

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

2012

PONENCIAS EN VALPARAÍSO II

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL / N° 30 / 2012



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL



**ANUARIO DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL
2012**

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL
ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL N° 30
2012

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Austral de Chile, Católica del Norte, Católica de Temuco, Católica de Valparaíso, Católica de la Santísima Concepción, de Antofagasta, de Concepción, de Los Andes, de Chile, y Diego Portales.

Especial mención cabe hacer a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, "Edeval" se llevó a cabo la impresión de este volumen.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

I. S. B. N. — 0170 — 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL
Errázuriz 2120 - Valparaíso
E-mail: edeval@uv.cl

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

2012

PONENCIAS EN VALPARAÍSO II

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO
(2011 - 2013)

Daniela Accatino, Fernando Atria, Flavia Carbonell,
Rodrigo Coloma, Jesús Escandón, Joaquín
García-Huidobro, Pablo Ruiz-Tagle, Agustín
Squella, y Luis Villavicencio.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social
tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La
correspondencia puede ser dirigida a la casilla 3325,
Correo 3, Valparaíso, o al correo electrónico
rcoloma@uahurtado.cl

PRESENTACIÓN

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, fundada en Valparaíso en 1981 como sección nacional de la Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social, presenta el número 29 de su Anuario de Filosofía Jurídica y Social, correspondiente a 2011.

La obra reproduce las ponencias hechas en sesiones de comisiones de la Cuarta Jornada Chileno Argentina de Filosofía del Derecho, que tuvo lugar en la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso en el mes de noviembre de 2011, coincidiendo con la celebración del centenario de dicha unidad académica. Contiene, asimismo, parte de las ponencias que fueron presentadas en comisiones de dicha jornada.

Cabe señalar que la primera de estas jornadas binacionales tuvo lugar en 2004 en Buenos Aires, la segunda en Santiago en 2006, la tercera en Mendoza en 2009, y la cuarta en Valparaíso en 2011. En cuanto a la quinta jornada, tuvo lugar en Mendoza en el mes de octubre de 2012.

Durante el período 2011-2013, el Directorio de nuestra Sociedad es el que aparece en la página 6. Presidente del Directorio es Rodrigo Coloma, Secretaria General Flavia Carbonell, y Tesorera Daniela Accatino.

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

PONENCIAS EN COMISIONES

razones jurídicas. Su teoría no es la mejor interpretación posible del material jurídico (el conjunto de pautas o estándares aplicables al caso) que ofrece la práctica. Pero, ¿qué ocurriría si S1 fuese recurrida ante el Tribunal Supremo?; ¿Debería éste rechazarla por mal fundada o, en cambio, mantener la decisión por ser la única respuesta correcta al caso y entregar la debida justificación? Me parece que la única opción posible, a menos que dicho Juez fuese un formalista⁴³, es la segunda. La fidelidad a los valores de integridad y legalidad del orden jurídico se logra con una perspectiva sustantiva de la igualdad ante la ley.

Es obvio que en un caso como el que analizamos, la solución basada en un principio general del Derecho y en la equidad es perfectamente universalizable, tanto porque parte de una premisa general (coherencia hacia el pasado) como porque impone también un compromiso hacia el futuro. No se trata de una solución casuística ni de una interpretación discrecional. Por el contrario, se basa en estándares preestablecidos, si bien de contornos algo difusos (los principios generales del Derecho suelen operar como conceptos jurídicos indeterminados), insertando la decisión en el sistema jurídico. Es además una solución eficiente, que satisface el test de la consecuencialidad. Pero, sobre todo, me parece que la fundamentación propuesta no sólo alcanzaría para motivar la decisión de una manera aceptable, sino que también ofrece al Juez una solución "justa o, por lo menos, razonable"⁴⁴.

43. Sigo un texto de Manuel Atienza: "Cómo desenmascarar a un formalista". S2 presenta varios de los rasgos que él describe: la utilización de términos técnicos, la apelación abusiva a valores como la seguridad jurídica, el énfasis en cuestiones procesales y la pasión por el rigor lógico, etc.

44. PERELMAN, Ch.; *La lógica jurídica y la nueva retórica*, op. cit., p. 97.

INTERPRETACIÓN Y NORMAS DE COMPETENCIA *

MARÍA BEATRIZ ARRIAGADA CÁCERES **

El presente trabajo ofrece argumentos en favor de la tesis según la cual las normas de competencia o normas sobre la producción jurídica son definiciones de validez jurídica, con el propósito último de mostrar que, en el marco de una interpretación del Derecho realizada en abstracto, esta interpretación de las normas complementa mejor que otras, los objetivos de coherencia metodológica y adecuación a los usos vigentes que son propios del análisis conceptual que se sitúa en cierto nivel de abstracción. El trabajo se divide en cuatro partes. En la primera de ellas, se plantea la concepción que se utilizará para la interpretación de las normas de competencia. En el marco de esta concepción, la segunda parte del trabajo expone fundadamente la tesis en cuyo favor se pretende argumentar y, con este objetivo, se ponen en línea los conceptos de normas de competencia, competencia y validez. En la tercera parte, se desarrollan cuatro argumentos en favor de la tesis según la cual las normas de competencia son definiciones de validez jurídica. Finalmente, en la cuarta parte del trabajo, se expone una breve conclusión.

* Ponencia presentada el 11 de noviembre en la IV Jornada Chileno-Argentina de Filosofía del Derecho, realizada en Valparaíso.

** Profesora de la Universidad Diego Portales.

I. Una concepción para la interpretación de las normas de competencia

En un trabajo reciente Isabel Lifante elabora un interesante mapa de problemas sobre la interpretación jurídica. En él la autora discute y relativiza algunas de las distinciones que típicamente se utilizan cuando se habla de interpretación en contextos de derecho. En este apartado, me propongo revisar dos de estas distinciones con el propósito de justificar una cierta aproximación, enfoque o concepción para la interpretación las llamadas “normas de competencia” o “normas sobre la producción jurídica”.

1. Interpretación “en abstracto” e interpretación “en concreto”

Según Lifante, la interpretación denominada “en abstracto” u “orientada al texto”, en el sentido de que se realiza al margen de situaciones concretas, suele vincularse a la llamada “interpretación doctrinal”, en contraste con la interpretación “en concreto” u “orientada hacia los hechos” comúnmente ligada a la “interpretación judicial”¹. La clasificación entre interpretación doctrinal e interpretación judicial se suele presentar entonces como equivalente a la distinción entre interpretación en abstracto u orientada al texto (que correspondería a la interpretación realizada por la doctrina) e interpretación en concreto u orientada a los hechos (que sería la que realizan los órganos judiciales). Sin embargo, observa Lifante, estas equiparaciones no pueden hacerse absolutamente. Los jueces no siempre interpretan a partir de unos determinados hechos a los cuales tienen que dar solución; ellos pueden llevar a cabo una interpretación en abstracto, por ejemplo, en los casos en que un tribunal tiene que pronunciarse sobre la validez o invalidez de una norma general².

1. LIFANTE, I., “Un mapa de problemas sobre la interpretación jurídica” en Lifante, Isabel (ed.) *Interpretación jurídica y teoría del derecho*, Palestra, Lima 2010: 55-56.

2. Lo que implicará juzgar si es o no conforme con una norma superior, para lo cual las dos normas habrán de ser interpretadas; Lifante, I., op. cit., 57-58.

Por otra parte, conviene recordar que Guastini ha mostrado plausiblemente que si bien la interpretación en abstracto y la interpretación en concreto son dos operaciones intelectuales sensiblemente diversas, ambas pueden ser referidas a la interpretación judicial. La interpretación judicial “en abstracto”, “orientada a los textos”, o “interpretación propiamente dicha”, consiste en la identificación de la norma o de las normas expresadas o que están implícitas en una disposición (un enunciado normativo), o en un fragmento de disposición, o en una combinación de disposiciones, o en una combinación de fragmentos de disposiciones. La interpretación judicial “en concreto” u “orientada a los hechos” es, en cambio, la decisión acerca de la subsunción de un supuesto de hecho concreto bajo un supuesto de hecho abstracto, o bien en torno a la calificación normativa de un supuesto de hecho concreto, o en torno a la aplicación de una norma previamente identificada a un supuesto de hecho concreto³.

La interpretación “en abstracto” tiene por objeto enunciados normativos completos y da lugar a enunciados interpretativos que, en última instancia se pueden reconducir a la forma estándar: “D significa o implica N”, donde “D” ocupa el lugar de una disposición, un fragmento de disposición, una combinación de disposiciones, o una combinación de fragmentos de disposiciones, mientras “N” ocupa el lugar de una norma⁴. Como esta operación consiste en reformular o

3. GUASTINI, R., “Fundamentos de una teoría escéptica de la interpretación”, incluido en Lifante, Isabel (ed.) *Interpretación jurídica y teoría del derecho*, Palestra, Lima, 2010, 149-150. La actividad interpretativa hace, en consecuencia, referencia tanto a la atribución de significado a un texto normativo como a la calificación jurídica de un supuesto de hecho concreto. En el primer sentido, la interpretación se realiza “en abstracto”, y consiste en identificar el contenido de significado —es decir, el contenido normativo (la norma o normas)— expresado por y/o lógicamente implícito en, un texto normativo (una fuente de derecho) sin referencia a algún supuesto de hecho. En el segundo sentido, la interpretación se efectúa “en concreto”, y consiste en subsumir un supuesto de hecho concreto en el campo de aplicación de una norma previamente identificada “en abstracto”; Guastini, R., *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Trotta, Madrid, 2010, 29-30.

4. GUASTINI, R., “Fundamentos...”, op. cit., 150-151. Los enunciados interpretativos responden a preguntas del siguiente tipo: ¿El texto normativo

traducir el enunciado interpretado, su resultado es un nuevo enunciado "interpretativo" que el intérprete asume como sinónimo del enunciado interpretado⁵. La interpretación "en concreto" tiene por objeto predicados en sentido lógico, es decir términos que denotan clases que se utilizan en la formulación del antecedente o supuesto de hecho abstracto de las normas, tales como "asesinato", "contrato", "mayor de edad", y da lugar a enunciados subsuntivos del tipo "X no constituye asesinato", "Y no es un contrato", "Z no es mayor de edad"⁶.

Estos dos tipos de interpretación responden a dos tipos de indeterminación del derecho, de modo tal que el derecho es doblemente indeterminado⁷. El primer tipo de indeterminación concierne al sistema jurídico y tiene su origen en la equívocidad de los textos normativos, como consecuencia de lo cual no se sabe cuáles normas están en vigor. Lo equívoco de los textos normativos no depende solamente de ciertos defectos objetivos en su formulación, sino también y sobre todo de la multiplicidad de métodos interpretativos, la dogmática y los juicios de valor de los intérpretes, sus sentimientos de justicia⁸. El segundo tipo

T expresa la norma N1 o la norma N2?, ¿El texto normativo T expresa sólo la norma N1, o también la norma N2?, ¿La norma N1, pacíficamente expresada por el texto T, implica o no (con la adición si es necesario, de algunas premisas) la norma N2?, ¿La norma N1, pacíficamente expresada por el texto normativo T, es o no "derrotable", es decir, sujeta a excepciones implícitas que no se pueden especificar *ex ante*?

5. GUASTINI, R. *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1999, 204.

6. GUASTINI, R., "Fundamentos...", op cit, 151-152; ver también la nota N° 11 de la misma obra. Los enunciados subjuntivo responden a la pregunta: ¿Es la norma (previa o contextualmente identificada) aplicable, o no, al supuesto de hecho concreto en examen?, dicho supuesto particular cae o no en la clase de supuestos de hecho determinados en el antecedente de una norma?

7. GUASTINI, R., *Teoría...*, op cit, 30.

8. Muchos enunciados son ambiguos porque expresan dos o más normas alternativamente, y muchos suelen tener un contenido de sentido complejo, en tanto expresan y/o implican una pluralidad de normas conjuntamente. Además, todo sistema jurídico está lleno de normas implícitas, es decir, normas que no corresponden a algún enunciado normativo, debido a que no han sido formuladas

de indeterminación concierne a los componentes del sistema jurídico, es decir, a cada norma; tiene su origen en la vaguedad de éstas y, a diferencia de la equívocidad, es una propiedad objetiva del lenguaje por lo que no depende de las técnicas interpretativas o de la dogmática. Como consecuencia de la vaguedad de cualquier lenguaje natural, no se sabe cuáles supuestos de hecho caen en el campo de aplicación de las normas⁹.

La interpretación "en concreto" reduce la indeterminación de las normas, identificando los casos concretos que son regulados por cada una de ellas¹⁰. La interpretación "en abstracto" reduce la indeterminación del sistema jurídico en cuanto tal, identificando las normas en vigor. Naturalmente, dice Guastini, toda interpretación "en concreto" presupone lógicamente una interpretación "en abstracto"¹¹.

Pues bien, como a la interpretación judicial orientada a los hechos precede la interpretación judicial orientada a los textos, ésta última, cuyo propósito es analizar el lenguaje normativo, no tiene siempre una finalidad puramente cognoscitiva. Dicho de otro modo, identificar las normas es necesario para resolver casos concretos.

por ninguna autoridad normativa, como por ejemplo, los principios generales del derecho; Guastini, R., *Teoría...*, op. cit., 30-32.

9. Dada una norma cualquiera, existen casos a los cuales ella es ciertamente aplicable y casos en las que ella obviamente no puede ser aplicada, y casos dudosos o difíciles en los que la aplicabilidad de una norma es discutible. Todos los predicados en sentido lógico —es decir, todos los que no denotan un individuo sino una clase— son vagos o de textura abierta. La vaguedad no puede ser suprimida, aunque puede ser reducida a través de definiciones; Guastini, R., *Teoría...*, op. cit., 29 y 34.

10. *Ibíd*, 34.

11. GUASTINI, R., *Distinguiendo...*, op. cit., 204. Esta distinción permite, a juicio de Guastini, demostrar que la teoría ecléctica, que se pretende intermedia entre el cognitivismo y el escepticismo, es en realidad una forma de cognitivismo. Porque la controversia entre cognitivismo y escepticismo atañe, a diferencia de lo que creen los partidarios de la teoría ecléctica, al estatuto lógico de los enunciados interpretativos, y no al de los enunciados subsuntivos; Guastini, R., "Fundamentos...", op. cit., 152. No me ocuparé de esto ahora.

2. Interpretación de la ley e interpretación del Derecho

Lifante también destaca la distinción que suele efectuarse entre la "interpretación de la ley", cuya finalidad sería aclarar el significado de una disposición normativa, y la "interpretación del Derecho", que haría referencia a una operación más amplia que la mera precisión del significado de una expresión. Pero aclara que este último sentido de interpretación no tiene por qué limitarse a la aplicación del derecho a un caso concreto. No sólo porque esta operación estaría presente en el juzgamiento de la validez de las normas generales, sino también porque deberían llevarse a cabo interpretaciones de este tipo en contextos en los que no se parte de un determinado problema práctico (individual o genérico). Esta actividad se propone como una actividad de "interpretación de instituciones", que reconstruye y sistematiza los materiales jurídicos con el objetivo fundamentalmente cognoscitivo de buscar la unidad del derecho¹².

Además, es discutible que la mayoría de los autores de la tradición analítica que se han ocupado de la interpretación desde una perspectiva conceptual se hayan fijado en la interpretación de la ley, como cree Lifante¹³. Una muestra de que no es así está dada por el análisis que los juristas hacen de los conceptos jurídicos básicos o fundamentales, en el nivel de abstracción que se sitúa por encima de las descripciones que hacen los dogmáticos¹⁴.

En este contexto, la teoría del derecho, dice Nino, antes que aclarar el significado de una o más disposiciones normativas, trata de analizar y reconstruir esquemas conceptuales, para lo cual investiga los usos vigentes de las expresiones, reconstruye tales usos o los criterios de uso de los conceptos procurando eliminar su ambigüedad y vaguedad, y trata de reflejar, en esta reconstrucción, las relaciones lógicas que parece haber entre ellos, cuidando que el sistema de definiciones mantenga

12. LIFANTE, I., op. cit., 58-60.

13. LIFANTE, I., op. cit., 61.

14. MORESO, J. y VILAJOSANA, J., *Introducción a la teoría del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2004, 125-126.

ciertas propiedades formales como son la coherencia y la economía¹⁵. Y como apuntan Moreso y Vilajosana, los objetivos de coherencia metodológica y adecuación de los usos vigentes propios del análisis conceptual que se realiza en este nivel de abstracción, no son excluyentes y perfectamente compatibles¹⁶.

De acuerdo con Lifante, la interpretación del Derecho es una actividad interpretativa que se realiza "en abstracto" y que se dirige a reconstruir materiales jurídicos, pero está íntimamente ligada a la interpretación de la ley. Si bien, el punto de vista del trabajo reconstructivo del Derecho, han de ser siempre las disposiciones jurídicas dotadas de autoridad, la relación se da también de modo inverso. Porque en el ámbito jurídico, la interpretación de la ley implica determinar cuál es su significado a la luz del ordenamiento jurídico, y esto implica llevar a cabo actividades de reconstrucción y sistematización¹⁷.

3. Una interpretación del Derecho realizada abstracto para las normas de competencia

Desde la interpretación del Derecho, entendida como una actividad íntimamente ligada a la interpretación de la ley, y que se realiza en abstracto con una finalidad que no es puramente cognoscitiva, me propongo defender la tesis según la cual las normas de competencia son definiciones de validez jurídica.

Para ello expondré fundadamente la señalada tesis (II) y, a través de los argumentos que ofreceré en su defensa, intentaré mostrar que esta interpretación de las normas de competencia complementa, mejor que otras, los objetivos de coherencia metodológica y adecuación de los usos vigentes que son propios del análisis conceptual en el nivel de abstracción que se sitúa por encima las descripciones que llevan a cabo los dogmáticos (III).

15. NINO, C., *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1980, 166-167.

16. MORESO, J. y VILAJOSANA, J., op. cit., 127-129.

17. LIFANTE, I., op. cit., 61-62.

La concepción de la interpretación que se propone como adecuada para la defensa de esta tesis, corresponde, en términos de Lifante, a una interpretación del Derecho que se realiza en abstracto en cuanto busca una comprensión unitaria de un conjunto de componentes que forman parte del derecho —las normas de competencia— según la forma en que tales componentes aparecen configurados en los textos. Sin perjuicio de lo anterior, y teniendo especialmente presente que se trata de componentes cuya identificación sólo es posible a partir de las disposiciones normativas y que una mejor comprensión de su conjunto es útil a la resolución de casos concretos, es que esta concepción de la interpretación no puede concebirse como desvinculada, respectivamente, de la interpretación de la ley y de la interpretación orientada a los hechos.

II. Normas de competencia, competencia y validez

La interpretación de las normas de competencia como normas de un tipo diferente a las normas regulativas, deónticas o prescriptivas no es pacífica, pero es actualmente dominante. La interpretación según la cual las normas de competencia pueden reducirse a las normas imperativas o permisivas está en retirada¹⁸. Ambas perspectivas corresponden a dos diferentes interpretaciones del Derecho. De acuerdo con la primera, el derecho puede reducirse a un conjunto de enunciados deónticos —obligatorio, prohibido permitido—. De acuerdo con la segunda, hay en el derecho componentes que no son reducibles a enunciados del tipo obligatorio, prohibido y permitido.

18. Del lado de la tesis que reduce las normas de competencia a normas de mandatos, los principales exponentes son Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho*, (segunda edición) Porrúa, México D.F. 1991; Ross, A., *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 2005; y Nino, C., *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1980. Mientras que del lado de la tesis que las reduce a las normas permisivas, se encuentran Von Wright, G., *Norma y acción. Una investigación lógica*, Tecnos, Madrid, 1970; y Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1975. Para una excelente síntesis de las tesis reduccionistas, ver Ferrer, J., *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000, 13-69, y Atienza, M. y Ruiz Manero, J., *Las piezas del derecho*, Ariel, Barcelona, 2004, 70-78.

Las tesis no reduccionistas son variadas¹⁹. Pero me interesa detenerme en la que sostiene que las normas de competencia son definiciones; particularmente definiciones de validez.

1. Normas de competencia: definiciones de validez y normas sobre la producción jurídica

Como muy bien ha mostrado Hart, las reglas coercitivas que imponen deberes y las reglas que confieren potestades son dos tipos de reglas diferentes.

El primer argumento ofrecido como fundamento de esta diferencia dice relación con la diferencia que existe entre la “sanción” y la “nulidad”. De acuerdo con este argumento, es posible distinguir claramente la regla que prohíbe cierta conducta, por un lado, y el establecimiento de sanciones a ser aplicadas si la regla es transgredida, por otro, y suponer que la primera existe sin la segunda, aún cuando en tal caso pueda suponerse que no se trata de una regla jurídica. En cambio, no existe la posibilidad lógica de hacer esta distinción entre la regla que requiere el cumplimiento de ciertas condiciones y la llamada sanción de “nulidad”. Pues si el no cumplimiento de tales condiciones no trajera aparejada la nulidad, no podría decirse inteligiblemente que la regla existe sin sanciones, ni siquiera como regla no jurídica. El establecimiento de la nulidad *es parte* de la regla misma de este tipo, de una manera distinta a como el castigo está ligado a una norma que impone deberes²⁰.

19. Hart, H., *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009; Alchourrón, C., y Bulygin, E., “Definiciones y normas”, en Alchourrón, C., y Bulygin, E., *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales Madrid, 1991; Bulygin, E., “Sobre las normas de competencia”, en Alchourrón, C., y Bulygin, E., *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991; Atienza, M. y Ruiz Manero, J., *Las piezas del derecho*, Ariel, Barcelona, 2004; Hernández Marín, R., *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2002; Ferrer, J., *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000.

20. Hart, H., *El concepto de derecho*, op. cit., 42-44.

Este argumento ha permitido obtener la conclusión de que las nociones de "competencia" y "nulidad" son inseparables²¹, y asimismo defender la tesis según la cual las normas de competencia son definiciones. Como las definiciones crean siempre una imposibilidad dan lugar a enunciados necesarios, cuya necesidad está basada en el significado del término definido, es decir, se trata de "enunciados analíticos" que son inmunes frente a toda experiencia ya que, al sólo hacer explícito el significado de ciertos términos, no dicen nada acerca de la realidad; consecuentemente, ninguna experiencia podría refutarlos²². Por esta razón, las normas y actos que no satisfacen los requisitos o condiciones establecidas en las normas de competencia simplemente *no pueden* ser válidos.

Las reglas de competencia "determinan", como sostiene Ross, las condiciones para que un acto produzca las consecuencias deseadas, y cuando se satisfacen las condiciones o requisitos de competencia, el acto es válido, es decir, engendra consecuencias de acuerdo con su contenido²³.

El segundo argumento de Hart se dirige a refutar la tesis según la cual las normas que confieren potestades son fragmentos incompletos de reglas coercitivas, que se consideran entonces como las únicas reglas de derecho genuinas. Al parecer de este autor, por esta vía se paga un

21. BULYGIN, E., "Sobre las normas de competencia", op. cit., 496. Aunque utilizando como equivalente a "normas de competencia" la denominación de "reglas constitutivas que definen un cierto concepto", en su trabajo sobre las normas de competencia, Bulygin sostiene, que "es tan sólo en relación con las reglas constitutivas que definen un cierto concepto como el juego de ajedrez que tiene sentido hablar de nulidad".

22. ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E., "Definiciones y normas", op. cit., 457-458 y 460-463.

23. Según este autor, tales condiciones se refieren al sujeto actuante (competencia personal), al procedimiento y a otras condiciones que se refieren a la génesis del acto (competencia formal), y al contenido del acto (competencia material); Ross, A., "Sobre los conceptos de "Estado" y "Órganos del Estado" en Derecho Constitucional", en *El concepto de validez y otros ensayos*, Fontamara, México, 1991, 77.

precio demasiado elevado para adquirir la uniformidad a que se pretende reducir todo el derecho²⁴.

Desde el punto de vista de quienes ejercen las potestades conferidas, es posible advertir que tanto las reglas que confieren potestades privadas como las que confieren potestades públicas son usadas con un propósito que difiere completamente del cumplimiento de deberes y del control coercitivo. A través del uso de las primeras, el ciudadano se convierte en un legislador privado; adquiere competencia para determinar el curso del derecho dentro de la esfera de los contratos, testamentos, *trusts* y otras estructuras de derechos subjetivos y deberes que está habilitado para armar. Y a través del uso de las segundas, los legisladores crean y reforman reglas de deber, y los jueces determinan cuándo estas últimas han sido transgredidas²⁵.

"Según las reglas de uno de los tipos, que bien puede ser considerado el tipo básico o primario, se prescribe que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no. Las reglas del otro tipo dependen, en cierto sentido, de las del primero, o son secundarias en relación con ellas. Porque las reglas del segundo tipo 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 imponen deberes; las del segundo tipo confieren potestades públicas o privadas. Las reglas del primer tipo se refieren a acciones que implican movimiento o cambios físicos; las del segundo prevén actos que conducen no simplemente a movimiento o cambio físico, sino a la creación o modificación de deberes u obligaciones"²⁶.

24. Si bien este argumento se presenta en dos variantes —una más extrema que la otra— la única diferencia estriba en que en la versión más moderada las reglas que confieren potestades son representadas por los antecedentes o cláusulas condicionantes que ordenan hacer algo a los ciudadanos ordinarios, bajo amenaza de sanciones, y no meramente (como en la teoría más extrema) como cláusulas condicionantes directivas a los funcionarios para que apliquen las sanciones; Hart, H., *El concepto de derecho*, op. cit., 44-51.

25. *Ibíd*, 52-55.

26. *Ibíd*, 101.

Este argumento permite comprender por qué las normas de competencia suelen denominarse también “normas sobre la producción jurídica”²⁷, o meta-normas sobre la producción del derecho²⁸.

Uniendo ambos argumentos, se puede decir que la validez, y también la nulidad o invalidez, se predicen 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), que son los típicos actos regulados por normas que confieren poderes²⁹. Pero como aquí se trata de mostrar, el que ciertas normas establezcan los requisitos o condiciones para que una norma o un acto sean válidos, y que por esta razón sean diferentes de las normas que únicamente definen los términos incluidos en los enunciados normativos, no es una razón suficiente para descartar que las primeras sean también definiciones³⁰.

2. Competencia y validez

Si la competencia depende de la existencia de ciertas reglas³¹, se puede afirmar que las normas de competencia amplían las posibilidades

27. Así, por ejemplo, GUASTINI, R., *Distinguiendo...*, op. cit., 324.

28. COMANDUCCI, P., *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010, 111.

29. AGUILÓ, J., Sobre “definiciones y normas”, en *Doxa*, N° 8, 1990, 280.

30. En contra, precisamente Aguiló sostiene que ciertos términos definidos por el legislador tratan de especificar el significado de términos incluidos en enunciados que expresan normas jurídicas. En ese sentido, cumplirían la función de ayudar a identificar las normas expresadas por esos enunciados, pero de ninguna de estas palabras (ni de los objetos, sujetos o acciones denotadas por ellas) tendría sentido predicar la validez o la nulidad. Al parecer de este autor, otros enunciados que parecen definiciones, harían algo más que especificar el sentido en que se usa un término. Y ese “algo más” consistiría en que de algún modo esos enunciados especifican las condiciones de validez o nulidad de algo; Sobre “definiciones y normas”, op. cit., 278-279.

31. Así lo destaca con claridad Genaro Carrió, cuando expresa que toda competencia deriva de una regla o conjunto de reglas, que la idea de una competencia sin reglas de las que derive es algo así como la de un hijo sin padres, y

de actuación de los sujetos, poniendo a su alcance resultados institucionales que previamente no podían conseguir³². Como sostiene Ross, los actos jurídicos, llamados también disposiciones, consisten en comunicaciones lingüísticas cuyo efecto jurídico está determinado por el contenido de la propia comunicación, en virtud de lo cual, son instrumentos adecuados para la actividad humana consciente dirigida a la creación de nuevo derecho. Todo acto jurídico (disposición) emana de una competencia³³, y constituye el ejercicio de un poder otorgado al actor por medio de una regla de competencia³⁴.

La “competencia” puede entonces definirse como *la posibilidad que las reglas de un sistema atribuyen a ciertos sujetos de producir, en las condiciones definidas por esas mismas reglas, normas jurídicas válidas y actos jurídicos válidos*. En lugar de usar el término “capacidad” prefiero usar el de “posibilidad” precisamente porque comparto que las normas de competencia son definiciones, y las definiciones crean siempre una imposibilidad.

La “validez”, por su parte, puede definirse como *la conformidad de una norma jurídica o de un acto jurídico con las normas que en un sistema definen las potestades o competencias para producir tales normas y actos. Estas normas incluyen las normas que confieren dichas potestades o competencias y las normas que condicionan su ejercicio, y pueden denominarse simplíficadamente “normas de competencia”*.

Guastini, por ejemplo, entiende a la validez como concepto relacional que todavía no designa la relación de pertenencia entre una

que usar el concepto de competencia fuera de estas 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., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 254.

32. FERRER, J., op. cit., 130.

33. Y los actos jurídicos públicos se dividen en actos legislativos, administrativos y judiciales; Ross, A., *Sobre el derecho y la justicia*, op. cit., 205, 269-270.

34. ROSS, A., “Sobre los conceptos...”, op. cit., 77.

norma y un ordenamiento, sino más bien la relación de conformidad entre una norma, una disposición o una fuente y otras normas. Pero a diferencia de lo que aquí se plantea, este autor afirma que estas últimas, es decir, las normas sobre la producción jurídica, *regulan* la producción de la norma, disposición o fuente cuya validez se afirma³⁵. En lugar de ello, y teniendo presente que las normas de competencia no son regulativas, prefiero decir que para las normas y actos sean válidos, aquéllas y éstos tienen que conformarse a las normas que definen la competencia para producirlos.

Lo anterior permite afirmar que la competencia es un requisito necesario de la validez jurídica, pero también permite establecer un punto de contacto entre las llamadas "definiciones legales" y las "normas de competencia". Alchourrón y Bulygin han sostenido que las definiciones legales, cuya única función es contribuir a la identificación de las normas en las que figuran los términos definidos, posibilitan la formulación de una regla técnica, según la cual, "el que quiera aplicar o usar la norma, debe identificarla, y para ello, utilizar la definición del legislador"³⁶. Siguiendo a Von Wright, la regla técnica debiera decir en rigor: "el que quiera aplicar o usar la norma, tiene que identificarla, y para ello, tiene que utilizar la definición del legislador"³⁷. Paralelamente, es posible afirmar que "el que quiera producir una norma válida o un acto válido tiene que satisfacer los requisitos especificados en las normas

35. Se consideran normas llamadas "secundarias", que *regulan* la creación y la aplicación del propio derecho por parte de los órganos del estado, y remite esta alusión a las normas secundarias al libro *El concepto de derecho* de Hart, especialmente a su capítulo V; Guastini, R., *Distinguiendo...*, op. cit., 319-320; véase también la nota N° 2.

36. Si bien las definiciones legales pueden dar lugar a reglas técnicas, ellas no son formuladas por el legislador. Como la única función de las definiciones legales es contribuir a la identificación de las normas, todo cambio de definición, nos lleva a identificar otras normas. Y como consecuencia de lo anterior, concluyen que hay dos vías para modificar un sistema normativo: cambiar las normas o cambiar las definiciones de los términos que figuran en ellas Alchourrón, C. y Bulygin, E., "Definiciones y normas", op. cit., 449 y 453-454..

37. VON WRIGHT, G., op. cit., 29.

que definen la competencia para producir la norma o el acto de que se trate". Por tanto, tal como ocurre con las definiciones legales, las definiciones de validez en que consisten las normas sobre la producción jurídica no son reglas técnicas pero sí posibilitan su formulación.

3. ¿Tipos de normas de competencia?

Desde cierta perspectiva, es plausible considerar que las normas de competencia o normas sobre la producción jurídica no son únicamente las que se refieren al aspecto personal de la competencia, es decir, las normas que atribuyen poderes normativos a un determinado sujeto, y que pueden denominarse "normas de competencia en sentido estricto"³⁸, o simplemente "normas que confieren poderes". Pues también son normas de la misma clase las que condicionan o limitan el ejercicio de las competencias conferidas por otras normas³⁹. Pero la distinción sugerida no tiene más que un propósito didáctico:

i. Por de pronto es discutible que siempre sea posible distinguir las normas que confieren poderes de las normas que circunscriben el objeto material de una competencia. El aspecto material de la competencia alude, como dice Carrió, a las cosas para las cuales se otorga competencia sin las cuales ésta es inconcebible seriamente⁴⁰, y su

38. GUASTINI, R., *Distinguiendo...*, op. cit., 324.

39. De acuerdo con Guastini, es posible distinguir cuatro tipos de normas sobre la producción jurídica diferentes a las "normas de competencia en sentido estricto": (1) Normas que regulan el ejercicio de una competencia normativa, referidas al procedimiento; (2) Normas que circunscriben el objeto de una competencia normativa, que atañen al ámbito material de competencia, es decir, al conjunto de relaciones o supuestos de hecho sobre los que cada fuente está autorizada a dictar normas; (3) Normas que reservan una competencia normativa y que, como complemento de las previstas en el número anterior, reservan una determinada materia a una fuente dada, de modo que ninguna otra fuente está autorizada a regular aquella materia, circunscribiendo el radio de acción de las restantes fuentes; y (4) Normas que limitan el posible contenido normativo de una competencia conferida por otras normas, vetándole la emisión de normas que tengan un cierto contenido, o también, aunque más raramente, imponiéndole la producción de normas dotadas de un contenido concreto y no de otro; *Ibíd.*, 326-331.

40. CARRIÓ, G., op. cit., 254.

referencia puede extenderse desde la sola mención de la fuente o acto para el cual se atribuye la competencia hasta la referencia de la materia específica que debe ser regulada por ellos⁴¹.

Desde esta perspectiva, la conexión entre el aspecto personal y el aspecto material de la competencia se justifica porque carecería de sentido la atribución de una competencia ilimitada o inespecífica. Y si bien esta conexión suele ser directa porque tales aspectos van unidos en una misma disposición, no puede excluirse que la conexión se realice de modo indirecto mediante el recurso a diversas disposiciones jurídicas⁴². Como consecuencia, las normas que confieren poderes -especificando el sujeto al que éstos se confieren y la fuente, y las normas que definen la materia específica sobre la que recaen tales poderes, constituyen una unidad funcional⁴³.

Esto se comprende fácilmente si se distingue el enunciado o disposición normativa de la norma, que es el significado del enunciado o disposición, una vez interpretada. En razón de esto es que, como se

41. Como observa Ferrer, en algunas ocasiones se identifica el tipo de fuente normativa (leyes, reglamentos, sentencias, contratos, etc.) sin hacer mención a la materia específica que debe ser regulada mediante estas fuentes; Ferrer, J., op. cit., 146.

42. FERRER, J., op. cit., 124-125. Sin desconocer que exista la señalada conexión, Guastini distingue con nitidez las normas que se refieren al aspecto personal de la competencia es decir, al órgano al cual se atribuyen los poderes (normas que confieren competencias normativas) y que sólo incluye la designación de la fuente específica o documento normativo para el cual el poder se atribuye, de las normas que, en cambio, circunscriben el objeto de una competencia normativa y que atañen al ámbito material de competencia de las diversas fuentes, esto es, al conjunto de relaciones o supuestos de hecho sobre los que cada fuente está autorizada a dictar normas; Guastini, R., *Distinciendo...*, op. cit., 325 y 328.

43. Ahora bien, al conferirse una competencia por una regla o conjunto de reglas, se excluyen al mismo tiempo de la competencia conferida aquellas cosas para las que no se otorga competencia; Carrió, G., op. cit., 254. Pero también existen normas (de competencia) que, como complemento de las que circunscriben el ámbito material de la competencia, reservan una determinada materia a una fuente dada, de modo que ninguna otra fuente está autorizada a regular aquella materia, circunscribiendo el radio de acción de las restantes fuentes; Guastini, R., *Distinciendo...*, op. cit., 328-329. Tales normas formarían también parte de la unidad funcional ya referida.

ha dicho, a través de la interpretación que se denomina "en abstracto" se trata de identificar la norma o las normas expresadas o que están implícitas en una disposición (un enunciado normativo), o en un fragmento de disposición, o en una combinación de disposiciones, o en una combinación de fragmentos de disposiciones.

ii. Por otra parte, la falta de sentido o seriedad que importaría la atribución de una competencia inespecífica o ilimitada también es aplicable a las normas que condicionan, tanto formal como sustantivamente, el ejercicio de la competencia conferida por otra norma o conjunto de normas.

Así, si bien es posible distinguir las normas que confieren un poder, de las normas que definen el procedimiento conforme al cual debe ejercitarse el poder conferido y de las normas que determinan ciertos límites sustantivos al contenido de los actos que tal poder habilita a realizar, la competencia, entendida como la posibilidad de producir normas y actos jurídicos válidos según un sistema, se confiere siempre bajo ciertas condiciones definidas en una o más normas de competencia.

Por lo mismo, se puede afirmar que la definición del acto o de la clase de actos que el hecho de ser titular de un poder habilita a realizar, incluye los requisitos procesales (formales) o materiales que el acto debe reunir para ser considerado como un acto jurídico creador o aplicador de normas⁴⁴.

Así, si en lugar de clasificar las normas de competencia en diferentes tipos, se miran tales normas como una unidad funcional, se puede decir que dentro de este conjunto de normas cabría distinguir, básicamente, tres elementos: (1) la determinación de un sujeto normativo, es decir, la persona, clase de persona o cuerpo de personas a los que se le confiere el poder; (2) la definición del acto o de la clase de actos que el hecho de ser titular de este poder permite realizar, incluyendo dentro de esta definición, los requisitos procesales (formales) o materiales que el acto debe reunir para ser considerado como un acto jurídico creador o aplicador de normas; y (3) la determinación de los efectos jurídicos que tiene el acto válidamente realizado⁴⁵. Aunque

44. AGUILÓ, J. "Sobre "definiciones y normas", op. cit., 280.

45. AGUILÓ, J. "Sobre "definiciones y normas", op. cit., 280.

también resulta plausible considerar que una norma de competencia completa es aquella que especifica las condiciones necesarias y suficientes para que se obtenga el resultado institucional previsto, mientras que una que sólo determina algunas condiciones necesarias, sería tan solo una norma de competencia incompleta⁴⁶.

III. Argumentos en favor de la tesis según la cual las normas de competencia son definiciones de validez jurídica

1. *Las normas de competencia son únicamente una especie del género "definiciones"*

Decir que las normas de competencia son definiciones no implica que toda definición en el derecho sea una norma de competencia o una norma sobre la producción jurídica⁴⁷.

Las definiciones legales —que determinan el sentido y alcance de los términos incluidos en los enunciados normativos— no son normas de competencia y, por lo mismo, su inobservancia no determina la invalidez o nulidad⁴⁸, sino simplemente la imposibilidad de identificar

46. Según Atienza y Ruiz Manero, una norma que confiere poder es completa si enuncia las condiciones suficientes (o necesarias y suficientes) para producir el resultado institucional, mientras que es incompleta si sólo enuncia algunas de las condiciones necesarias; op. cit., 85-86.

47. Esta es una de las críticas que se ha dirigido en contra de la tesis de Alchourrón y Bulygin, según la cual, las normas de competencia son definiciones. Según Aguiló, estos autores llevarían sus argumentos demasiado lejos pues, según ellos, el derecho estaría compuesto por normas de conducta (normas que imponen deberes) y definiciones (reglas conceptuales); Aguiló, J. "Sobre "definiciones y normas", op. cit., 277-278.

48. Es cierto, como sostiene Aguiló, que las definiciones estipulativas de términos tales como "bien mueble", "homicidio", "heredero" o "menor de edad", tratan de especificar el significado de estos términos puesto que se encuentran incluidos en enunciados que expresan normas jurídicas, y también es cierto que de ninguna de estas palabras (ni de los objetos, sujetos o acciones denotadas por ellas) tendría sentido predicar la validez o la nulidad; Aguiló, J. "Sobre "definiciones y normas", op. cit., 278-279.

las normas que expresan los enunciados que usan tales términos⁴⁹. Pero esto no significa que las normas de competencia no puedan ser también una especie del género "definiciones".

La definición que especifica los requisitos para que una norma sea válida ciertamente no es idéntica a la definición que especifica el sentido que debe atribuírsele a un término incluido en un enunciado normativo puesto que la primera especifica las condiciones de validez o nulidad de algo⁵⁰. Pero es también una definición en cuanto sirve para identificar normas. Las definiciones que especifican el sentido que debe atribuírsele a los términos incluidos en los enunciados normativos cumplen la función de ayudar a identificar las normas expresadas por esos enunciados⁵¹, y las definiciones que especifican los requisitos para que una norma sea válida cumplen la función de ayudar a identificar las normas válidas. Una ley que es dictada por el órgano competente y en las condiciones definidas por la Constitución es una norma válida, y es posible identificarla como tal. Un matrimonio celebrado por personas capaces y en las condiciones requeridas por las normas de competencia es un acto válido identificable como tal.

Además, y como antes se ha señalado, tanto las definiciones legales como las definiciones de validez —las normas sobre la producción jurídica— posibilitan la formulación de reglas técnicas.

49. Como la única función de las definiciones legales es contribuir a la identificación de las normas, todo cambio de definición, nos lleva a identificar otras normas. Como consecuencia de lo anterior, se puede concluir que hay dos vías para modificar un sistema normativo: cambiar las normas o cambiar las definiciones de los términos que figuran en ellas; Alchourrón, C. y Bulygin, E., "Definiciones y normas", op. cit., 449 y 453-454. De hecho, el propio Aguiló acepta que las definiciones que especifican el significado de los términos incluidos en los enunciados que expresan normas jurídicas cumplen, en ese sentido, la función de ayudar a identificar las normas expresadas por esos enunciados; Aguiló, J. "Sobre "definiciones y normas", op. cit., 278-279.

50. Esto es lo que argumenta Aguiló, J. "Sobre "definiciones y normas", op. cit., 278-279.

51. AGUILÓ, J. "Sobre "definiciones y normas", op. cit., 278-279.

2. Dificultad para calificar a las normas de competencia como normas constitutivas

Es discutible que las normas de competencia sean definiciones, pero más controvertido es todavía que puedan considerarse normas constitutivas. Como observa Wróblewsky, en general las reglas constitutivas son definidas negativamente —no regulan directamente la conducta humana—, pero la pregunta radica en saber qué hacen de hecho⁵².

Las posturas de la doctrina son variadas⁵³. Pero lo más llamativo es que Searle, que suele ser una referencia paradigmática y obligada cuando se habla de normas constitutivas, admite que ellas no sólo crean, definen o constituyen una conducta o una actividad, sino que también regulan estas conductas o actividades⁵⁴. Esto ha permitido que Raz pueda sostener plausiblemente que del planteamiento de Searle se sigue que todas las reglas son, a la vez, regulativas y constitutivas, y que entonces sólo habría una distinción genuina e importante entre acciones o descripciones de acciones normativas y naturales, pero esta distinción no conduciría a una distinción correlativa entre tipos de reglas⁵⁵.

52. WRÓBLEWSKY, J. "Las clases de reglas jurídicas", en *Revista de Ciencias Sociales Universidad de Valparaíso*, N° 25 ("Alf Ross. Estudios en su homenaje"), 1984, 288.

53. Ver por ejemplo, Ross, A., *Lógica de las normas*, Colmares, Granada, 68-73; Bulygin, E., "Sobre las normas de competencia", op. cit., 492, Guastini; R., *Distinguiendo...*, op. cit., 99 y Atienza, M. y Ruiz Manero, J., op. cit., 87.

54. SEARLE, J. *Actos de habla*, Cátedra, Madrid, 2007, 42-43.

55. Según Raz, Searle asume que del mismo acto pueden darse descripciones diferentes y que una regla es regulativa si una descripción de un cierto tipo está disponible para actos en conformidad con ella, y que una regla es constitutiva si una descripción diferente, que es de un tipo lógicamente diferente al primero, está disponible para el mismo acto. A juicio de Raz, las descripciones normativas de acciones serían aquellas cuya explicación completa debe incluir una referencia a una regla, pero esto no implica que deban distinguirse dos tipos de reglas diferentes Raz, J. *Razón práctica y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, 125-127.

3. La competencia es cuando menos un requisito necesario de la validez jurídica

En contra de la tesis que afirma que las normas de competencia son definiciones de validez puede afirmarse que la competencia es un requisito necesario pero no suficiente de la validez jurídica.

Así por ejemplo, Ferrer ha insistido en para que se dé la validez son necesarias otras condiciones, a las que denomina "condiciones de actualización de la competencia". Éstas serían las condiciones establecidas por las reglas procesales para el ejercicio de la competencia y la condición de que no pertenezcan al sistema normas superiores y contradictorias con la que se pretenda dictar⁵⁶. De acuerdo con este esquema, las normas de competencia se presentan como reglas "constitutivas" de competencia, pero ésta queda ya constituida una vez definido su ámbito material de regulación y el sujeto competente, excluyéndose el aspecto formal referido al procedimiento y el aspecto sustantivo referido al contenido, bajo su consideración como "condiciones de actualización de la competencia".

Pues bien, el que haya muy buenas razones para tratar las reglas procesales de manera independiente⁵⁷, no autoriza a negar que ellas sean normas de competencia. No por nada las "reglas de cambio" pertenecientes, según Hart, al grupo de las reglas que confieren poderes pueden definir en forma más o menos rígida, el procedimiento a seguir⁵⁸. Pero aún más importante es notar que del no de cumplimiento de todas,

56. FERRER, J., op. cit., 135-139.

57. Las razones a favor de la distinción se encuentran, por ejemplo, en Ferrer, J., op. cit., 126 y 145. No es ésta la ocasión para argumentar en contra de cada una de las que se esgrimen.

58. Las "reglas de cambio" son definidas en su forma más simple como las que facultan o confieren potestad a un individuo o cuerpo de personas a introducir nuevas reglas primarias y a dejar sin efecto las reglas anteriores; tales reglas pueden ser muy simples o muy complejas; las potestades conferidas pueden ser ilimitadas o limitadas de diversas formas; y además de especificar a los individuos que han de legislar, pueden definir en forma más o menos rígida el procedimiento a seguir en la legislación; Hart, H., *El concepto de derecho...* op. cit., 119.

e incluso sólo de algunas de las reglas de procedimiento podría dar lugar incluso a la inexistencia jurídica⁵⁹. Y la distinción entre validez y existencia se justifica sólo por cuanto para afirmar la validez de una norma o acto es necesario que se hayan cumplido todos los requisitos de validez, de modo que la falta de alguno de ellos determina la invalidez de la norma o acto pero no necesariamente su inexistencia. Por lo mismo, si para que una norma tenga existencia jurídica y no solamente empírica es necesario que haya sido introducida en el ordenamiento⁶⁰, dicha introducción sólo es posible cuando ella ha cumplido con al menos alguno de los criterios de validez.

Por lo mismo, no comparto con Ferrajoli, que la existencia, a la que también llama "vigencia" sea una dimensión de la legitimidad o regularidad de las normas diferente de la validez, y que sólo la coherencia o compatibilidad con las normas sustanciales sobre la producción jurídica permita hablar de la validez propiamente dicha, que dice relación con el contenido o significado de las normas⁶¹. Comparto con Guastini que, en el uso prevaeciente de los juristas, la validez es la "ausencia de vicios" y que, por tanto, no sería la validez sino que algo menos que ella lo que constituiría condición suficiente de la pertenencia⁶².

Ocurre sí que mientras la validez formal sólo puede predicarse de actos de producción⁶³, como consecuencia de lo cual, no puede

59. GUASTINI, R., *Distinguiendo...*, op. cit., 320, quien precisa la importancia de distinguir la existencia jurídica propia de una norma que ha sido introducida en el ordenamiento de la mera existencia empírica para la cual basta su mera formulación.

60. GUASTINI, R., *Distinguiendo...*, op. cit., 320.

61. FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid 2009, 21-22.

62. GUASTINI, R., "Cinco observaciones sobre validez y derogación", en *Doxa*, Discusiones, N°2, 60. Esta interpretación es, además, consistente con el concepto relacional de validez defendido por este mismo autor; Guastini, R., *Distinguiendo...*, op. cit., 319-320.

63. Así lo han advertido, por ejemplo, Orunesu, Rodríguez y Sucar cuando argumentan que la inconstitucionalidad formal sólo podría aludir a un vicio

afirmarse nunca de las normas (disposiciones interpretadas), y ni siquiera de los textos, es decir, de las disposiciones no interpretadas, documentos o fuentes⁶⁴, que solamente son el resultado normativo de los actos de producción, la validez sustantiva sólo puede predicarse de las normas, es decir, de disposiciones interpretadas⁶⁵.

Esto podría apoyar la tesis según la cual las condiciones sustantivas de validez jurídica debieran excluirse del concepto de competencia. Pero en mi opinión, el que a pesar de que la validez se predique de entidades tan diferentes, se siga hablando constantemente de validez formal y de validez material, obedece a la intuición correcta y cada vez más fundada de que en los ordenamientos jurídicos actuales, la competencia, en especial la de las autoridades públicas, no se confiere jamás en forma ilimitada o inespecífica. La importancia creciente que las constituciones actuales atribuyen a los criterios sustantivos de validez ofrece, en este sentido, una prueba contundente, y la correcta distinción entre validez y pertenencia permite explicar adecuadamente por qué al derecho pertenecen, o en él existen y son aplicables normas sustantivamente inválidas. Todo lo cual refuerza la idea de que la validez jurídica es un espejo de la competencia, así como la tesis de que las normas de competencia son definiciones de validez. Por lo demás, el propio Hart sostiene que:

formal relativo al "acto" de su promulgación por parte de un órgano incompetente o por un procedimiento impropio; Orunesu, C., Rodríguez, J. y Sucar, G., "Inconstitucionalidad y derogación", en Comanducci, Paolo y Guastini, Ricardo (eds.), *Análisis e diritto*, 2000: 163-164 y 166.

64. Guastini, que también descarta que los vicios formales puedan predicarse de las normas, sí cree, en cambio, que ellos afectan a la fuente viciada en su totalidad, de forma absolutamente independiente de su contenido normativo, sin que para ello sea preciso interpretarla; Guastini, R., "Sobre el concepto de constitución", en Carbonell, Miguel (ed) *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 337-339.

65. aunque ambos admiten que, de una manera secundaria o derivada, se podría predicar la validez o invalidez sustantiva de una disposición en el caso límite de que toda interpretación posible de ella fuera inidónea para expresar una norma compatible con la norma superior; En este sentido, por ejemplo, Guastini, R., "Sobre el concepto de constitución", op. cit., 337-339 y Orunesu, C., Rodríguez, J., y Sucar, G., op. cit., 163-164 y 166.

“Una constitución escrita puede restringir la competencia de la legislatura no simplemente al especificar la forma y la manera de la legislación (cosas que, podemos conceder, no son limitaciones), sino excluir por completo ciertas materias del ámbito de su competencia legislativa, lo que importa imponerle limitaciones de fondo”⁶⁶.

Y lo que “en el fondo” resulta limitado no es otra cosa que la competencia misma. Con todo, aún cuando por diversas razones se insistiera en la conveniencia de excluir del ámbito de la competencia a los criterios sustantivos de validez, podríamos seguir sosteniendo que las normas de competencia son definiciones, aunque sólo parciales, de validez jurídica.

4. *La regla de reconocimiento como una especie del género “definiciones de validez”: Última y suprema definición de validez*

Guastini ha sostenido que el “criterio de validez” no es más que una “definición de validez”, pero que en el *definiens* de esas definiciones se mencionan normas de competencia:

“(…) una cosa es conferir un poder, es decir, dictar una norma de competencia, y otra *mencionar* una norma de competencia. Las normas que confieren poderes normativos son mencionadas en los criterios de validez y de pertenencia de un ordenamiento, pero no son ellas mismas criterios de validez o de pertenencia”⁶⁷.

A pesar de que en este contexto Guastini no especifica el sentido en que usa el término “normas que confieren poderes normativos”, es posible suponer que con él se refiere, cuando menos, a las normas que atribuyen a un determinado sujeto el poder de crear normas jurídicas, que él denomina “normas de competencia en sentido estricto” o “normas que confieren una competencia normativa”⁶⁸.

66. HART, H., *El concepto de derecho...*, op. cit., 85.

67. GUASTINI, R., “Normas supremas”, en *Doxa*, N° 17-18, 1995, 263.

68. GUASTINI, R., *Distinguiendo...*, op. cit., 324-326.

En mi opinión, la afirmación de Guastini tiene sentido si por “definición de validez” se entiende únicamente “la regla última de reconocimiento”. Y en efecto, que la regla de reconocimiento “menciona” las normas que confieren poderes es algo que manifiesta el propio Hart cuando alude la “referencia” que la primera hace de las reglas de cambio:

“Obviamente habrá una conexión muy estrecha entre las reglas de cambio y las de reconocimiento: porque donde existen las primeras, las últimas necesariamente incorporarán una referencia a la legislación como característica identificatoria de las reglas, aunque no es necesario que mencionen todos los detalles del procedimiento legislativo”⁶⁹.

Si por el contrario, interpretamos que la afirmación de Guastini tiene un alcance más amplio, tendríamos que concluir: (i) que cada norma de competencia —al menos cada norma de competencia completa— habría de ser mencionada por un criterio de validez, en cuyo caso cabría preguntar cuáles son estos criterios de validez, o bien, (ii) que a cada norma de competencia correspondería una regla de reconocimiento, en cuyo caso ésta perdería su carácter de regla última, pues habría tantas reglas de reconocimiento (criterios de validez) como normas completas sobre la producción jurídica.

La segunda conclusión corresponde a la tesis de Bobbio. Según este autor, la función de las reglas de reconocimiento (en plural) —permitir la identificación de las normas pertenecientes al sistema— estaría inscrita en los caracteres distintivos de las normas sobre la producción jurídica que, consideradas en toda su extensión, ofrecerían los criterios necesarios y suficientes para reconocer cuáles son las normas válidas del sistema. De esto se sigue que, una vez admitida la categoría de las normas sobre la producción jurídica, no se ve bien qué función específica podría atribuirse a las normas de reconocimiento y qué utilidad tiene la introducción de esta nueva categoría de normas secundarias⁷⁰.

69. HART, H., *El concepto de derecho...*, op. cit., 119.

70. BOBBIO, N. *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, citado por Guastini, R., “Bobbio sobre la norma fundamental y la regla de reconocimiento”

Hart sostiene, en cambio, que la regla última de reconocimiento es más compleja en la medida que en el sistema jurídico haya variedad de criterios para identificar el derecho (fuentes del derecho), y que en la mayor parte de esos casos, se adoptan provisiones para posibles conflictos clasificando estos criterios en un orden de subordinación y primacía relativas⁷¹. La regla de reconocimiento puede ser entonces más o menos compleja, pero no parece que haya más de una regla de reconocimiento.

Guastini considera que la tesis de Bobbio, según la cual la regla de reconocimiento se identifica con el conjunto de normas materialmente constitucionales sobre las fuentes del derecho y, por tanto, es una inútil duplicación filosófica de un conjunto de normas “puestas” o promulgadas por una autoridad de facto, permitiría resolver la paradoja de la circularidad del concepto hartiano de regla de reconocimiento. La solución sería entonces admitir que la norma suprema —que no es válida ni inválida— es la propia Constitución, y que ésta es el criterio de identificación o reconocimiento de las demás normas, mientras el criterio de reconocimiento de la propia Constitución sería simplemente la efectividad⁷².

Guastini cree, como Bobbio, que la regla de reconocimiento es superflua pero, a diferencia de él, no sostiene que las reglas de reconocimiento (en plural) sean una duplicación innecesaria de las normas sobre la producción jurídica. Si entiendo bien a Guastini, en lugar de ello, él cree que la regla de reconocimiento, única, última y, a la vez, suprema, es la propia Constitución. Pero la identificación de aquella con ésta no implica su identificación con las normas sobre la producción jurídica, a las que la Constitución solamente se refiere o menciona. Desde esta perspectiva la Constitución mencionaría normas

en *Análisis e diritto*, 2005, 205 (nota N°11) y por Ruiz Manero, J., “Bobbio y los conceptos de norma jurídicamente última”, en *Análisis e diritto*, 2010, 99.

71. Según Hart, los criterios para identificar el derecho son múltiples y por lo común incluyen una constitución escrita, la sanción por una legislatura, y los precedentes judiciales; Hart, H., *El concepto de derecho...*, op. cit., 126.

72. GUASTINI, R., “Bobbio sobre la norma fundamental y la regla de reconocimiento”, op. cit., 205-206.

de competencia sin ser ella misma una norma de competencia. En la medida que este autor distingue la regla de reconocimiento (en singular) de las normas sobre la producción jurídica se aproxima a Hart, pero se distancia de él tanto cuando atribuye a esta regla el carácter de suprema, como cuando la confunde o identifica con la Constitución.

Según Hart, entre las fuentes del derecho o criterios de validez que suministra la regla última de reconocimiento, uno será supremo si las reglas identificadas por referencia a él son reconocidas como reglas del sistema aún cuando contradigan reglas identificadas por referencia a otros criterios, mientras que las reglas identificadas por referencia a los últimos no son reconocidos si contradicen las reglas identificadas por referencia al criterio supremo⁷³. Y cuando en un sistema la competencia legislativa de la legislatura ordinaria está limitada por una constitución que no contiene la posibilidad de introducir enmiendas, o que pone algunas cláusulas fuera del alcance de esa potestad, el sistema contiene una regla última de reconocimiento que proporciona un conjunto de criterios de validez, uno de los cuales es supremo⁷⁴. La Constitución no se identifica así con la regla de reconocimiento, pero aquella tampoco es el único criterio o fuente al cual esta regla última hace referencia; ella se refiere a los criterios últimos de validez jurídica, uno de los cuales puede ser supremo y encontrarse en la constitución o en ciertas de sus cláusulas.

Hay quienes, siguiendo a Hart, insisten en la necesidad de una regla última que no se identifica con la Constitución⁷⁵. En palabras de Atienza y Ruiz Manero:

73. HART, H., *El concepto de derecho...*, op. cit., 132.

74. HART, H., *El concepto de derecho...*, op. cit., 132-133.

75. Así por ejemplo, Ruiz Manero sostiene que una norma última aceptada es necesaria para explicar aquello en lo que consiste la efectividad del derecho legislado y que no es nada distinto de que los órganos de aplicación asumen, en general, como normas las prescripciones con cierto origen y ciertas características y fundan, asimismo en general, en ellas sus resoluciones, y es también necesaria para justificar esta conducta de los órganos de aplicación, en tanto el asumir ciertas prescripciones como normas sólo puede justificarse en base a una norma que no puede ser ella misma el resultado de un acto de prescribir; Ruiz Manero, J., “Bobbio y los conceptos de norma jurídicamente última”, op. cit., 103.

“Tal norma última, tal regla de reconocimiento, precisamente porque su existencia depende meramente de su aceptación compartida, no es un enunciado jurídico como los demás; incluso si se restringen los enunciados jurídicos a los producidos de acuerdo con el sistema, no es ni siquiera un enunciado jurídico: la regla de reconocimiento sólo puede expresarse en un metalenguaje y no puede formar parte del lenguaje objeto, esto es, del Derecho positivo. Por ello no puede sostenerse que la regla de reconocimiento se identifica con alguna regla, o reglas, del ordenamiento —de la Constitución— a la que se atribuye una mayor importancia que a las demás”⁷⁶.

Desde esta perspectiva, la regla de reconocimiento mencionaría normas de competencia sin ser ella misma una norma de competencia. Pero sabemos por Hart que la aludida mención no se circunscribe, como pudiera pensarse, a las normas que confieren potestad para reformar la primera norma jurídico-positiva, la Constitución, o bien, a las normas que confieren potestades legislativas, en ausencia de Constitución. Según el propio Hart:

“La regla de reconocimiento que suministra los criterios para determinar la validez de otras reglas del sistema es en un sentido importante, que trataremos de clarificar, una regla *última*; y como cuando es usual, hay varios criterios clasificados en orden de subordinación y primacía relativas, uno de ellos es supremo”⁷⁷.

Para que el derecho exista, dice Hart, debe haber alguna forma de práctica social que, incluyendo a los jueces y a los ciudadanos ordinarios, determina lo que en cualquier sistema jurídico dado son las *fuentes últimas del derecho o criterios últimos o tests últimos de validez jurídica*. La concepción según la cual práctica social relevante que antes consistía en el hábito general de obediencia es sustituida por una más flexible y compleja, según la cual el último criterio de validez jurídica

76. ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., *op. cit.*, 171.

77. HART, H., *El concepto de derecho...*, *op. cit.*, 132.

deriva de la práctica de los tribunales de aceptar la regla de reconocimiento”⁷⁸.

Hart razona desde la perspectiva de los sistemas jurídicos modernos que suelen contemplar una variedad de fuentes del derecho, pero su pretensión de que esta variedad habría de reflejarse en una mayor complejidad regla de reconocimiento, parece contravenir el carácter último que, al mismo tiempo, le atribuye a esta regla, esto es, con que se trata de una regla que determina lo que en cualquier sistema jurídico dado son las *fuentes últimas del derecho*, los *criterios últimos*, o los *tests últimos de validez jurídica*. Dicho de otro modo, si la regla de reconocimiento es efectivamente una regla última, en el sentido de que con ella concluye la cadena de validez⁷⁹, ella misma tendría que ser también suprema, en el sentido de que sólo debiera definir el criterio último o fuente última de validez jurídica, y no definir varios criterios y, entre ellos, uno supremo, como propone Hart.

En consecuencia, y manteniendo que la regla de reconocimiento no puede identificarse con la Constitución, la práctica en que aquélla consiste podría enunciarse como: “Es derecho todo lo que la Constitución dice que es derecho”, sin necesidad de que esta regla hiciera referencia a otras fuentes del derecho. Pues si las demás fuentes del derecho están subordinadas a la suprema fuente positiva que es la Constitución, la regla última y suprema de reconocimiento sólo necesita referirse a ella. Desde esta perspectiva, resulta plausible afirmar que para efectuar un juicio de validez jurídica no es generalmente necesario consultar la regla de reconocimiento que solamente proporciona el criterio último y supremo de validez jurídica. Las definiciones o criterios de validez en que consisten las normas de competencia pueden rastrearse

78. HART, H., “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, en *Sistema*, N° 36, 1980, 5 y 7.

79. Según Hart, si se sigue una cadena de razonamiento jurídico dirigida a averiguar la validez de una norma jurídica cualquiera, alcanzaremos un punto en donde debemos detener nuestras investigaciones referentes a la validez, porque habremos llegado a una regla, que a semejanza de otras, proporciona criterios para la determinación de la validez de otras reglas, pero que, a diferencia de aquéllas, no está subordinada a criterios de validez jurídica establecidos por otras reglas; Hart, H., *El concepto de derecho...*, *op. cit.*, 133.

a lo largo de toda la cadena de validez jurídica que concluye con la regla de reconocimiento. Y por tanto, la respuesta a la pregunta por la validez casi siempre, puede encontrarse en las definiciones de validez establecidas en las normas sobre la producción jurídica.

En esta línea de razonamiento, el que la regla de reconocimiento contenga una clasificación de los diferentes criterios de validez o fuentes del derecho de acuerdo con un orden de primacía y subordinación, puede estimarse como algo innecesario que sólo habría de interpretarse como que la práctica social en que la regla de reconocimiento consiste, acepta tales criterios y tal clasificación.

En este esquema, que la regla de reconocimiento mencione normas de competencia —las normas que confieren, bajo ciertas condiciones, la potestad de modificar la constitución o, en ausencia de ésta, la potestad de introducir cambios en el ordenamiento jurídico— no es una razón para sostener que las normas de competencia no puedan ser, a su vez, definiciones. Desde luego esta no parece ser una razón más fuerte que las que en este trabajo se han expuesto en favor la idea de que sí lo son⁸⁰.

Las normas de competencia son definiciones de validez. Y esto no cambia por el hecho de que algunas de ellas sean mencionadas por la regla de reconocimiento. Ésta es también una definición de validez, pero lo es en razón de que menciona las normas conforme a las cuales es posible producir normas y actos válidos según el sistema. Pero la nulidad no forma parte de ella como en las reglas de competencia. Esto último, se explica porque, como sostiene el propio Hart, la afirmación de que la regla de reconocimiento —que no es válida ni inválida—

80. Algo distinto es, como proponen Alchourrón y Bulygin, que el “uso” y la “mención” sean criterios para distinguir una norma de una definición. Pues en tal contexto la expresión “norma” connota una directiva de conducta, es decir, una obligación o una permisión. En efecto, estos autores afirman que una norma *se usan* ciertas palabras para referirse a determinadas conductas con el fin de regularlas o prescribirlas, esto es, declararlas obligatorias, prohibidas o permitidas, mientras que en la definición se usan ciertas palabras para indicar el sentido de otras palabras que *se mencionan* pero no se usan; Alchourrón, C. y Bulygin, E., “Definiciones y normas”, op. cit., 455.

existe como una práctica compleja, sólo puede ser un enunciado de hecho externo porque su existencia es una cuestión de hecho⁸¹.

IV Breve conclusión

El tipo de vinculación que existe entre las normas sobre la producción jurídica y la consecuencia de su inobservancia —la nulidad— no suele poder advertirse a partir de la interpretación de una sola disposición. La identificación de las normas de competencia ha de realizarse con frecuencia a partir de al menos dos disposiciones o fragmentos de disposiciones. En términos simples, mientras una o más disposiciones confieren poderes o competencias bajo ciertas condiciones, otra disposición establece que la inobservancia de dichas condiciones acarrea la invalidez de la norma o acto producido en el pretendido ejercicio de tales poderes o competencias.

Sólo una mirada atenta del conjunto de disposiciones que, en un sistema, definen las competencias para producir normas y actos válidos, es decir, sólo una interpretación del Derecho realizada en abstracto, permite captar el tipo de normas que son las normas de competencia, el sentido en que son definiciones de validez jurídica, y la función que consecuentemente cumplen. El mismo tipo de interpretación permite, a su vez, comprender el sentido en el cual es posible afirmar que la regla de reconocimiento es la definición última y suprema de validez, pero no una norma de competencia.

Que las normas de competencia sirven para identificar normas y actos válidos según un sistema y que las normas de competencia posibilitan la formulación de reglas técnicas, es parte de lo que se quiere decir cuando corrientemente se utiliza la expresión “normas de competencia” o la expresión “normas sobre la producción jurídica”. Pues bien, y como aquí se ha mostrado, este uso corriente resulta

81. Ella sólo existe como una práctica compleja, pero normalmente concordante, con los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el derecho por referencia a ciertos criterios. En cambio, una regla subordinada de un sistema puede ser válida y, en ese sentido, “existir” aún cuando sea generalmente desobedecida, Hart, H., *El concepto de derecho...*, op. cit., 133-137.

adecuadamente capturado por la reconstrucción de estas normas como definiciones de validez jurídica; de la reconstrucción permite una comprensión unitaria de este tipo de normas a la vez que coherente con la tesis de que existe una regla última que pone término a la cadena de validez jurídica.

JUICIO COMO HERRAMIENTA EPISTEMOLÓGICA: EL ROL DE LA VERDAD EN EL PROCESO

SEBASTIÁN REYES MOLINA *

Resumen

La verdad juega un papel determinante en la institución del Derecho y también en la faceta dinámica de éste, el proceso. Se analizarán las diversas posiciones sobre la relación entre verdad y proceso, arribando a la conclusión de que la naturaleza epistemológica del mismo es una garantía a la decisión justa del juzgador.

Palabras claves

Verdad - Proceso - Prueba

1. Importancia de la discusión

El Derecho como herramienta social tiene por objeto, entre otros, dirigir la conducta de los ciudadanos¹. De tal forma el legislador al prescribir normas busca que los destinatarios de las mismas

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile.

1. Cfr. KELSEN, Hans: *Teoría pura del Derecho* 2ª edición, UNAM, México D.F., 1982, p. 44.