



Análisis Filosófico

ISSN: 0326-1301

af@sadaf.org.ar

Sociedad Argentina de Análisis Filosófico
Argentina

ORUNESU, CIAUDINA; Rodríguez, Jorge L.
VALIDEZ, RECONOCIMIENTO Y POTESTADES NORMATIVAS
Análisis Filosófico, vol. XXXIII, núm. 2, noviembre, 2013, pp. 145-169
Sociedad Argentina de Análisis Filosófico
Buenos Aires, Argentina

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=340031547002>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

VALIDEZ, RECONOCIMIENTO Y POTESTADES NORMATIVAS

CLAUDINA ORUNESU

Universidad Nacional de Mar del Plata

JORGE L. RODRÍGUEZ

Universidad Nacional de Mar del Plata

Resumen

¿Cómo justificar la validez jurídica de aquellas normas cuya creación no puede ser evaluada como regular o irregular por apelación a ninguna otra norma jurídica? Entre las respuestas más ilustres a este problema se cuentan la norma fundante kelseniana y la regla de reconocimiento de Hart, pero cada una de esas ideas ha sido objeto de serias críticas. Eugenio Bulygin ha efectuado aportes decisivos en esta discusión: ha advertido que cuando se examina el fundamento último de la validez de las normas jurídicas es preciso discriminar un sentido prescriptivo y uno descriptivo de validez, y que la norma fundante de Kelsen no es sino el producto de una confusión entre ambos; ha resaltado que la regla de reconocimiento debe interpretarse como una regla conceptual que especifica los criterios de identificación de las normas jurídicas, y ha señalado que las normas de competencia no pueden reconstruirse como normas de conducta. Si bien con tales aportes ha sentado las bases para ofrecer una solución, su reconstrucción requiere de ciertas precisiones para poder ser considerada una respuesta enteramente satisfactoria a la pregunta respecto del fundamento último de la validez jurídica.

PALABRAS CLAVE: Validez; Norma fundante; Regla de reconocimiento; Normas de competencia.

Abstract

How is it possible to ground the legal validity of those rules whose creation cannot be assessed as regular or irregular by reference to any other legal rule? Kelsen's basic norm and Hart's rule of recognition are among the most famous answers to this question, but both ideas have been seriously challenged. Eugenio Bulygin has made decisive contributions to this discussion. He has shown that in the analysis of the ultimate ground of validity of legal rules, two different senses of validity should be distinguished: a prescriptive and a descriptive sense, and that the Kelsenian basic norm is nothing but the product of confusion between these two different senses. He has also claimed that the rule of recognition has to be understood as a conceptual rule specifying the criteria of identification of legal rules, and those power-conferring rules cannot be interpreted as prescriptive norms of conduct. Although these contributions have provided a basic framework for a possible solution, Bulygin's ideas need a refinement in order to be considered as a satisfactory answer to the question concerning the ultimate ground of legal validity.

KEY WORDS: Validity; Basic Norm; Rule of Recognition; Power Conferring Norms.

1. El problema de la validez jurídica

Pese a tratarse de una de las nociones más básicas y analizadas de la teoría del derecho, la validez jurídica sigue presentando aristas abiertas a la discusión y todavía no suficientemente esclarecidas.

En su reciente libro *Legality*, Scott Shapiro presenta el problema de la validez jurídica en términos de una paradoja (Shapiro 2011, pp. 36 y ss). Nos propone imaginar que el derecho fue “inventado” por primera vez el 1 de enero del año 10.000 antes de Cristo: el aldeano más viejo de cierta comunidad (Lex) propone a sus conciudadanos dictar un conjunto de normas orientadas a solucionar los problemas más apremiantes del grupo; afirma que sabrán cuándo ha dictado una norma si emite una directiva bajo un cierto árbol del lugar; sostiene que también será el encargado de resolver las controversias respecto del modo de aplicar esas normas, siendo sus juicios finales al respecto, y que cuando mueran todas las normas que haya dictado permanecerán vigentes y uno de sus hijos asumirá como nuevo líder, pudiendo por cierto modificar las normas tal como lo deseé.

Casi todos los demás habitantes del lugar están de acuerdo con esta propuesta y dispuestos a aceptarla; todos menos uno (Phil), quien afirma que aunque suena bastante bien, la idea en realidad no puede funcionar. Y ello porque para que Lex tenga la potestad para hacer, cambiar o aplicar las normas para la comunidad tendría que haber una norma que le confiera tal potestad; sin embargo, semejante norma no puede existir, puesto que en caso de existir debería haber alguien con la potestad para crearla, lo que a su vez requeriría de otra norma que confiera tal potestad, y ello conduciría a un regreso al infinito. Por otra parte, Lex no podría crearla él mismo porque igualmente necesitaría de una norma que le confiriese tal potestad, y tampoco el pueblo en asamblea podría otorgársela, puesto que en tal caso se requeriría igualmente de una norma que confiera al pueblo la potestad para hacerlo, que tampoco existe. En conclusión, nadie podría crear ni modificar normas para la comunidad, de modo que poseer autoridad jurídica resultaría imposible. Por supuesto, Shapiro concluye el relato diciendo que ni Lex ni el resto de la comunidad le prestan la menor atención a la objeción de Phil: Lex sencillamente comienza a dictar normas y la comunidad comienza a obedecerlas.

Es un gran mérito de esta presentación de la cuestión el poner en evidencia que hay algo en el problema que resulta simplemente absurdo desde un punto de vista práctico. Y, sin embargo, la objeción de Phil plantea, si no un problema práctico, un interrogante teórico que, al parecer, aún no se halla debidamente resuelto: el del fundamento último de la vali-

dez de las normas de un sistema jurídico. Si en términos generales una norma puede considerarse jurídicamente válida en la medida en que haya sido creada regularmente de conformidad con las pautas fijadas por otras normas jurídicas, ¿cómo justificar la validez de las normas jurídicamente superiores, esto es, aquellas cuya creación no puede ser evaluada como regular o irregular por apelación a ninguna otra norma jurídica?

El problema, así planteado, ha sido considerado por la mayoría de los filósofos y teóricos del derecho. Entre las respuestas más ilustres dentro de la tradición positivista se cuentan la idea kelseniana de la norma fundante y la regla de reconocimiento de Hart, pero cada una de esas respuestas ha sido objeto de discusiones y críticas.¹ El profesor argentino Eugenio Bulygin ha efectuado aportes de gran relevancia en tal discusión, y el núcleo de sus ideas parece ofrecer una contribución decisiva para responder satisfactoriamente al interrogante planteado. En lo que sigue analizaremos sucintamente su posición, con la intención de mostrar que, al menos en un punto, su reconstrucción debería ser refinada.

2. ¿El fracaso de la norma fundante?

Para Kelsen la validez de una norma depende de que ella haya sido creada de conformidad con lo que disponen normas de jerarquía superior, fundamentalmente en lo que hace al órgano competente para su promulgación y al procedimiento que ha de seguirse para hacerlo. Sin embargo, Kelsen no *define* “validez” de este modo. Si bien muchos identifican la validez de una norma con su creación regular de conformidad con lo que otra dispone, en la *Teoría Pura* ese no es más que un *criterio* para determinar cuándo una norma es válida, no una definición de “validez”. La validez es definida por Kelsen, alternativamente, como la “existencia específica” de una norma o como la “fuerza obligatoria de una norma” (Kelsen 1945, pp. 115-116; 1960, p. 193). La razón de ello es que para Kelsen un acto de prescribir solo puede calificarse como “norma” si quien lo emite está autorizado a hacerlo, de modo que si alguien no autorizado formula una prescripción, su conducta no producirá una “norma válida”. Por consiguiente, decir que una norma es válida es tanto como decir que una norma existe como tal, y ese es el sentido de la primera caracterización de la idea de validez. Además, si una norma ha sido dictada de conformidad con otra

¹ En lo que respecta a Kelsen, véase, por ejemplo, Caracciolo (1994); Celano (1999); Hart (1968); Marmor (2011); Nino (1978), (1985); Paulson (1999); Raz (1974) y Ross (1961). Sobre Hart, véase Adler y Himma (2009); Green (1996); MacCormick (1981); Marmor (2011); Raz (1979); Shapiro (2011) y Waluchow (1994).

norma jerárquicamente superior a ella, Kelsen considera que de acuerdo con esa norma superior es obligatorio hacer lo que la norma inferior dispone, lo cual estaría receptado en la segunda caracterización.

Muchos autores han sostenido que en esta reconstrucción Kelsen confunde dos diferentes nociones de validez, una de ellas descriptiva y la otra prescriptiva.² En sentido descriptivo, decir que una norma jurídica es válida significa que ella pertenece a un determinado sistema jurídico, lo que se correspondería con la noción kelseniana de “existencia específica”, puesto que las normas no existen en forma aislada, sino conformando complejos sistemas normativos. En sentido prescriptivo, en cambio, decir que una norma jurídica es válida significa que es obligatorio hacer lo que ella prescribe, lo que se correspondería con la noción kelseniana de “fuerza obligatoria”.

No obstante, quienes han reparado en esta ambigüedad no concuerdan en las conclusiones que han de proyectarse de ella. Así, Ross llama la atención sobre tal ambigüedad y se inclina por una lectura descriptiva del concepto de validez, considerando que el pensamiento de Kelsen debería ser reconstruido suprimiendo la noción de validez como fuerza obligatoria (Ross 1961, pp. 215-217). Ello por cuanto, a su entender, interpretar la noción de validez en un sentido descriptivo sería el único camino compatible con una visión positivista del derecho, que es la que Kelsen afirma sostener. Tacha en consecuencia a Kelsen de *pseudopositivista* o *iusnaturalista encubierto* por no ser suficientemente consecuente con el ideario positivista al manejar igualmente una noción prescriptiva de validez. Nino, por su parte, advierte la misma impropiedad en la teoría de Kelsen, pero se sitúa en la posición opuesta a la de Ross, señalando que la reconstrucción más satisfactoria que puede hacerse de sus ideas es la que sostiene el predominio de la noción prescriptiva de validez, pese a que la idea de validez como fuerza obligatoria utilizada por Kelsen sería la misma que emplean las teorías iusnaturalistas (Nino 1978, pp. 256-258).

Bulygin ha sostenido al respecto que la confusión entre pertenencia y obligatoriedad lleva a Kelsen a problemas que se ponen de manifiesto paradigmáticamente en su idea de la *norma fundante básica* (Bulygin 1990, 2005 y 2006). Cuando Kelsen se pregunta por el fundamento último de la validez de las normas de un sistema jurídico, está abordando sin advertirlo dos cuestiones diferentes que requieren respuestas distintas.

² El uso ambiguo de la noción de validez en la *Teoría Pura* ha sido destacado, entre otros trabajos, en Ross (1961); Raz (1971), (1974); Nino (1978), (1985) y Garzón Valdés (1977).

Para hacer esto explícito, Bulygin efectúa una reconstrucción de la sistematización del derecho utilizando primero la noción descriptiva de validez y luego la noción prescriptiva, lo cual le permite evaluar críticamente la teoría de la norma fundante.

Si se parte de la noción de validez en el sentido de pertenencia de una norma a un sistema, la pregunta por la validez de una norma busca determinar si ella es uno de los elementos que forman parte de un conjunto de normas que pueda denominarse “sistema jurídico”. A tal fin, en cada estrato normativo habrá que analizar si cada una de sus normas ha sido dictada por una autoridad con competencia para hacerlo, si fue respetado el procedimiento establecido para su dictado por normas de mayor jerarquía y, eventualmente, si su contenido se ajusta al establecido por otras normas igualmente superiores. La cuestión se repetirá tantas veces como estratos normativos aparezcan en el sistema. Al llegar a la constitución vigente deberá analizarse, del mismo modo, si su pertenencia al sistema puede justificarse a partir de normas a su vez integrantes del sistema. Así, inexorablemente se alcanzará en algún momento una primera constitución histórica. Pero ahora, ¿cómo justificar la validez de esa primera norma positiva, esto es, la validez de la primera constitución histórica? La salida de Kelsen consiste en sostener que el fundamento de validez de la primera constitución histórica –y, en consecuencia, de todas las restantes normas de un cierto orden jurídico– está dado por una norma a la que denomina “fundamental” o “básica”, que no sería una norma positiva sino una *norma presupuesta*, esto es, una *norma pensada*, que permitiría interpretar el sentido subjetivo del acto que dio origen a la primera constitución como el sentido objetivo de una norma y, en consecuencia, concebir a todo el sistema que de ella se deriva como un sistema jurídico. Se trataría de una hipótesis epistemológica, un *presupuesto lógico trascendental*, en la terminología que Kelsen toma de Kant:

La norma fundante básica es la instauración del hecho fundante de la producción del derecho, y puede ser designada, en este sentido, como constitución en sentido lógico-jurídico, para diferenciarla de la constitución en sentido jurídico positivo. Es el punto de partida de un proceso: el proceso de la producción del derecho positivo. No es ella misma una norma impuesta por la costumbre, o por el acto de un órgano de derecho; no es una norma impuesta, sino presupuesta, en tanto la instancia constituyente es vista como la autoridad suprema y, en consecuencia, en tanto no puede ser vista como facultada para dictar la constitución por una norma establecida por una autoridad aún superior (Kelsen 1960, p. 206).

No obstante, Bulygin considera que, si se asume el sentido descriptivo de validez como pertenencia a un sistema, parece un sinsentido preguntarse por el “fundamento de validez” de la primera constitución. Las normas que integran cualquier sistema jurídico son todas las que puedan derivarse a partir de una primera constitución, que es la que históricamente dio origen al sistema. El sistema estará conformado, entonces, por una primera constitución histórica y un conjunto de normas que se derivan de ella estática o dinámicamente. No hay ninguna pregunta adicional que tenga sentido formular acerca de la “validez” de la primera constitución para resolver las cuestiones que pueden suscitarse sobre la identificación de los elementos del conjunto. La inclusión en un cierto sistema jurídico de una norma no originaria depende de que ella se derive de otras normas. Pero todo sistema jurídico debe tener alguna norma originaria, de la cual se derivan todas las demás, y esta es la primera constitución. El sistema estará conformado, pues, por ciertas normas originarias o no derivadas y otras que se derivan de las primeras (Caracciolo 1988, p. 31). Preguntarse por el “fundamento de validez”, en el sentido aquí considerado, de una norma derivada equivale a cuestionarse por las razones que justifican considerar a dicha norma como perteneciente de manera derivada al sistema. La respuesta a dicha pregunta consistirá en mostrar de qué modo esa norma se deriva de otras. Pero esta idea presupone que hay normas que no son derivadas, y respecto de ellas no hay respuesta a la pregunta por su “fundamento de validez”, en este sentido, simplemente porque la pregunta está mal planteada: sería tanto como preguntarse de dónde se derivan las normas no derivadas, lo cual es absurdo.

Por lo expresado hasta aquí, como destaca Bulygin, si por “validez” se entiende una referencia a la pertenencia de una norma a un sistema, la idea kelseniana de la norma fundante básica resultaría *superflua* para fundar la “validez” de la primera constitución, ya que esta última es la que define al sistema como unidad independiente, por lo que no se requiere de ninguna norma para justificar su pertenencia al sistema (Bulygin 1990, p. 512).

Si, en cambio, se reconstruye la cadena de validez kelseniana que remata en la norma fundante básica tomando en consideración el sentido prescriptivo de validez, cuando se pregunta por la validez de una norma lo que se pretende es una justificación del deber de cumplir con ella. El deber de cumplir con una norma no puede sino ser impuesto por otra norma, a la que se considerará jerárquicamente superior a la primera. Pero para poder considerar válida en sentido prescriptivo, esto es, obligatoria, a una norma N_1 , no basta simplemente con que una norma N_2 imponga el deber de cumplirla: se requiere además que la propia norma

N_2 sea obligatoria. De manera que, como para justificar el deber de cumplir con una norma se debe apelar a otra norma *a su vez obligatoria*, esta cadena de justificación parece conducir a un regreso hacia el infinito. Si para justificar la validez en sentido prescriptivo de una cierta norma se llega, a través de una cadena de validez, a una primera constitución histórica, ahora tiene perfecto sentido preguntarse por qué es obligatorio cumplir con la primera constitución.

Esto es lo que habría llevado a Kelsen a postular su idea de la norma fundante básica, una norma no positiva, presupuesta en todo orden jurídico, que establecería el deber de obedecer las normas dictadas por el primer constituyente y que constituiría el fundamento de validez de las restantes normas del sistema. Sin embargo, como lo remarca Bulygin, la norma fundante básica resultaría *insuficiente* para fundar la validez en sentido prescriptivo de la primera constitución y, consiguientemente, de todas las restantes normas del sistema: el deber de cumplir con la primera constitución solo podría surgir de una norma que así lo disponga, pero de una norma genuina, no de una “norma pensada” o “presupuesta”. Y, como si eso fuera poco, ella misma debería ser obligatoria (Bulygin 1990, p. 514).

La norma fundante básica sería, entonces, o bien superflua si se toma en cuenta el sentido descriptivo de validez, o bien insuficiente si se considera el sentido prescriptivo de validez (Bulygin 1991a, p. 268). Su presencia en la teoría kelseniana solo obedecería a la falta de distinción por parte de Kelsen de esas dos nociones. A partir de esta conclusión, Bulygin propone otorgar preeminencia a la noción descriptiva de validez en la *Teoría Pura del Derecho*, pues considera que optar por la noción prescriptiva obligaría al intérprete a admitir que la concepción kelseniana se aparta del postulado fundamental del positivismo jurídico, cual es la separación tajante entre el derecho y la moral.³

Esta última sugerencia de Bulygin parece, no obstante, un tanto desconcertante. Si el positivismo es concebido como una determinada manera de caracterizar el derecho, de acuerdo con la cual la identificación de una norma como miembro de un sistema jurídico dependería exclusivamente de ciertos hechos sociales complejos y no de una evaluación moral de su contenido, de ello se sigue, tal como lo remarca Hart, que decir que cierta norma es parte de un sistema jurídico no suministra una respuesta concluyente a la cuestión de si existe un deber moral de obedecerla (Hart 1961, pp. 259-260). Por consiguiente, una vez que se distinguen

³ Para una profundización de esta tesis, véase Bulygin (2005, pp. 107-109), (2006, p. 99).

los sentidos prescriptivo y descriptivo de validez, ¿por qué razón una teoría positivista del derecho debería rechazar la noción prescriptiva como incompatible con su tesis central? En la medida en que el problema de la identificación de las normas jurídicas y el problema de su fuerza obligatoria se consideren independientes, no parece existir ninguna posible contradicción entre la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral y la aceptación de una noción de validez como fuerza obligatoria (Ferrer Beltrán y Rodríguez 2011, p. 54; Rodríguez y Vicente 2011).

Más allá de esta precisión, concordamos con Bulygin en que, cuando se enfrenta la pregunta sobre el fundamento último de la validez de las normas de un sistema jurídico, es imperioso no confundir las dos nociones de validez que él discrimina. El problema de la fuerza obligatoria de todo un sistema jurídico depende, en última instancia, de una evaluación normativa extrajurídica contingente. Ahora, si en cambio se restringe la atención exclusivamente a la cuestión de la pertenencia de las normas a un sistema jurídico, a la identificación de sus elementos componentes –que es lo que aquí nos concierne–, como vimos Bulygin estima que la justificación de la validez como pertenencia de las normas originarias de un sistema jurídico no requeriría de nada parecido a la norma fundante kelseniana puesto que esas normas serían parte del sistema correspondiente por definición.

Aunque esta idea está bien orientada, algo parece faltar aquí para contar con una solución adecuada del problema planteado. Una vez que se deja de lado la ambigüedad entre los sentidos prescriptivo y descriptivo de validez, y se centra la atención exclusivamente en la cuestión de la identificación del derecho, es correcto, tal como lo señala Bulygin, que debe diferenciarse el análisis de la pertenencia de las normas derivadas del análisis de la pertenencia de las normas originarias. Como desde el punto de vista práctico la pregunta por la validez en sentido descriptivo se plantea normalmente respecto de normas derivadas, no de las originarias, y la respuesta a dicha pregunta remite a la creación regular de las normas, esto lleva a que ordinariamente se identifique validez con creación regular. Ahora, por supuesto, si se identifica validez con creación regular, las normas originarias no podrán ser calificadas ni como válidas ni como inválidas en este sentido. Si en cambio se identifica la validez con la pertenencia al sistema, en tal caso las normas originarias de un sistema jurídico serán sin duda normas válidas. Por esta razón, se podría concluir que la pregunta por el fundamento de la validez de las normas originarias de un sistema jurídico es en realidad una pregunta mal planteada, porque aunque tiene sentido preguntarse por la justificación de la pertenencia de las normas derivadas, la pertenencia de las normas originarias simplemente

carecería de fundamento, que es lo que parece considerar Bulygin. Como veremos, no obstante, hay algo más que debería decirse sobre esto.

3. La ilusión de la regla de reconocimiento

Según Hart, en los sistemas jurídicos existen ciertas reglas, como aquellas que confieren potestades públicas o privadas de producción normativa, que no pueden ser explicadas en términos de simples órdenes coercitivas (Hart 1961, p. 99 y ss). Por ello, junto a las reglas que prescriben realizar u omitir ciertas conductas, a las que Hart denomina *reglas primarias*, se debe reconocer la existencia de otro tipo de reglas, las *reglas secundarias*, que no impondrían deberes sino que regularían la identificación, producción y aplicación de las reglas primarias,⁴ entre las cuales cabría distinguir a la regla de reconocimiento, las reglas de cambio y las reglas de adjudicación.

La regla de reconocimiento, que a diferencia del carácter presupuesto de la norma fundante sería una regla social, especificaría la o las características que debería reunir una regla para ser considerada parte de un sistema jurídico.⁵ Según Hart, en los sistemas jurídicos modernos los criterios de identificación incluyen por lo general una constitución escrita, la creación por un órgano determinado y los precedentes judiciales, pero podrían incluir muchos otros, y podrían existir entre esos criterios jerarquías para el caso en que ellos entren en conflicto (Hart 1961, p. 126). En ese caso, entre los criterios que establecería la regla de reconocimiento, uno de ellos sería *supremo*. Esto último no debe confundirse con el carácter *último* de la regla de reconocimiento, en el sentido de que se trata de una regla que proporciona criterios para establecer la validez de las demás reglas del sistema, pero que no está ella misma subordinada a criterios de validez establecidos por otras reglas (Hart 1961, p. 133). Según Hart, la cuestión de la validez no puede plantearse respecto de la regla de reconocimiento, ya que ella no sería ni válida ni inválida. Mientras que las demás reglas del sistema existirían como reglas jurídicas desde que son

⁴ En ocasiones, cuando Hart se refiere de manera genérica a las reglas secundarias o analiza alguna en especial, parece considerar que ellas se refieren siempre a reglas primarias. Sin embargo, como lo indica Raz, las reglas secundarias pueden operar respecto de cualquier regla del sistema, incluso sobre otras reglas secundarias (Raz 1971, p. 806).

⁵ “Decir que una determinada regla es válida es reconocer que ella satisface todos los requisitos establecidos en la regla de reconocimiento y, por lo tanto, que es una regla del sistema” (Hart 1961, p. 129).

promulgadas e identificadas como válidas a partir de los criterios que suministra la regla de reconocimiento, la existencia de esta última no podría afirmarse en los mismos términos sino que existiría en la medida en que sea aceptada y utilizada por los tribunales al identificar y aplicar el derecho (Hart 1994, p. 256).

Las reglas de cambio serían las que facultan a un individuo o cuerpo a introducir nuevas reglas y a derogar reglas anteriores. En esta categoría se incluyen no solo las reglas que otorgan potestades a los órganos públicos para crear, modificar y derogar reglas, sino también aquellas que otorgan a los particulares potestades privadas para crear derechos y obligaciones, como otorgar testamentos, celebrar contratos, etc. (Hart 1961, p. 119). Las reglas de adjudicación, por su parte, son aquellas que facultan a ciertos individuos a determinar, a través de una decisión revestida de autoridad, si se ha transgredido una regla primaria, y establecen el procedimiento a seguir para arribar a ella (Hart 1961, pp. 120-121).

En la teoría hartiana existen ciertas ambigüedades en torno a los alcances de las tipologías de reglas que distingue. En ocasiones, Hart parece afirmar que el par reglas primarias/reglas secundarias y el par reglas que imponen obligaciones/reglas que confieren potestades, serían coextensivos: las reglas primarias impondrían obligaciones mientras que las reglas secundarias conferirían potestades (Hart 1965, p. 358). Si bien existe consenso respecto de que la primera asimilación puede sostenerse, no ocurre lo mismo respecto de la segunda. En primer lugar, se han expresado dudas respecto de que constituya una característica de toda regla secundaria el que confiera potestades.⁶ Tampoco queda claro en la obra de Hart cuál sería el estatus normativo de las reglas secundarias, y ello ha generado, en especial respecto de la regla de reconocimiento, un acalorado debate.⁷

Muchos autores coinciden en interpretar la regla de reconocimiento como una regla de conducta que impone deberes, es decir, con un estatus normativo similar al de las reglas primarias.⁸ Se ha afirmado que esa es la única interpretación coherente con otros aspectos de la teoría de Hart, especialmente con su distinción entre las reglas que imponen debe-

⁶ Eso es lo que sostiene, por ejemplo, Raz. A su entender, no todas las normas secundarias confieren potestades; solo lo harían las reglas de cambio y las de adjudicación. La regla de reconocimiento sería la excepción (Raz 1971, pp. 794-795 y nota 24). También se han referido a ciertas ambigüedades en la tipología hartiana, entre otros, Green (1996, p. 1699); MacCormick (1981, pp. 130-134) y Waluchow (1994, p. 75).

⁷ Así, MacCormick afirma que las reglas secundarias son una suerte de “mixed bag” (MacCormick 1981, p. 133).

⁸ Por ejemplo, Alexander y Schauer (2009); Hacker (1977); Himma (2009); Perry (2009); Shapiro (2009), (2011).

res y las que confieren potestades, y con su teoría de las reglas sociales (*practice theory of rules*).⁹ Como regla de conducta, la regla de reconocimiento prescribiría a los jueces el deber de aplicar las normas jurídicas identificadas a través de ella.¹⁰

Bulygin ha efectuado en este punto un segundo aporte altamente significativo para nuestra discusión (Bulygin 1976, 1991a y 1991b), cuestionando esta interpretación según la cual la regla de reconocimiento no solo suministraría los criterios para identificar a las normas de obligación sino que, además, prescribiría a los jueces la obligación de usar y aplicar las normas identificadas en virtud de ella. A su juicio, esa obligación, de existir, no surgiría de la propia regla de reconocimiento sino de alguna regla del sistema identificada de acuerdo con la regla de reconocimiento. Resultaría enteramente redundante una norma jurídica general que estableciera para los jueces el deber de cumplir con cada una de las restantes normas de un sistema jurídico, porque en realidad el contenido de la obligación de cumplirlas surgiría ya de esas mismas normas. Por otra parte, Bulygin considera que si la regla de reconocimiento prescribiera el deber de aplicar las normas a las que ella misma identifica, ese deber nunca podría ser último, porque siempre se podría seguir preguntando por el fundamento del deber de obedecerla. Y si lo que se quiere preguntar es si se debe obedecer moralmente a las normas de un sistema jurídico, claramente ese tipo de justificación no podría brindarla una regla con las características de la regla de reconocimiento: se requeriría para ello de una genuina norma moral. En definitiva, para Bulygin, a fin de poder evaluar los deberes que establecen las normas jurídicas, se debe contar primero con un criterio conceptual que permita identificarlas, y la unidad del orden jurídico depende del hecho de que uno y el mismo conjunto de criterios de identificación sea efectivamente usado en un grupo social (Bulygin 1991a, p. 278).

Según Bulygin, el considerar que la norma que da inicio a la cadena de validez es una norma de conducta que obliga a los jueces a aplicar ciertas otras normas porque ellas satisfacen ciertos requisitos que las convierten en válidas, y luego a partir de ella derivar el criterio de identificación de las normas jurídicas válidas, generaría dos problemas. En primer lugar, no se podría sostener que la regla de reconocimiento, entendida como una regla de conducta, sea una regla jurídica válida. En segundo lugar, Hart incurriría irremediablemente en circularidad, porque para

⁹ Por ejemplo, Raz (1971); Ruiz Manero (1991); Shapiro (2009); Waluchow (1994).

¹⁰ Véase MacCormick (1981, pp. 145-146); Raz (1971); Ruiz Manero (1990); Shapiro (2009), (2011).

identificar a la regla de reconocimiento el profesor inglés considera que debe examinarse la práctica de los jueces, pero paralelamente para poder identificar a los jueces es preciso acudir a las reglas de adjudicación válidas de acuerdo con la regla de reconocimiento (Bulygin 1991b, p. 317).

En contraste con esta lectura, para Bulygin la regla de reconocimiento debe interpretarse como una regla que se limita a establecer los criterios de identificación del derecho (Bulygin 1976, p. 387)¹¹ y, por lo tanto, se trataría de una regla puramente conceptual, que no impondría ningún deber.¹² Esa interpretación no es ajena a los dichos del propio Hart, quien en ocasiones asimila claramente la regla de reconocimiento a un simple test de validez o a un conjunto de criterios de identificación,¹³ e interpreta que su función primordial está dada por eliminar el problema de la falta de certeza respecto de qué normas cuentan como válidas (Hart 1961, pp. 117-118).

Si bien las críticas de Bulygin a la reconstrucción alternativa de la regla de reconocimiento resultan contundentes, y su sugerencia de interpretarla como una regla conceptual, determinativa de los criterios de pertenencia de normas al sistema jurídico, parece en principio altamente plausible, existe una dificultad en ella. Recuérdese que, de acuerdo con Kelsen, una cierta norma N es válida, en el sentido de que pertenece a un sistema jurídico, si su promulgación está autorizada por otra norma N₁, a la que por tal razón se la considera jerárquicamente superior a N. Por su parte, esta norma N₁ es, a su vez, válida en el mismo sentido si su promulgación está autorizada por otra norma N₂, y así sucesivamente hasta llegar a la primera norma positiva del sistema, cuya promulgación no estaría autorizada por ninguna otra norma jurídica positiva. Kelsen introduce aquí la norma fundante para justificar la validez como pertenencia de esa primera norma positiva pero, como vimos, a criterio de Bulygin esto no sería nece-

¹¹ En el mismo sentido, Zipursky (2001, pp. 246-247).

¹² Empleando la terminología de von Wright, se trataría de una *regla determinativa* (von Wright 1963, p. 26). Marmor se inclina por una postura bastante próxima a la de Bulygin cuando estima que la regla de reconocimiento debería interpretarse como una *convención constitutiva* (Marmor 2009, pp. 155-176; Marmor 2011, pp. 60-83).

¹³ “En un sistema muy simple como el mundo de Rex I... el único criterio para identificar a algo como derecho será una simple referencia al hecho de haber sido sancionado por Rex I. La existencia de esta forma simple de regla de reconocimiento se manifiesta en la práctica general de los funcionarios o de los particulares de identificar las reglas mediante ese criterio. En un sistema jurídico moderno donde hay una variedad de ‘fuentes’ de derecho, la regla de reconocimiento es paralelamente más compleja: 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 1961, pp. 125-126). Véase también Hart (1968, p. 338).

sario porque esa primera norma sería parte del sistema como norma originaria. Más allá de esto último, de conformidad con lo expuesto, en Kelsen el modo de identificar si una norma pertenece a un sistema jurídico es por referencia a lo que disponen otras normas positivas del sistema, salvo en el caso de la primera constitución. A diferencia de esta suerte de análisis recursivo, Hart parece sostener que la regla de reconocimiento reúne los criterios de validez (como pertenencia) de *todas* las normas del sistema (Hart 1961, p. 135), no solo de la primera norma positiva. Sin embargo, paralelamente Hart sostiene que la regla de reconocimiento es, como vimos, una regla *última*, y lo explica del siguiente modo:

Entenderemos mejor el sentido en que la regla de reconocimiento es la regla *última* de un sistema, si seguimos una cadena muy familiar de razonamiento jurídico. Si se plantea la cuestión sobre si una cierta regla es jurídicamente válida, para resolverla debemos usar un criterio de validez suministrado por alguna otra regla. ¿Es válida esa pretendida ordenanza del County Council de Oxfordshire? Sí: porque fue dictada en ejercicio de las potestades conferidas, y de acuerdo con el procedimiento especificado, por un decreto del Ministerio de Salud Pública. A este primer nivel, el decreto suministra los criterios para apreciar la validez de la ordenanza. Puede no haber necesidad práctica de seguir adelante; pero existe la posibilidad de hacerlo. Podemos cuestionar la validez del decreto y apreciarla en términos de la ley que faculta al Ministro a adoptar tales medidas. Finalmente, cuando la validez de la ley ha sido cuestionada, y determinada por referencia a la regla que establece que lo que la Reina en Parlamento sanciona es derecho, alcanzamos un punto donde debemos detener nuestras investigaciones referentes a la validez: porque hemos llegado a una regla que, a semejanza del decreto y de la ley intermedios, proporciona criterios para la determinación de la validez de otras reglas, pero que, a diferencia de lo que ocurre en el caso de ellos, no está subordinada a criterios de validez jurídica establecidos por otras reglas (Hart 1961, p. 133).¹⁴

¹⁴ Raz observa, por una parte, que no hay ninguna razón para pensar que la regla de reconocimiento contenga todos los criterios de validez de las normas de un sistema jurídico, desde que muchas otras reglas (de cambio) establecerían también criterios de validez. Pero intenta salvar la idea hartiana sosteniendo que habría ciertos criterios de validez que, pese a ser jurídicamente obligatorios, no serían jurídicamente válidos y, en consecuencia, deben ser estipulados por la regla de reconocimiento (Raz 1971, pp. 809-810). Más allá de la evidente confusión entre pertenencia y obligatoriedad que el párrafo pone en evidencia –lo cual, por otra parte, está en línea con la lectura de la regla

Aquí Hart parece aceptar, al igual que Kelsen, que los criterios de validez de todas las reglas de un sistema jurídico, con excepción de una, son suministrados por otras reglas positivas: aquellas que confieren la potestad para crearlas; en términos del propio Hart, las reglas de cambio. Habría una excepción: esto no sería así respecto de una norma como “Aquellos que la Reina en Parlamento sanciona es derecho”, a cuyo respecto no tendría sentido, según Hart, predicar su validez o invalidez, porque no existiría ninguna otra regla que suministre el criterio para evaluar su propia validez. En este sentido, esa regla última equivaldría a la primera constitución histórica kelseniana.

Hart reconoce que existe una cierta superposición entre el contenido de la regla de reconocimiento y el de las reglas de cambio cuando afirma que:

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 menester que mencionen todos los detalles del procedimiento legislativo (Hart 1961, p. 119).

Pero si esto es así, el contenido de la regla de reconocimiento quedaría completamente absorbido por el de las reglas de cambio. Con relación a cualquier norma del sistema, salvo la última, las reglas de cambio resultarían suficientes para identificar su validez, en el sentido de pertenencia al sistema. Para determinar la validez de cualquier norma derivada bastaría con cotejar si se han satisfecho las condiciones especificadas por las reglas de cambio para la creación regular de normas válidas, de manera que respecto de ellas no se necesitaría de ninguna regla de reconocimiento. Y una vez que se llega a la primera norma positiva del sistema (en el ejemplo de Hart, “Aquellos que la Reina en Parlamento sanciona es derecho”), Hart no sostiene, como cabría esperar, que la regla de reconocimiento sea precisamente aquella que suministra los criterios para evaluar la validez de esa primera norma positiva, sino que parece identificar esa primera norma (o a la norma última, según como se lo mire) con la regla de reconocimiento.¹⁵ Y ello porque, aunque la regla de reco-

de reconocimiento como una norma de conducta que Raz explícitamente defiende—, el único modo inteligible de interpretar esta idea que se nos ocurre es el que se sugerirá en el punto siguiente.

¹⁵ Véase también Hart (1958, pp. 54-55), (1994, p. 247).

nocimiento cumpliría la función de identificar el derecho válido, “validez” está siendo asimilada a creación regular, de ahí que la regla de reconocimiento, como regla última, no sería ni válida ni inválida.

En síntesis, no se trata aquí simplemente de un problema de superposición parcial de contenidos: lo que ocurre es que no parece que pueda otorgarse a la regla de reconocimiento ninguna función que no sea ya acabadamente satisfecha por las reglas de cambio. De acuerdo con el párrafo comentado de Hart, la regla de reconocimiento sería simplemente una forma de calificar a la regla de cambio última. Esta observación no es novedosa: ya Bobbio se encargó de advertir que, si se considera que las reglas de cambio, en tanto reglas de producción jurídica, son las normas que ofrecen los criterios necesarios y suficientes para establecer cuáles son las normas válidas del sistema, sería difícil imaginar cuál podría ser la función diferenciadora de la regla de reconocimiento (Bobbio 1975, p. 241). Y, más recientemente, Waldron observa que aunque Hart parece alejarnos a pensar que especificar los criterios de validez en la regla de reconocimiento es algo distinto y más fundamental que establecer una regla de cambio, en realidad la verdad es precisamente lo opuesto: que la regla de reconocimiento no hace nada que las reglas de cambio no hayan hecho ya (Waldron 2009, punto IX).

De modo que cuando se analizan las relaciones de validez, entendiendo a esta última como pertenencia a un sistema jurídico, la regla de reconocimiento en tanto regla conceptual terminaría siendo tan superflua como la norma fundante kelseniana: no sería necesaria para identificar a las normas derivadas, ya que los criterios para ello son establecidos por las reglas de cambio, y tampoco suministraría el criterio para evaluar la validez de la primera norma positiva del sistema, dado que directamente se identificaría con ella.

4. Potestades normativas e identificación del derecho

En contra de esta conclusión, podría argumentarse que ese colapso entre la regla de reconocimiento y las reglas de cambio no se produce en verdad debido a la diferente naturaleza que tendrían estos dos tipos de reglas. Se abren aquí dos alternativas posibles: o bien se sostiene que las reglas de competencia son reglas definitorias o conceptuales y la regla de reconocimiento, en cambio, tiene el carácter de una norma de conducta que impone deberes, o bien se sostiene que las reglas de competencia son normas de conducta y, en cambio, la regla de reconocimiento es concebida como una regla puramente conceptual.

La primera de estas dos alternativas, que de hecho ha sido utiliza-

da como argumento para justificar precisamente la lectura prescriptiva de la regla de reconocimiento,¹⁶ será dejada de lado por cuanto resulta irrelevante para nuestro problema, que concierne exclusivamente a la identificación de las normas que pertenecen a un sistema jurídico. Aun cuando tenga sentido afirmar la existencia de una regla de reconocimiento concebida como una regla imperativa de carácter general que prescribe a los jueces el deber de aplicar las normas jurídicas válidas –lo que obligaría a ofrecer una respuesta a las poderosas objeciones de Bulygin en su contra–, ello dejaría todavía subsistente el argumento de que, en lo que respecta a la identificación de las normas de un sistema jurídico, los criterios de validez serían establecidos enteramente por las reglas de cambio, de modo que la regla de reconocimiento así entendida sería superflua en este plano de análisis.

La segunda alternativa ha sido defendida por Alchourrón y Bulygin en *Normative Systems* (Alchourrón y Bulygin 1971, pp. 119-120). Los profesores argentinos sostienen allí que las reglas de admisión y rechazo de normas jurídicas definen la noción de *norma jurídica válida*, y que esas reglas definitorias, determinativas o conceptuales que especifican los criterios de validez no deben confundirse con las normas de competencia. Sostienen que en filosofía del derecho hay una cierta tendencia a identificar los criterios de validez con las normas de competencia, y agregan que, en tal sentido, en Kelsen la norma fundante no solo suministraría el criterio último de validez de todo el orden jurídico sino que, además, otorgaría competencia al primer legislador, cuando en verdad una definición no podría otorgar a nadie competencia para crear normas jurídicas. En sentido análogo, sostienen que Hart tampoco distingue claramente entre el estatus lógico de la regla de reconocimiento, que se correspondería con los criterios de identificación, y el de las reglas de cambio, que se corresponderían con las normas de competencia.

Por supuesto, esta distinción entre criterios de identificación, que estarían establecidos por reglas determinativas o conceptuales, y normas de competencia, solo cobra sentido si estas últimas son interpretadas como normas de conducta, esto es, como prescripciones o permisiones. Sin embargo, varios años después, Bulygin ha explorado con mayor profundidad las diversas concepciones de las normas de competencia (Bulygin 1976). De acuerdo con una primera visión, entre cuyos representantes ubica a Kelsen, las normas de competencia serían prescripciones indirectamente for-

¹⁶ Una de las razones que en ocasiones se esgrime para defender el carácter prescriptivo de la regla de reconocimiento es, justamente, que el no concebirla de ese modo conduciría a la imposibilidad de distinguirla de las reglas de cambio. Véase, por ejemplo, Raz (1971, p. 807) y Shapiro (2009, punto 1).

muladas, mandatos dirigidos a los jueces imponiéndoles la obligación de obedecerlas o aplicarlas.¹⁷ Bulygin examina y descarta esta alternativa: una norma que, por ejemplo, confiere la potestad para testar no podría ser asimilada a una orden, salvo que se la entienda como una orden dirigida a los jueces de considerar a un testamento con determinadas características como válido. Pero ello transformaría a las normas de competencia en fragmentos de normas, con todos los problemas que este reduccionismo aca-rrea, tal como lo señalara Hart (1961, pp. 33-61). De acuerdo con un segundo enfoque, las normas de competencia serían también normas de conducta, pero de carácter permisivo.¹⁸ Según Bulygin, el problema de esta tesis sería que se trata de una reconstrucción demasiado lejana de nuestras prácticas jurídicas. Así, para von Wright, casos como los de una norma que prohibiera hacer uso de la competencia otorgada generarían una contradicción (von Wright 1963, p. 199), mientras que para los juristas eso raramente sería considerado como una anomalía.

Para Bulygin, los intentos de reducir las normas de competencia a mandatos o permisiones no logran dar cuenta del aspecto más característico de este tipo de normas. Por ello, y contrariamente a lo afirmado en *Normative Systems*, Bulygin considera ahora que sería más promisorio intentar una explicación de las normas de competencia en términos de reglas conceptuales o constitutivas: “...*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*” (Bulygin 1988, p. 497).¹⁹ Legislar sería, a su entender, un tipo de conducta que solo sería posible porque existen reglas que establecen qué conductas valen como actos de legislar y quién puede realizarlos.²⁰ Pero si esto es así, si las normas de competencia o reglas que atribuyen

¹⁷ Bulygin incluye además en esta línea a Ross (1958) y a Cornides (1974). También podría incluirse en ella a MacCormick (1978).

¹⁸ Véase von Wright (1963, pp. 198 y ss); igualmente, Lindahl (1977) y Kanger (1971).

¹⁹ También se ha defendido la concepción de las normas de competencia como reglas constitutivas en Mendonca (1992).

²⁰ Bulygin aclara que no todo lo que un funcionario puede hacer jurídicamente es definitorio de su función, ya que no todas las normas que se refieren a su conducta son constitutivas o definitorias del concepto de juez o legislador. Además de normas de competencia puede haber normas de conducta que otorguen permisos, derechos subjetivos, privilegios, etc. Uno de los criterios que permitirían distinguir ambos tipos de normas podría ser, según Bulygin, el siguiente: “Cuando el poder jurídico subsiste a pesar de la prohibición de ejercerlo (como en el caso del juez que firma la demanda) se trata de competencia; cuando la prohibición hace desaparecer el poder jurídico se trata de un permiso, una libertad o privilegio otorgados por una norma de conducta y no por una regla conceptual” (Bulygin 1988, p. 497).

potestades son interpretadas como reglas definitorias, conceptuales o determinativas, y los criterios de validez de todas las normas de un sistema jurídico (salvo la primera) están establecidos por ese tipo de reglas, volvemos al problema anterior: ¿para qué se necesitaría una regla de reconocimiento, como algo diferente de las reglas de cambio o normas de competencia?

Desde luego, conceptualmente nada impide reunir en un conjunto a la totalidad de los criterios de validez de las normas de un sistema jurídico establecidos por sus reglas de cambio y denominar “regla de reconocimiento” a ese conjunto. Esto es precisamente lo que parece hacer Bulygin; la regla de reconocimiento de un sistema jurídico especificaría los criterios de identificación de un orden jurídico, criterios que podrían formularse del siguiente modo:²¹

1. El conjunto de normas [N1, N2...N3] es el sistema originario (primera constitución) de Oi.
2. Si una norma Nj es válida en un Sistema St que pertenece a Oi y Nj faculta a la autoridad x a promulgar la norma Nk, y x promulga en el momento t la norma Nk, entonces Nk es válida en el sistema St+1 (es decir, en el sistema correspondiente al momento siguiente a t) y St1 pertenece a Oi.
3. Si una norma Nj es válida en un sistema St, que pertenece a Oi, y Nj faculta a la autoridad x a derogar la norma Nk, que es válida en St y x deroga Nk en el momento t, entonces Nk no es válida en el sistema St+1 (correspondiente al momento siguiente a t) que pertenece a Oi.
4. Las normas válidas en un sistema St que pertenece a Oi que no han sido derogadas en el momento t, son válidas en el sistema St+1 de Oi (que corresponde al momento siguiente a t).
5. Todas las consecuencias lógicas de las normas válidas en un sistema St que pertenece a Oi también son válidas en St (Bulygin 1991a, pp. 263-264).

La regla 1 determinaría la pertenencia del conjunto de las normas originarias del sistema, esto es, su primera constitución. Esa regla identificaría extensionalmente el conjunto de las normas originarias, y no fijaría ninguna condición particular que ese conjunto deba reunir, salvo por el hecho de que debería contener al menos una norma de competencia que habilite la creación o derogación de normas a fin de posibilitar que se ori-

²¹ En Bulygin (1976) parece afirmarse que la regla de reconocimiento sería una mera definición más que una regla conceptual, pero ello fue reformulado en Bulygin (1991a).

gine una secuencia dinámica. Las reglas 2, 3 y 4 determinarían el carácter dinámico del orden jurídico, fijando las condiciones de legalidad de los cambios, en tanto que la regla 5 asignaría carácter sistemático a los diversos conjuntos de normas que integran esa secuencia dinámica. Estas reglas, a entender de Bulygin, constituirían conjuntamente un esquema definicional de un orden jurídico y brindaría una definición recursiva de “norma válida en un sistema St del orden jurídico Oi”, permitiendo en un número finito de pasos determinar si una cierta norma pertenece o no a un determinado sistema del orden en cuestión.

Examinemos este esquema definicional que propone Bulygin. En él, la regla 5 constituye una asunción teórica que Bulygin ha defendido enfáticamente desde *Normative Systems*: que cada conjunto estático de la secuencia dinámica que conforma un orden jurídico está conformado, no solo por ciertas normas expresamente promulgadas, sino también por todas las consecuencias lógicas que se sigan de ellas. Esta idea puede controvertirse,²² pero en todo caso no hace al núcleo de lo que aquí está en discusión. En lo que respecta a las reglas 2 a 4, ellas constituyen una generalización de los criterios de creación regular ya especificados por las reglas de cambio del sistema. Obsérvese que las reglas 2 y 3 tienen una formulación condicional cuyo antecedente menciona la existencia de una regla de cambio, en tanto que la regla 4 presupone la realización de algún acto válido de modificación normativa en ejercicio de las potestades conferidas por las reglas de cambio. La explicitación de estas tres reglas permite apreciar con claridad cuál es el resultado que producen los actos normativos de creación y derogación de normas en el plano dinámico, pero más allá de ese valor teórico, la función práctica de fijar los criterios (conceptuales) de admisión y rechazo de las normas derivadas es agotada por las reglas de cambio del sistema. El punto crucial es aquí la regla 1. Esta regla no es una norma positiva, no se identifica con las normas originarias del sistema, sino que ella *determina* la pertenencia de esas normas originarias, donde “determina” tiene una función operativa o constitutiva, no simplemente un mero rol de reconstrucción teórica. La pregunta que parece pertinente formular es ¿por qué es necesaria la especificación de esta regla si, como vimos, a juicio de Bulygin una idea como la norma fundante kelseniana resultaría superflua en lo que concierne a la validez como pertenencia, puesto que la pertenencia de las normas originarias de un sistema jurídico no requeriría de ninguna justificación ya que lo integrarían “por definición”?

²² Para una crítica a la tesis de que, bajo cualquier interpretación que se asigne a la expresión “sistema jurídico”, los sistemas jurídicos comprenden todas sus consecuencias lógicas, véase, por ejemplo, Ferrer Beltrán y Rodríguez (2011, pp. 116-133).

Se nos ocurre la siguiente respuesta a esta pregunta, que intentaremos bosquejar brevemente como conclusión de nuestro trabajo. En primer lugar, la atribución de competencia es un fenómeno normativo complejo, que requiere, por una parte, la especificación de las condiciones que deben satisfacer ciertos actos para contar como una instancia válida de creación normativa (lo cual ha de ser establecido por ciertas reglas definitorias, determinativas o conceptuales) y, por otra parte, la determinación de las consecuencias normativas que se siguen de tales actos (lo cual requiere de normas de conducta, prescripciones). Si tomamos el ejemplo de un contrato, necesitamos por una parte de reglas conceptuales que especifiquen qué requisitos han de cumplirse para que algo cuente como un contrato válido y, por otra parte, prescripciones que indiquen qué consecuencias se siguen de la existencia de un contrato válido. La competencia o potestad normativa para contratar está determinada por las primeras de tales reglas, que tienen el carácter de reglas determinativas o conceptuales. En este sentido, coincidimos con Bulygin en que las normas de competencia o reglas que atribuyen potestades son reglas determinativas. Pero esa competencia solo cobra sentido si existen además ciertas prescripciones que especifican cuáles son las consecuencias normativas que se siguen de la existencia de una instancia válida de contrato y, en términos generales, de cualquier instancia válida de producción normativa.

Siendo ello así, “contrato válido” no es, tal como lo presenta Ross, más que una expresión que se utiliza para ligar ciertos hechos antecedentes con ciertas consecuencias normativas (Ross 1957, pp. 23 y ss).²³ En términos más generales, “validez” es un término que se utiliza ambiguamente tanto en ciertas reglas determinativas que especifican las condiciones que deben satisfacerse para que ciertos actos cuenten como la creación de una norma, como en ciertas normas prescriptivas que imponen el deber de obedecerla.

Esto explicaría la razón por la que Kelsen emplea ambiguamente la expresión “validez”, tanto para referirse a la “existencia específica” de una norma (a la existencia de una norma como tal, esto es, a las condiciones que han de satisfacerse para que ciertos actos cuenten como la creación de una norma, establecidos por una regla determinativa) como a su “fuerza obligatoria” (el deber de obedecerla, establecido por una prescripción), si bien desde luego no justifica su identificación de ambos usos.

Si esto es correcto, en segundo lugar, para poder atribuir compe-

²³ En el mismo sentido, Bulygin afirma que “las únicas realidades son los hechos condicionantes descriptos por la norma y las consecuencias jurídicas prescriptas por la misma” (Bulygin 1961, p. 25).

tencia para la creación de una norma de nivel 1 necesitaríamos tener en un nivel 2:

- a) una (o más) reglas determinativas que establezcan las condiciones para que ciertos actos cuenten como la creación de una norma válida de nivel 1, y
- b) una (o más) prescripciones que establezcan que se debe obedecer a las normas válidas de nivel 1.

Esto se reiterará tantas veces como estratos normativos existan, hasta un cierto nivel n , conformado por la primera constitución histórica, esto es, el conjunto de las normas originarias del sistema. Llegados a este punto, en tercer lugar, si uno se pregunta cuáles son todas las normas válidas en el sentido de haber sido creadas regularmente de conformidad con otras normas del sistema, parece claro que eso puede determinarse simplemente examinando las reglas que confieren potestades (las reglas determinativas) de nivel superior, mientras que la primera constitución histórica no será ni válida ni inválida en el sentido de haber sido creada regularmente de conformidad con otras normas del sistema.

Pero si la pregunta se refiere a cuáles son las normas válidas en el sentido de pertenecientes al sistema, la primera constitución histórica también debería ser considerada como una norma válida. Sin embargo, ¿por qué habría que considerar que el primer acto de prescribir cuenta realmente como la creación de una norma válida? Parece fuera de discusión que si la pregunta fuese por qué debe obedecerse la primera norma positiva de un sistema jurídico (la prescripción que justifica su validez como fuerza obligatoria), eso depende de una evaluación extrajurídica, para simplificar, de una evaluación moral.

Pero si lo que se tiene en mira es la validez como pertenencia, de todos modos se requiere de una regla conceptual que permita interpretar al primer acto de prescribir como la creación de una norma válida.²⁴ Una regla semejante no existe como regla positivamente dictada por nadie, pero ¿no deberíamos presuponerla para poder considerar válida, en el sentido de perteneciente al sistema, a la primera constitución histórica? Esto parece darle parcialmente la razón a Kelsen, ya que se requeriría al menos de la presuposición de una regla conceptual para poder interpretar como norma perteneciente al sistema a la primera norma positiva. Esto justi-

²⁴ En idéntico sentido, Ross afirma que “Puesto que la serie de autoridades no puede ser infinita, es forzoso concluir que en última instancia las normas más altas de competencia no pueden ser sancionadas; ellas tienen que ser presupuestadas” (Ross 1958, p. 78).

ficaría igualmente el considerar que, además de las reglas de cambio, que atribuyen potestades para crear ciertas normas, todo sistema jurídico debe poseer una regla adicional de reconocimiento que permita identificar a la primera norma positiva como regla del sistema. Esto, además, explicaría lo que significa decir que la primera constitución histórica pertenece al sistema “por definición”: por una definición, o regla determinativa, presupuesta. Y esto también explicaría la necesidad de una regla como la regla 1 del esquema definicional que propone Bulygin de un orden jurídico: una regla determinativa o conceptual, que no ha sido dictada por nadie pero que debe asumirse si es que ha de interpretarse a un cierto conjunto de normas como un sistema jurídico, que establece que la primera constitución histórica es parte del sistema.

Bibliografía

- Adler, K. y Himma, E. (eds.) (2009), *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*, Oxford, Oxford University Press, edición Kindle.
- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1971), *Normative Systems*, Viena, Springer. Citado por la traducción castellana de los autores: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1975.
- (1991), *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexander, L. y Schauer, F. (2009), “Social Facts, Constitutional Interpretation and the Rule of Recognition”, en Adler y Himma (2009), capítulo 7.
- Bobbio, N. (1994), *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, Giappichelli.
- (1975) “Per un lessico di teoria generale del diritto”, en *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, Cedam: 47-55. Citado por la versión publicada bajo el título “Norme secondarie”, en Bobbio (1994), pp. 233-244.
- Bulygin, E. (1961), *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- (1976) “Sobre la regla de reconocimiento” en Bacqué, J. A. et al., *Derecho, filosofía y lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Buenos Aires, Astrea. Citado por la versión publicada en Alchourrón y Bulygin 1991, pp. 383 -390.
- (1988) “On competence norms” ponencia presentada en el Congreso de Miami. Citado por la traducción castellana del autor, “Sobre las normas de competencia”, en Alchourrón y Bulygin 1991, pp. 485-498.

- Bulygin, E. (1990), "An Antinomy in Kelsen's Theory of Law", *Ratio Juris*, 3, pp. 29-45. Citado por la traducción castellana del autor, "Validez y positivismo", en Alchourrón y Bulygin (1991), pp. 499-520.
- (1991a), "Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos", *Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 9, pp. 257-278.
- (1991b) "Regla de reconocimiento: norma de obligación o criterio conceptual. Réplica a Juan Ruiz Manero", *Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 9, pp. 311- 318.
- (2005) "El problema de la validez en Kelsen", en Kelsen, H., Bulygin, E. y Walter, R. (2005), pp. 99-118.
- (2006) *El positivismo jurídico*, México, Distribuciones Fontamara.
- Caracciolo, R. (1988), *El sistema Jurídico. Problemas actuales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- (1994), *La noción de sistema jurídico en la teoría del derecho*, México D.F., Fontamara.
- Celano, B. (1999), *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, Bologna, Sociedad Editrice Il Mulino.
- Coleman, J. (ed.) (2001), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press.
- Cornides, T. (1974,) *Ordinale Deontic*, Viena-Nueva York, Springer.
- Ferrer Beltrán, J. y Rodríguez, J. (2011), *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*, Madrid, Marcial Pons.
- Garzón Valdés, E. (1977), "Algunos modelos de validez normativa", *Revista Latinoamericana de Filosofía*, III, (1). Citado por la versión publicada en Garzón Valdés (1993), pp. 73-105.
- (1993), *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Green, L. (1996), "The Concept of Law Revisited", *Michigan Law Review*, 94, pp. 1687-1717.
- Hacker, P. (1977), "Hart's Philosophy of Law", en Hacker y Raz (1977), pp. 1-25.
- Hacker, P. y Raz, J. (1977), *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H.L. A. Hart*, Oxford, Clarendon Press.
- Hart, H. (1958), "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Harvard Law Review*, 71, pp. 593-629. Citado por la versión publicada en Hart (1983), pp. 593-628.
- (1961), *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press. Citado por la traducción castellana de Genaro Carrión, *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963.
- (1965), "Lon L. Fuller: The Morality of Law", *Harvard Law Review*, 78, pp. 1281-1296. Citado por la versión publicada en Hart (1983), pp. 341-364.

- (1968), “Kelsen’s Doctrine of the Unity of Law”, en Kiefer H. y Munitz, M. (eds.), *Ethics and Social Justice*, Albany, State University of New York Press. Citado por la versión publicada en Hart (1983), pp. 309- 342.
- (1983), *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press.
- (1994), “Postscript”, en *The concept of Law*, segunda edición, Oxford, Oxford University Press, pp. 238-276.
- Hilpinen, R. (ed.) (1971), *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings*, Dordrecht, Reidel.
- Himma, K. (2009), “Four Concepts of Validity. Reflections on Inclusive and Exclusive Positivism”, en Adler y Himma (2009), capítulo 5.
- Kanger, S. (1971), “New foundations for ethical theory”, en Hilpinen (1971), pp. 36-58.
- Kelsen, H. (1945), *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press. Citado por la traducción castellana de E. García Maynez, *Teoría General del Derecho y del Estado*, México D.F., UNAM, 1989.
- (1960) *Reine Rechtstheorie*, Viena, Franz Deuticke. Citado por la traducción castellana de Roberto Vernengo, *Teoría Pura del Derecho*, México D.F., UNAM, 1979.
- Kelsen, H., Bulygin, E. y Walter, R. (2005), *Validez y eficacia del derecho*, Buenos Aires, Astrea.
- Lindahl, L. (1977), *Position and Change. A Study in Law and Logic*, Dordrecht, Reidel Publishing Company.
- MacCormick, N. (1978), *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press.
- (1981), *H.L.A. Hart*, Londres, Edward Arnold. Citado por la segunda edición, Stanford, Stanford University Press, 2008.
- Marmor, A. (2009), *Social Conventions. From Language to Law*, Princeton, Princeton University Press.
- (2011), *Philosophy of law*, Princeton, Princeton University Press.
- Mendonca, D. (1992), *Introducción al análisis normativo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Nino, C. (1978), “Some confusions around Kelsen’s concept of validity”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 64, pp. 357-376. Citado por la versión disponible en Paulson (1999), pp. 253-262.
- (1985) *La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea.
- Paulson, S. (1999), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Oxford University Press.
- Perry, S. (2009), “Where Have All the Powers Gone? Hartian Rules of

- Recognition, Noncognitivism, and the Constitutional and Jurisprudential Foundations of Law”, en Adler y Himma (2009), capítulo 11.
- Raz, J. (1971), “The identity of the legal systems”, *California Law Review*, 59, pp. 795-815.
- (1974), “Kelsen’s Theory of the Basic Norm”, en Raz (1979), pp. 122–145.
- (1979), *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon Press.
- Rodríguez, J. y Vicente, D. (2009), “Aplicabilidad y validez de las normas del Derecho internacional”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, 32, pp. 177-204.
- Ross, A. (1957), “Tú – Tú”, *Harvard Law Review*, 70, pp. 812-825. Citado por la traducción castellana de Genaro Carrió, *Tú – Tú*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1961.
- (1958), *On Law and Justice*, London, Stevens. Citado por la traducción castellana de Genaro Carrió, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 4^a ed., 1977.
- (1961), “Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law”, traducción castellana de Genaro Carrió y Osvaldo Paschero, “El concepto de la validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural”, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, IV, pp. 47-93. Citado por la versión publicada en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, 12, 2008, pp. 199-220.
- Ruiz Manero, J. (1990), *Jurisdicción y normas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- (1991), “Normas independientes, criterios conceptuales y trucos verbales. Respuesta a Eugenio Bulygin”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 9, pp. 281-293.
- Shapiro, S. (2009), “What Is the Rule of Recognition (and Does It Exist)？”, en Adler y Himma (2009), capítulo 9.
- (2011), *Legality*, Cambridge, Bellknap Press.
- Waldron, J. (2009), “Who Needs Rules of Recognition？”, en Adler y Himma (2009), capítulo 12.
- Waluchow, W. (1994), *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Oxford University Press.
- Wright, G. H. von (1963), *Norm and action. A Logical Inquiry*, Londres, Routledge & Keagan Paul. Citado por la traducción castellana de P. García Ferrero, *Norma y Acción. Una investigación lógica*, Madrid, Tecnos, 1970.
- Zipursky, B. (2001), “The Model of Social Facts”, en Coleman (2001), pp. 219-270.