de decir lo mismo es afirmar que estas normas definen parcialmente la competencia y al competente ¿Qué puede decir esto, sino que estas reglas son solo condición necesaria de la competencia? El concepto termina de pensarse solo con la ayuda de otras reglas de otro tipo, termina de definirse solo mediante la ayuda de otras reglas de otro tipo.

Esto les da a las reglas atributivas de la competencia prioridad lógica por sobre otros tipos de normas de competencia. Es solo gracias a que hay normas que atribuyen competencia que puede haber normas que la modulen deónticamente; y fijen procedimientos para su ejercicio válido. De no existir estas reglas que atribuyen competencia los otros dos tipos no podrían existir. Serían un sinsentido, dado que no se saben qué estarían regulando, ya sea deóntica como técnicamente.

Creo que es por esto que muchos autores, como ROSS, BULJGIN y FERRER, hayan considerado que estas normas atributivas de competencia sean las *Normas de competencia* (en mayúsculas) en vez de solo una subclase, central pero solo una subclase, de *normas de competencia* (en minúsculas). El rol que juegan estas normas es tan central, tan básico, que es sencillo sobredimensionarlo.

Pero no, no es el caso. Estas normas son solo una de tres normas posibles de competencia. Juegan un rol central, dado que al atribuir competencia permiten que podamos regularla, definirla, circunscribirla, conceptualizarla, etc., pero no se bastan por sí solas a dar cuenta de todo el fenómeno de la competencia. Todo lo relacionado con su ejercicio escapa a la órbita de estas normas, y esto es así,

aunque dicho fenómeno solo sea posible porque hay normas (eidético-constitutivas) atributivas de la competencia.

Si bien las otras subclases de normas de competencia son subsidiarias a esta subclase atributiva, el rol que estas juegan no es nada menor. Son las que permiten que la competencia atribuida sea considerada como conferida o impuesta (es decir si la misma es vertical u horizontal) y que permiten saber qué es necesario realizar para que el ejercicio de dicha competencia sea considerado válido de acuerdo al sistema que la atribuyó⁴³.

Basándonos en el tipo de definiciones que, según ALCHOURRÓN y BULGIN, ofrecen estas normas, uno puede argumentar que estas serían reglas eidético-constitutivas⁴⁴, es decir aquellas reglas que son

⁴³ ROVERSI, en *Pragmatica delle regolecostitutive*, hace un estudio sin paralelo concerniente a las reglas eidético-constitutivas. Fue la lectura de este libro, más que la lectura de CONTE mismo, lo que me llevó a dudar un poco de la noción original de regla constitutiva en SEARLE y que me convenció, contra FERRER, que las normas de competencia son reglas eidético-constitutivas. En el libro, a diferencia de este trabajo, ROVERSI hace un análisis del juego del ajedrez considerado *tout court*. En ese sentido, las reglas que constituyen el ajedrez son reglas eidético-constitutivas, pues hay factores del fenómeno lúdico que no son privativos del ajedrez, como la noción de “victoria”, por ejemplo, que es externa al juego, pero común a todo fenómeno lúdico (debo esto a una discusión con ALESSANDRO FERRARI). Entendido de esta manera, *tout court*, las reglas del ajedrez solo dan algunas de las condiciones necesarias para la posibilidad del juego, es decir que parcialmente lo definen. El resto de la definición de “ajedrez” depende de factores subsidiarios. Si analizamos al ajedrez solo como conjunto de reglas la cosa cambia, como vimos. ROVERSI hace algunas, muy pocas, consideraciones sobre la competencia en la introducción de su trabajo (p. 6 y 7), dejando abierta la pregunta de si ellas son reglas eidético-constitutivas o no (nunca duda del hecho que sean reglas constitutivas, pero ¿de qué subclase?). Como vimos, bien considerada, la respuesta es si y no. Algunas son reglas eidético-constitutivas. Aquellas que confieren la competencia y comienzan a definir al concepto mismo (y al de competente). Hacen falta otros factores para completar el cuadro, como veremos a continuación. Hay algunas críticas que pueden hacerse a ROVERSI, pero creo que son menores al lado de la claridad que trae su libro: 1) en ningún momento, ni en *Pragmatica* ni en *Costituire*, ofrece una formalización de las reglas constitutivas, como tampoco lo hace SEARLE. Es debido a ello que se ofrece la formalización “ $C_{(x=y)}$ ” esperando que esta pueda ser de alguna utilidad; 2) se apegas demasiado a la terminología de CONTE, la cual puede ser un poco pesada y hasta confusa. Sin embargo, este no me parece el lugar para intentar una reformulación de los términos usados por CONTE y sus seguidores. Tal vez en otro momento pueda intentarse algo en ese estilo, pero no ahora.

⁴⁴ En el mismo sentido, cfr. FERRER, *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*, p. 99, nota 173. El concepto de regla eidético-constitutiva fue desarrollado por CONTE. A tal fin, cfr. CONTE, “Fenomeni di fe-

condición necesaria de aquello sobre lo que versan⁴⁵. Como ya hemos visto, en el caso de las normas de competencia (en sentido estricto) este es el caso.

Sin dichas reglas no tiene sentido hablar de competencia ni de producción normativa en el derecho, ya que ellas definen qué es ser competente y sin ese concepto sería lógicamente imposible producir norma alguna en un contexto jurídico.

Estas reglas⁴⁶ no son meramente condición necesaria de algo, sino que, además, abren toda una nueva dimensión de sentido desde que establecen el concepto que definen. De por sí dichas normas no son suficientes para disciplinar toda esta nueva dimensión de sentido que permiten al estipular un concepto.

Para eso hacen falta que entren otras normas en juego, que permitan desarrollar la dimensión o juego de lenguaje que permiten estas normas, de lo contrario solo nos quedamos con el concepto, pero sin saber cómo desarrollarlo. Es el mismo problema, por llamarlo de alguna manera, que ocurre con las normas de competencia que marca la teoría de ALCHOURRÓN y BULYGIN. Solo con la definición no es suficiente.

C) CONCLUSIONES

Las teorías analizadas con todas sus diferencias, son esencialmente idénticas en lo que a metodología respecta, a saber: el reduccionismo explicativo.

Ambas son un intento de reducir a las normas de competencia a un único tipo de regla, regulativa (con ciertas peculiaridades) en NS y constitutiva en ALCHOURRÓN y BULYGIN y las dos fracasan, básicamente por la misma razón: al tratar de implementar un reduccionismo tan fuerte del fenómeno de la competencia y de la producción normativa los dos enfoques dejan fuera muchas situaciones relevantes, que son

nomeni", en *Filosofia del linguaggio normativo*, vol. 2, p. 315 a 346 y ROVERSI, *Costituire. Uno studio di ontologia giuridica*.

⁴⁵ CONTE, "Fenomeni di fenomeni", en *Filosofia del linguaggio normativo*, vol. 2, p. 322.

⁴⁶ Las que siguen son consideraciones bastante generales en lo que respecta a las reglas constitutivas. Explayarse de más sobre la cuestión excedería los límites de este trabajo.

necesarias para dar cuenta de un fenómeno tan complejo y central para el derecho como la producción de normas.

La teoría de NS no solo tiene el problema de la confusión de reglas regulativas con reglas constitutivas. Esta confusión lleva a no dar cuenta del problema que las normas prescriptivas, contrariamente a lo sostenido en la teoría de NS, no pueden ser a su vez constitutivas del sujeto que están regulando, ya que su existencia viene presupuesta por la norma prescriptiva y no es constituido por esta. La norma constitutiva que define al sujeto normativo viene presupuesta como previa a la norma prescriptiva que regula su conducta. Lo contrario representa un absurdo. Esta teoría fracasa, principalmente, por no dar cuenta correctamente de la constitutividad del competente. La confusión entre reglas regulativas y constitutivas no puede ser solucionada sin terminar reduciendo a las normas de competencia a meras permisiones, lo cual no dice nada sobre la constitutividad o atribución de la competencia.

En cambio, la teoría de ALCHOURRÓN y BULYGIN comete el error inverso: da cuenta acabada de la constitutividad del competente, pero no dice nada acerca de cómo se modula deónticamente su conducta. Sin embargo, al dar cuenta de un modo tan claro de la constitutividad del competente no podemos decir que este último enfoque sea un fracaso del mismo nivel que la teoría esgrimida en NS. Por el contrario. En los años ochenta y principios de los noventa, ALCHOURRÓN y BULYGIN dieron con la teoría precisa de las normas de competencia en sentido estricto, es decir aquella que atribuyen (definen) al competente. Dicha teoría no puede refutarse, lo único que uno puede hacer es construir basado en ella y llenar los espacios vacíos que ella no trata. Solo así puede medirse su nivel de éxito.

La lección que deja el atribulado camino recorrido por ALCHOURRÓN y BULYGIN es que una explicación reduccionista del fenómeno de la competencia está destinada al fracaso, ya sea por intentar introducir elementos en la solución del problema que terminan llevando al absurdo o por centrarse demasiado en un punto clave dejando otros puntos importantes fuera del análisis. No se puede, si uno busca explicar este fenómeno, adoptar un camino reduccionista. Hay que partir de la base que más de un tipo de normas de competencia es necesario. Como mínimo dos tipos, que son las dos avenidas exploradas por ALCHOURRÓN y BULYGIN, normas que la atribuyan y normas que la modulen deónticamente. Queda abierta la posibilidad de un tercer tipo de norma: la que regule el procedimiento.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, CARLOS - BULJGIN, EUGENIO, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2015.
- AUSTIN, JOHN, *The province of jurisprudence determined and the uses and study of jurisprudence*, London, Weindenfeld & Nicholson, 1954.
- AZZONI, GIANPAOLO, *Il cocetto di condizione nella tipologia delle regole*, Padova, Cedam, 1988.
- CONTE, AMEDEO, *Filosofía del linguaggio normativo*, vol. I –Studi 1965– 1981, Torino, Giappichelli, 1995
- *Filosofía del linguaggio normativo*, vol. II –Studi 1982– 1994, Torino, Giappichelli, 1995.
- FERRER, JORDI, *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales & Boletín Oficial del Estado, 2000.
- GARDNER, JOHN, *Law as a leap of faith*, 10th ed., Oxford, Oxford University Press, 2011.
- GUASTINI, RICCARDO, *Distinguendo ancora*, Madrid, Marcial Pons, 2013.
- *Teorie delle regole costitutive*, “Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto”, IV Serie, LX, 1983, p. 556 y 557.
- HERNÁNDEZ, RAFAEL, “Autoridad y competencia” en GARZÓN - LAPORTA (eds.), *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, vol. 11, Madrid, Trotta, 1996.
- ROVERSI, CORRADO, *Costituire. Uno studio di ontologia giuridica*, Torino, Giappichelli, 2012.
- SEARLE, JOHN, *Speech acts: An essay in the philosophy of language*, Cambridge, Cambridge University Press, 1969.
- *The construction of social reality*, London, Penguin, 1995.
- SPAACK, TORBEN, *The concept of legal competence*, Aldershot, Dartmouth Publishing, 1994.
- VON WRIGHT, GEORG, *Norm and action: A logical inquiry*, London, Routledge & Kegan Paul, 1963.
- ŻELANIEC, WOJCIECH, *Create to rule. Studies on constitutive rules*, Milán, Università di Lettere Economia Diritto, 2013.