



Análisis Filosófico

ISSN: 0326-1301

af@sadaf.org.ar

Sociedad Argentina de Análisis Filosófico
Argentina

Schmill Ordoñez, Ulises

¿EXISTEN DOS CLASES DE NORMAS: REGULATORIAS Y DE COMPETENCIA?

Análisis Filosófico, vol. XXXIII, núm. 2, noviembre, 2013, pp. 186-210

Sociedad Argentina de Análisis Filosófico

Buenos Aires, Argentina

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=340031547004>

- 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

¿EXISTEN DOS CLASES DE NORMAS: REGULATORIAS Y DE COMPETENCIA?¹

ULISES SCHMILL ORDÓÑEZ

Instituto Tecnológico Autónomo de México

Resumen

El ensayo que presento intenta establecer la unidad conceptual entre las llamadas normas regulatorias y las normas de competencia. Para ello se hace una construcción conceptual de la norma jurídica y del orden jurídico, cuando existe una pluralidad de normas. Con base en ello se ofrece un esquema del orden jurídico que comprende tanto a las normas regulatorias como a las de competencia, estableciendo la unidad entre ambas clases de normas, considerando que las normas regulatorias son una parte de las normas de competencia, en tanto determinan el contenido de las normas inferiores creadas en el ejercicio de facultades jurídicas.

PALABRAS CLAVE: Normas de competencia y normas regulatorias; Esquema del orden jurídico; Proceso de creación de normas; Contenido de las facultades (competencias) jurídicas.

Abstract

The essay here presented tries to establish the conceptual unity between regulatory and empowerment norms. To that effect the path taken must be to carry out a conceptual construction of the legal norm and the legal order, when there exists a plurality of norms. Thereafter, one offers an outline of the legal order that encloses both regulatory and empowerment norms, thus establishing the unity between the latter two. Furthermore, one considers that regulatory norms are a subset of empowerment norms, so far as they determine the content of inferior norms created in the exercise of legal faculties.

KEY WORDS: Regulatory and empowerment norms; Outline of the legal order; Process of the creation of norms; Content of legal faculties.

0. Introducción

La finalidad de este ensayo consiste en la construcción conceptual de uno de los conceptos fundamentales de la teoría general del Derecho, cuya virtualidad explicativa no ha sido estudiada con la profundidad debida. Me

¹ Me es muy grato participar en este homenaje al gran jurista Eugenio Bulygin, con quien me liga una amistad de muchos años y una coincidencia fundamental en diversas concepciones jurisprudenciales y disciplinas afines.

refiero al concepto de la facultad.² Veremos que alrededor de este concepto existe la tendencia de muchos autores de utilizar la terminología de las modalidades deónticas de permisión, obligación y prohibición para caracterizar las funciones de la facultad. Esto no es correcto, como demostraré en este trabajo, lo que constituye una de sus finalidades principales.

Quiero hacer una advertencia: los esquemas que presentaré y explicaré en su significado representan los conceptos sobre el Derecho que quiero exponer en este ensayo, que en mi opinión corrigen algunos de los errores e imprecisiones que he encontrado en los escritos de varios juristas. Son una forma de exponer de manera muy sintética y resumida los conceptos sobre el Derecho que quiero presentar al público de los teóricos del Derecho. No son fórmulas matemáticas en sentido alguno ni ecuaciones de ningún tipo. Son simplemente esquemas conceptuales, como los que se escriben en un pizarrón cuando se está haciendo una exposición.

Entremos directamente al tema que nos va a ocupar en las siguientes páginas. Sin embargo, debemos prepararnos ante una amenaza que se cierne sobre nuestro pensamiento y que debemos hacer a un lado para intentar comprender el funcionamiento de las normas en un orden jurídico positivo. Pareciera que no es posible obtener un concepto unitario que permita comprender el contenido y las relaciones (funcionamiento) de las normas dentro de un orden jurídico, debido a la multiplicidad de formulaciones normativas aparentemente dispares y hasta contradictorias, expresadas en formas gramaticales en indicativo, en lenguaje prescriptivo, de manera condicional o en subjuntivo, etc. Sin embargo, es imprescindible proponer alguna conjetura o hipótesis que permita esa comprensión unitaria.

1. Construcción del concepto de norma jurídica

Debemos poner en claro desde el principio que nosotros consideraremos exclusivamente las normas positivas, es decir, aquellas creadas o puestas por un acto ilocucionario de un ser humano.³ Debemos tener presente que toda afirmación sobre las normas se realiza en el meta-lenguaje de la jurisprudencia dogmática (o positiva) o de la jurisprudencia

² Diversos autores utilizan terminología diferente para referirse al mismo fenómeno jurídico para el que nosotros usamos el nombre de facultad. Algunos usan la expresión “autorización”, otros “poder”, otros “competencia”. En alemán el término utilizado es “Ermächtigung”, cuya traducción al inglés es “empowerment”. En francés “normes d’habilitation”.

³ Cf. Austin (2002, p. 33); Kelsen (1946, p. 25; 1979, p. 15); Alchourrón y Bulygin (1991, p. 127).

general (o pura). El sentido o el significado de una formulación normativa es proporcionado por la jurisprudencia o por el órgano jurídico que al interpretar la formulación jurídica usa un metalenguaje dentro del lenguaje normativo. Podremos representar a la positividad⁴ de una norma (o la existencia de un mandato) con el siguiente esquema:

(1) V(acto(norma))

En forma esquemática y de manera más manejable escribiremos:

(1) V(a(n))

que expresa que con el acto *a* se ha creado una norma *n*.⁵ Debe entenderse que *a* es el acto ilocucionario que puede revestir diversas formas.⁶ Su producto es una *formulación normativa*, como objeto físico que encierra un conjunto de elementos susceptibles de ser interpretados. Si se comprende el sentido de las palabras o de los signos escritos de la formulación normativa, entonces ese sentido es una norma.

El esquema (1) contiene dos elementos o signos: “a” y “n”. A la relación entre ellos podemos darle un nombre: “existencia”. Por tanto,

(2) Ex = R₁(a, n)⁷

⁴ Kelsen (2009, p. 22) en contestación a una crítica formulada por Rudolf Smend en el sentido de que la teoría normativa del Estado de Kelsen carece de toda realidad, dijo lo siguiente: “Esta teoría (la Teoría Pura) ha indicado que el Estado es orden, concretamente orden normativo, orden jurídico, con lo que para ella el problema de la realidad del Estado coincide con el problema de la positividad del derecho. Precisamente bajo este punto de vista ha hecho ver el peculiar paralelismo que existe entre una esfera espiritual o ideal (la esfera del orden normativo como contenido ideal o estructura de sentido) y un ámbito del acontecer propio de la realidad natural: los actos humanos, es decir, anímico-corporales, actos que producen o conllevan los contenidos espirituales y que en cierta medida tienen que corresponderse con el sentido de esos contenidos.” Más adelante dice (p. 24): “Si yo (...) he limitado al orden ideal-normativo la existencia o realidad espiritual del Estado, es única y exclusivamente porque los actos humanos anímico-corporales que son portadores de ese contenido espiritual pertenecen al ámbito de la naturaleza”. (Cf. *infra* “1.2. Surgimiento de la norma”).

⁵ Cf. Kelsen (1979, pp. 18-19); Austin (2002, pp. 34 y 36); von Wright (1979, pp. 27 y 195).

⁶ Austin (2002, pp. 36 y 40); Kelsen (1979, pp. 20-21).

⁷ Este concepto de “existencia” difiere del concepto de Kelsen, que lo identifica con el concepto de “validez”, aunque matizando la expresión con un adjetivo: “existencia específica” (Kelsen 1979, p. 23).

Para complementar el esquema (1) debemos especificar las dimensiones de realización de la conducta “a”, pues toda conducta debe identificarse con arreglo a los elementos mínimos de sus dimensiones de realización. Para poder identificar una conducta es necesario especificar “quién” realiza la conducta, i.e. el sujeto de la conducta (p), qué conducta es la que realiza, i.e. la materia de la conducta (m), el tiempo de realización de la conducta (t) y el lugar o espacio donde se realiza (e). Con ello, el esquema (1) se transforma en

$$(3) V(a(p, m, t, e))$$

Este es un esquema muy simple de una formulación normativa, fácilmente comprensible por cualquiera que haya leído las líneas anteriores.

1.1. Pluralidad de normas

Pues bien, el orden jurídico no consta de una sola y única norma, sino de una pluralidad muy variada de normas. Si queremos representar esa variedad y multiplicidad de normas lo podemos hacer de manera muy sencilla señalando que los actos productores de normas son muchos, así:

$$(4) V(a_i(p, m(n_i), t, e)) \text{ donde } i=1,2,3\dots$$

Debe ser claro para el lector que cada a_i distinta generará una norma diferente.

1.2. Surgimiento de la norma

Este es el lugar adecuado para aclarar de dónde se obtiene la norma jurídica positiva. Comenzamos con el esquema (1) a(n) que no ofrecía ninguna dificultad. ¿De dónde surge la n en nuestro esquema (4)? La norma, en realidad, es la dimensión material del acto de promulgación o creación, es la dotación de sentido o significado material al acto ilocucionario de su producción. Si tenemos la realización de un acto de creación normativa, la dimensión material de realización del mismo es la formulación normativa, susceptible de ser interpretada en alguno de sus sentidos por el órgano jurídico, usando un meta-lenguaje, o por la jurisprudencia positiva o pura. El sentido de la formulación normativa es la norma que hemos representado con n. Entonces, en realidad, podemos adelantar un paso y decir que la proposición normativa (regla de derecho) tiene este esquema:

(5) $V(a_i(p, m (= n_i), t, e))$

En (5) hemos especificado el sentido del acto ilocucionario, hemos dotado de significación al acto, con lo que hemos obtenido la norma creada por ese acto y, porque nos conviene, hemos abstraído de todos los elementos del acto su sentido o significación. Nótese que tanto p , como t y como e son elementos reales que acompañan la realización del acto ilocucionario de la creación de la formulación normativa. Solo el sentido del acto no es algo real, sino ideal, o como dice Kelsen en su última obra, *ideell* (Kelsen 1991).⁸ Para aclarar esta expresión, debe tenerse en cuenta que Kelsen dice que con la expresión “validez” quiere significar “la existencia específica de la norma” (Kelsen 1979, pp. 23-24). Para expresar el sentido de la expresión “existencia específica” se vale del contraste con los elementos reales, naturales, del acto de producción de la norma. Dice:

Si la existencia específica de la norma es designada como su “validez”, recibe expresión así la modalidad particular en que se presenta, a diferencia de la realidad de los hechos naturales. La “existencia” de una norma positiva, su validez, es diferente de la existencia del acto de voluntad cuyo sentido objetivo ella es (Kelsen 1979, pp. 23-24).

En la *Teoría General de las Normas* en su traducción al inglés se dice:

To be valid in its specific –objective– meaning signifies ought-to-be-observed. The “validity” of a norm is its characteristic, *ideell*, existence (Kelsen 1991, p. 28).⁹

En consecuencia, la validez de una norma es el producto de una peculiar abstracción del sentido del acto ilocucionario de la creación de una formulación normativa. El sentido de la conducta es arrancado de los elementos materiales del acto ilocucionario y se le contempla como una entidad aparte, existente en un mundo ideal de los puros sentidos o significados. Se le coloca en un mundo distinto del real, a la manera de las ideas platónicas, sin generar substancialización alguna. Pero debe tenerse, conforme a Kelsen, palabras específicas para referirse a ese significado así abstraído.

⁸ Véase nota 9, *infra*.

⁹ En su idioma original, el texto es el siguiente: “‘Gelten’ in diesem spezifischen –objectiven– Sinne bedeutet: Befolgt-Werden-Sollen. Diese ‘Geltung’ einer Norm ist ihre spezifische, ideelle, Existence”.

1.3. Estructura de una pluralidad de normas

El orden jurídico consta de una pluralidad de normas, con ciertas relaciones entre ellas, que más adelante especificaremos. Para ello, es necesario exponer la forma en que dos o más de estas normas se relacionan.

Si relacionamos dos conjuntos de normas positivas cualesquiera, tenemos que considerar que caben entre ellas dos relaciones posibles:

- 1) coordinación, en un mismo plano, o
- 2) subordinación de un orden en el otro.

Podemos representar gráficamente las dos relaciones de la siguiente manera:

$$(6) \text{ Coordinación: } V(a_1(p, m(n_1), t, e)) \text{ ————— } V(a_2(p, m(n_2), t, e))$$

La subordinación la podemos representar de la siguiente manera:

$$(7) \text{ Subordinación: } V(a_1(p, m(n_1), t, e)) \\ \downarrow \\ V(a_2(p, m(n_2), t, e))$$

Si tenemos una norma positiva cualquiera $V(a_i(p, m(n_i), t, e))$ debemos preguntarnos de dónde deriva la capacidad de un sujeto p para que al realizar el acto a_i genere la norma mencionada. Para ser más explícito: tiene que existir algo que posibilite o capacite a un sujeto p para que al realizar el acto a_i se produzca la norma a la que me he referido. Si se trata de un orden normativo solo puede ser otra norma que faculte o capacite a p para crear la norma con la realización del acto a_i . En otros términos, tenemos que buscar y encontrar una norma que, con su contenido se refiera al acto ilocucionario a_i , otorgándole la cualidad de generar otra norma. Una norma que conforme a su sentido o semántica determine que el acto es capaz de generar otra norma. Debemos tener, entonces, una formulación normativa que contenga la especificación de un acto normativo, así:

$$(8) !Va(p, m, t, e)^{10}$$

¹⁰ Los signos “!” y “!” serán usados para indicar el tipo de acto lingüístico (aserción u orden) llevado a cabo por un hablante no especificado. Estos signos son meros *indicadores* de lo que el hablante hace cuando emite ciertas palabras, pero ellos no contribuyen al significado (esto es, al contenido conceptual) de las palabras usadas. Ellas muestran qué es lo que está haciendo el hablante, pero al hacerlo él no dice qué está haciendo; de esta manera esos indicadores no forman parte de lo que el hablante dice

Si, en consecuencia, deseamos eliminar el signo “!” exterior a la formulación verbal y consignar en el interior de esta un operador que indique inmanentemente que se trata de una norma, pues se utiliza un término normativo (el de la Facultad), esto lo podemos representar de la siguiente manera:

$$\begin{array}{cc} \text{(S)} & \text{(I)} \\ (9) \text{ V}(n_1 \text{ Fa}_2(p, m, t, e)) & \text{---} \text{ V}(a_2(p, m (=n_2), t, e))^{11} \end{array}$$

¿Qué concepto nos transmite (9)? (9) tiene dos esquemas a los que hemos bautizado como S (norma superior) e I (norma inferior) para poder identificarlos y referirnos a ellos. Si observamos (S) notaremos que se trata de una norma n_1 . Y esta norma según su contenido establece una facultad F que consistirá en la capacidad de crear una norma dependiente o de rango inferior por medio de la realización de la conducta o del acto o serie de actos que formen un procedimiento: $a_2(p, m(=n_2), t, e)$. En otros términos, la norma n_1 tiene por contenido la descripción de los actos a_2 y sus dimensiones de realización personales p, materiales m, temporales t y espaciales e, capaces de generar una norma en caso de que se lleguen a cabo. Por lo tanto, podemos afirmar que *el concepto de la facultad identifica a los contenidos de las normas jurídicas objetivas, con todos sus ámbitos de validez, que establecen los actos creadores de otras normas y sus contenidos*.

El segundo elemento del esquema (9) es la representación de la realización efectiva de la conducta a_2 con sus dimensiones de realización y que genera la norma n_2 . Es decir, $a_2(p, m (=n_2), t, e)$. Por lo tanto, n_1 es la norma que es el fundamento de validez de la norma n_2 . A la norma que es el fundamento de validez de otra norma (porque establece el acto o proceso de creación de la otra norma y determina su contenido) se la denomina *norma superior o norma precedente*. A la norma que es creada conforme el procedimiento y el contenido de la norma superior se la denomina *norma inferior o norma subsecuente*.

o lo que sus palabras significan, del mismo modo como en el lenguaje ordinario (escrito) el punto o los signos de interrogación o de exclamación no forman parte del significado de la oración, sino que indican qué se está haciendo con ella. La expresión “ \vdash ” indica que p es aseverado y “!p” que p es ordenado, mientras que “Op” es el símbolo para una norma en la concepción hilética, mientras que “!p” simboliza una norma en la concepción expresiva (Alchourrón y Bulygin 1991, pp. 123-124).

¹¹ Para no hacer más complicados los esquemas de los enunciados sobre normas y referirnos a estas directamente, prescindiremos de escribir el signo “V” que precede todo esquema, en el entendido de que todos los esquemas son enunciados jurisprudenciales.

1.4. Determinación del contenido de las normas inferiores

Hemos hablado en el párrafo anterior de que la norma superior determina el procedimiento y el contenido de la norma inferior, pero en nuestro esquema de la norma superior no está representado el contenido que ha de tener la norma inferior. Esto lo haremos en seguida.

Tenemos a la norma superior $n_1F a_2(p, m, t, e)$. Su contenido, su materia (si se prefiere, su significado) está representada por m . Aquí es donde debemos especificar la forma como el contenido de la norma superior determina a la norma inferior. Hay tres formas posibles en que la norma superior determina a la norma inferior:

- a) contenido *necesario positivo* de la norma inferior;
- b) contenido *necesario negativo* de la norma inferior; y
- c) contenido *posible potestativo* de la norma inferior.

Para no tener que escribir tantas palabras, demos una representación a cada una de estas determinaciones del contenido de la norma inferior. A la forma a) de determinar el contenido la simbolizamos con Lx , en donde el símbolo L está por el operador modal de *necesario*. En consecuencia, b) será $L-x$ y c) será $-L-x$. Por tanto, “es necesario x ” será (Lx) , “es necesario no- x ” será $(L-x)$, i.e. “está excluido x ”, y “se puede dar el contenido x ” se simboliza por $(-L-x)$. Con ello, nuestro esquema $n_1F a_2(p, m, t, e)$ se tiene que transformar en este otro:

$$(10) n_1F a_2(p, m(Lx, L-x, -L-x), t, e)$$

S

(10) es el esquema de una norma superior. Puede observarse que la norma n_1 (que establece la facultad de crear otra u otras normas inferiores) consta de dos partes claramente distinguibles: establece el procedimiento de creación de otra norma, lo cual se encuentra representado así: $a_2(p, -, t, e)$, mientras que la determinación de los contenidos necesarios, excluidos y potestativos de la norma inferior se encuentra representada de la siguiente manera: $m(Lx, L-x, -L-x)$. Toda norma superior S contiene los dos elementos: el procesal o adjetivo y el material o sustantivo.

Para presentar de una manera más fácil de visualizar el esquema (10), lo podemos representar de manera que aparezca, en primer término, las dimensiones de realización de los actos o procesos de creación y, en segundo término, las determinaciones de la norma superior sobre los contenidos de las normas inferiores:

$$(10^*) \quad n_1 F_{a_2(p_2, t_2, e_2, m_2(Lx, L\sim x, \sim L\sim x))}$$

parte adjetiva parte sustantiva

Es posible que los contenidos procesales o adjetivos y los materiales o sustantivos se encuentren formulados en cuerpos normativos diversos, los cuales deben concebirse como formando una unidad de conformidad con nuestro esquema (10). Un orden jurídico moderno es un conjunto muy abigarrado de normas superiores e inferiores, que en ocasiones resulta muy difícil unificar, porque dentro de un *corpus* normativo procesal o adjetivo pueden existir normas sustantivas y, también, en ocasiones un *corpus* de normas materiales o sustantivas contiene normas de carácter procesal. El problema es concebirlos de manera unitaria. También es posible que un *corpus* normativo contenga tanto la parte procesal como la parte sustantiva o material.

Tal es el caso de las constituciones modernas, que contienen los métodos de formación de las leyes y otras normas inferiores y la determinación de sus contenidos necesarios, excluidos o potestativos, que constituyen los llamados “derechos humanos o fundamentales”.

2. Esquema del orden jurídico

Con lo que antecede, podemos presentar la estructura de un orden jurídico moderno:

Esquema del orden jurídico

Norma o supuesto fundante básico (NFB o SFB):

$$(0) \quad n_B F_{a_{1,r}(p_1, t_1, e_1, m_1(=\emptyset))} \quad (\text{Kelsen})$$

$$(0^*) \quad S_B F_1^*_{(\text{esquema conceptual})}(a_{1,r}(p_1, t_1, e_1, m_1(=\emptyset))) \quad (\text{Schmill})$$

Proceso constituyente:

$$(1) \quad a_{1,r}(p_1, t_1, e_1, m_1(\neg n_1 F_2[a_{2,r}(p_2, t_2, e_2, m_2(z = Lx, L\sim x, \sim L\sim x))]))$$

Proc. constituyente Constitución parte orgánica parte dogmática

Proceso legislativo:

$$(2) \quad a_{2,r}(p_2, t_2, e_2, m_2(\neg n_2 F_3[a_{3,r}(p_3, t_3, e_3, m(w))](\pm n_1)))$$

Proc legislativo Ley

Proceso reglamentario:

$$(3) a_{3,r}(p_3, t_3, e_3, m_3(\underbrace{n_3}_{\text{Reglamento}} F_4[a_{4,r}(p_4, t_4, e_4, m_4(y))])(\pm n_1 \bullet n_2))$$

Proceso jurisdiccional:

$$(4) a_{4,r}(p_4, t_4, e_4, m_4(\underbrace{n_4}_{\text{Proc. jurisdiccional}} X^*[\underbrace{a_{5,r}}_{\text{Sentencia}}(p_5, t_5, e_5, m_5(x))])(\pm n_1 \bullet n_2 \bullet n_3))$$

Ejecución sentencia:

$$(5) a_{5,r}(p_5, t_5, e_5, m_5[x](\pm n_1 \bullet n_2 \bullet n_3 \bullet n_4))$$

3. El proceso constituyente y la Constitución

Más adelante se explicará la función de la “norma fundante básica” que se encuentra representada en (0) y se discutirá su aceptabilidad teórica. Comencemos con (1), que representa al proceso constituyente y a la Constitución positiva de un Estado en particular. Conforme a nuestro esquema, debe existir un acto y una norma creada, que es el significado del acto. Este acto creador de la norma no necesariamente es un acto unitario, sino que puede ser, y de hecho lo es en la mayoría de los casos, una serie de actos, i.e. un proceso o procedimiento. Para simplificar su lectura y comprensión tenemos

$$(11) a_{1,r}(p_1, t_1, e_1, m_1(-))$$

Proceso constituyente

Es el primer acto creador de una norma o pluralidad de normas de un orden jurídico positivo. El número “1” que se encuentra de manera inmediata después del símbolo “a” se refiere al nivel normativo en la pirámide de normas o, si se tiene una representación secuencial del mismo, es el primer término de la secuencia normativa. La segunda letra “r” se refiere a la pluralidad de actos del procedimiento respectivo, i.e. $r = 1, 2, 3 \dots n$. Las dimensiones de realización del acto que se analiza están representadas por “ p_1 ” (dimensión personal), “ t_1 ” (dimensión temporal), “ e_1 ” (dimensión espacial) y “ m_1 ” (dimensión material). Debe observarse que (2) representa la realización del acto o procedimiento de creación de una norma, establecido o determinado en la dimensión material de realización m_1 del acto creador de la norma precedente o superior. Hay una especial complicación en la dimensión material de realización del acto o proceso constituyente. Tiene esta forma:

$$(12) m_1(\subseteq n_1 F_2[a_{2,r}(p_2, t_2, e_2, m_2(z = Lx, L\sim x, \sim L\sim x))])$$

La dimensión material del acto constituyente es la Constitución misma: es el sentido o significado del conjunto de actos integrantes del proceso constituyente. Se dice que el acto constituyente “crea” o “produce” o “establece” la Constitución. Esta forma de expresión conduce a errores. Las normas constitucionales son la dimensión material de realización de los actos constituyentes. No hay un acto en un procedimiento jurídico que no tenga un contenido significativo, que es su dimensión material de realización. *Lo que se acostumbra llamar “norma” es el acto o el procedimiento mismo en su dimensión material de realización.* La norma es el producto de un “corte” realizado en las dimensiones de realización del acto correspondiente, organizado de acuerdo con un esquema normativo. En el esquema simplificado de $a(n)$, la norma es el significado del acto, es el contenido significativo del acto de habla o verbal. Por ello sería un error considerar a la norma jurídica como la “consecuencia jurídica” de un acto de promulgación, para emplear la terminología de von Wright, pues con ello se estaría suponiendo que los actos integrantes del proceso son vacíos, i.e. no tienen contenido o significación alguna. La dimensión material del acto constituyente es una norma o conjunto unitario de normas y tiene el subíndice “1” correspondientemente al índice del acto constituyente.

Esta norma n_1 , en el esquema, es una norma cuya función esencial es la de establecer facultades jurídicas, i.e. es un conjunto de normas de competencia $m_1(\subseteq n_1 F \dots)$. Si la norma constitucional es una norma de competencia, lo que significa que es una norma que establece facultades, entonces tiene que especificar los *actos o procedimientos con los cuales se van a crear las normas subsiguientes y sus contenidos* en la pirámide jurídica o en el orden secuencial de normas, $a_{2,r}$. En consecuencia,

$$(10) m_1(\subseteq n_1 F_2[a_{2,r}(p_2, t_2, e_2, m_2(z = Lx, L\sim x, \sim L\sim x))])$$

y los actos que son contenido de la norma constitucional $a_{2,r}$ deben tener especificados sus dimensiones de realización $(p_2, t_2, e_2, m_2(\cdot))$. Para emplear la terminología tradicional, la constitución n_1 establece los procesos de creación de las normas pertenecientes a la etapa subsiguiente, con todas sus dimensiones de realización (*parte orgánica*). Pero la constitución también posee lo que se denomina *parte dogmática*, que, según se dice, contiene los “derechos fundamentales” y otros contenidos políticamente importantes. En realidad, esta parte dogmática establece los contenidos

necesarios (Lx), los *excluidos* ($L\sim x$) y los *potestativos* ($\sim L\sim x$) de las normas subsiguientes en la pirámide o secuencia normativa.¹²

4. El proceso legislativo y la ley

Si nos fijamos ahora en el renglón subsiguiente del Esquema del orden jurídico, i.e. en (2) tenemos lo siguiente:

$$(2) \underset{\text{Proceso legislativo}}{a_{2,r}(p_2, t_2, e_2, m_2(\underbrace{\phantom{a_{3,r}(p_3, t_3, e_3, m(w))}}_{\text{Ley}}))(\pm n_1))}$$

Este esquema debe interpretarse de manera similar al del proceso constituyente, solo que ahora estamos frente al proceso legislativo establecido en la Constitución y realizado de manera efectiva. La ley creada por el proceso legislativo tiene un contenido determinado (regulación de la salud, de las instituciones financieras, impuestos, etc., i.e. leyes especiales) que hemos simbolizado con la letra w . La ley creada es n_2 , la cual se concibe estableciendo facultades a los órganos subsiguientes p_3 que realizarán los actos de aplicación de la ley. Por ello, la letra w se encuentra regida por la facultad correspondiente del órgano subsiguiente, puesto que la ley va a determinar cuál es el contenido de la norma subsiguiente. Aquí es necesario señalar algo de suma importancia: la expresión $\pm n_1$ colocada a continuación del paréntesis cuadrado significa que el proceso y el contenido de la ley w puede estar de acuerdo con el contenido de la Constitución (+) o en desacuerdo con él (-). Y así se va desarrollando progresivamente el condicionamiento de los actos inferiores. Se me podrá decir que no es correcto concebir todas las normas de la ley como siendo parte de los contenidos que establecen facultades. Es posible, pero debe observarse, por ejemplo, que el Código Penal es una ley que establece el contenido de la norma individual de la sentencia dictada por un juez siguiendo el procedimiento establecido en el Código adjetivo correspondiente. Por lo tanto, el Código penal, entendido como parte integrante de una norma que establece facultades, condiciona de manera sustantiva la validez de las resoluciones judiciales correspondientes. En el caso de que establezca obligaciones directas de sujetos que reúnan ciertas condiciones, de cualquier manera determina la validez del acto respectivo y condicionará la validez de la sentencia que llegare a dictarse en caso de

¹² Cf. Kelsen (1946, pp. 110-111 y 120) donde aparece la unidad nuevamente entre la estática y la dinámica jurídica, en relación con el problema de la regularidad de un acto o norma (Kelsen 1979, pp. 240-241, 245, 265, 274; 1949 pp. 130, 133, 134, 150).

una controversia sobre la regularidad del acto correspondiente. Por tanto, *las normas precedentes de la pirámide jurídica o de la secuencia correspondiente determinan las condiciones de validez de los actos subsecuentes, tanto adjetivas como sustantivas.*

Debe el lector percatarse de que cada uno de los renglones de nuestro esquema de un orden jurídico contiene normas que establecen facultades, i.e. actos o procedimientos de creación de normas inferiores o subsecuentes y sus contenidos. Este hecho consagra el concepto de la facultad jurídica (*Ermächtigung* en alemán y *Empowerment* en inglés). De modo inmediato debemos decir que la facultad es el contenido de una norma positiva, cualquiera que ella sea en la gradación del orden normativo. No hay facultad jurídica alguna que no sea el contenido de normas positivas. ¿Cuál es la función de este contenido normativo, distinto de los demás contenidos normativos que podemos calificar de obligatorios (O), permisivos (P), prohibidos (Ph), etcétera? La facultad se distingue de todos estos operadores deónticos porque todos ellos carecen de la función específica de la facultad, que consiste en *establecer el acto o procedimiento de creación de otra u otras normas y determinar el contenido necesario, excluido o potestativo de ellas.*

Solo nos falta explicar brevemente los esquemas (0) y (0*). Conforme a los esquemas propuestos se puede uno percatar que todo acto que ejercita o aplica una facultad se encuentra previsto en una norma superior o precedente, que lo especifica en sus dimensiones de realización. Por ello, Kelsen postuló una norma no positiva, sino hipotética, cuyo contenido determina al acto constituyente como el ejercicio de una facultad. Solo bajo esta presuposición es dado al conocimiento un orden jurídico y, con ella, se refuta la posición teórica del anarquismo, el cual es ciego a la normatividad del derecho.¹³ Esto explica el esquema (0).

El esquema (0*) postulado por mí significa que, desde el nivel lingüístico de la jurisprudencia, se tiene que construir un esquema o concepto de lo que es la normatividad, el cual debe proyectarse sobre los hechos brutos del ejercicio del poder para otorgarles el sentido normativo contenido en ese esquema. Con base en afirmaciones teóricas anteriores, la jurisprudencia debe crear un concepto de la normatividad, como lo han hecho Austin, Kelsen y Ross Anderson, y con él operar sobre los problemas históricamente planteados por la jurisprudencia. Lo que Kelsen afirma de su norma básica es posible aplicarlo al supuesto básico de la jurisprudencia postulado por mí, pues solo de esa manera es una cate-

¹³ Cf. Kelsen fundamentalmente 1987, pp. XLVII y ss.; 1934, pp. 135 y ss., 165; 1949, pp. 135 y ss.; 1979, pp. 205-217.

goría gnoseológica trascendental en el sentido de la filosofía kantiana, como afirma Kelsen, afirmación que es necesario aceptar. Esa hipótesis o esquema conceptual debe ser aplicado o utilizado sobre el campo de elementos (las normas positivas) que son el objeto de estudio de la ciencia del derecho. Lo único que hay que aclarar es que, en los esquemas que ahora se comentan, en su ámbito material de validez aparece una símbolo $m_1(=\emptyset)$, que significa que esa hipótesis no predetermina el posible contenido del acto constituyente, está vacío, lo que quiere decir que cualquier contenido puede ser jurídico y el constituyente no tiene limitación jurídica alguna para regular todas las materias, siempre y cuando prescindamos de considerar al derecho internacional y nos restringimos al derecho interno.

Si el presupuesto jurisprudencial básico “ S_{BF1}^* (esquema conceptual)” es una categoría gnoseológica trascendental, considerarla una norma contenida en el objeto de estudio de la jurisprudencia constituye una *hipótesis* injustificada, pues al concepto y esquema fundamental de la jurisprudencia se le hace parte del objeto, substancializando el concepto. La norma fundante básica (norma fundamental hipotética en los primeros escritos) es la hipóstasis del supuesto fundamental de la jurisprudencia, que consiste en considerar al derecho positivo como un conjunto de normas dinámico y coactivo.

5. Las dos partes de la teoría jurídica

La teoría pura sobre el derecho elaborada por Kelsen contiene dos partes claramente distinguibles: la que denomina “estática jurídica” y la que denomina “dinámica jurídica”. La primera conoce al derecho, a las normas jurídicas ya producidas y las analiza en sus elementos fundamentales, a partir de la hipótesis central de considerar al derecho como un orden coactivo de la conducta humana. Hace abstracción de la forma como se crean las normas y analiza la estructura interna de sus disposiciones a partir de su hipótesis central: el derecho como orden coactivo. Puede coincidir parcialmente con la “concepción hilética” de los juristas argentinos Alchourrón y Bulygin o por lo menos la supone (Alchourrón y Bulygin 1991, pp. 122 y ss.).

Con ello, el primer concepto que en la estática jurídica analiza es el concepto de sanción coactiva, del cual dependen los demás conceptos fundamentales. Esta es la revolución que introdujo Kelsen en la teoría jurídica. Evidentemente no es el único autor que comprende a las normas jurídicas en relación con las sanciones y la coacción, i.e. con el uso de la fuerza en las relaciones humanas. Todos los autores, desde Grocio, Pufen-

dorf, Hobbes, Bentham, Austin, Jellinek, Weber, Ihering, von Wright, García Máynez, Alchourrón y Bulygin, Atienza, Ruiz Manero, Hart, incluso Ross, conciben a las normas jurídicas, que establecen fundamentalmente obligaciones y derechos subjetivos, garantizadas en su efectividad por la coacción. Implícitamente conciben al derecho como normas cuyo destinatario son los particulares y no los órganos del Estado. Esto determina que conciben al Estado, entendido como aparato de poder o coacción, como independiente del derecho, aunque conectado con él de manera esencial como su garante y creador.¹⁴

La gran novedad de Kelsen fue considerar que la coacción, la sanción coactiva, era un contenido que formaba parte integrante de las normas jurídicas, no relacionado con ellas como algo anexo y externo. Introdujo en los enunciados descriptivos de las normas el contenido que antes se atribuía al Estado, el poder. Salvo parcialmente Bentham y Austin, los conceptos deónticos fundamentales de la obligación, la permisión y la prohibición, Kelsen los construyó a partir de considerar, en los enunciados condicionales de la jurisprudencia, al derecho formado por normas que contenían a la sanción coactiva, contenido que colocó en la consecuencia de dichos enunciados condicionales de la jurisprudencia. Alan Ross Anderson (1967, pp. 147 y ss.) generó una lógica deóntica, con base en la lógica modal, a partir de considerar a la sanción coactiva como una constante que aparece en la consecuencia de los enunciados condicionales sobre las normas, de la misma manera que antes lo hicieron Austin (1994, pp. 184, 183 y 187-188) y Kelsen (1946, pp. 52, 53-57, 69-91; 1979, pp. 123 y ss., 129 y ss., 138 y ss., 178 y ss.; 1934, pp. 61-99). Este autor afirma que el acto descrito en el antecedente de la proposición jurídica es el delito, o acto ilícito o prohibido, en general, antijurídico (expresión conceptualmente incorrecta). La proposición jurídica que describe la conducta opuesta a la prohibida es el concepto de obligación o deber jurídico (*Pflicht* en alemán). De los diversos enunciados que describen los contenidos de la obligación, la ilicitud y la permisión, deriva el concepto de los derechos subjetivos como reflejos subalternos de esas funciones jurídicas, para arribar a la consecuencia de que no son autén-

¹⁴ Cf. von Wright (1979, p. 27) donde expresamente se dice: "Para dar efectividad a su voluntad, la autoridad añade una sanción, o amenaza, o castigo a la norma". Todos los autores que conciben que el derecho regula la conducta de los particulares y que toman como conceptos centrales a la *obligación*, el *derecho subjetivo*, y la *permisión* para describir los contenidos del orden jurídico tienen que aceptar que el Estado es un elemento externo al derecho, pero que lo determina. Debemos exceptuar de esto a Hobbes, Bentham y sobre todo Austin.

tivos derechos subjetivos, sino una forma de expresar las funciones deónticas analizadas. Ej.: el derecho del acreedor no es otra cosa que la obligación del deudor individual contemplada desde la perspectiva de los intereses de su contraparte. Debemos considerar a Bentham como el autor que con toda claridad expuso una tesis similar a la de Kelsen (Lindahl 1977, p. 15 y ss.).

6. Relaciones entre las normas de competencia y las regulatorias

Hay una conexión central y muy clara entre los conceptos estudiados en la estática jurídica y los estudiados en la dinámica jurídica. Considerar al derecho como un orden coactivo de la conducta humana implica, como hemos dicho, colocar en las proposiciones jurídicas condicionales a la sanción coactiva en el consecuente de dichas proposiciones. Pero la sanción coactiva tiene que estar establecida, creada, en una norma individual, por ejemplo, en la sentencia de un juez penal, con fundamento en la ley penal correspondiente. Por lo tanto, esta ley penal está regulando la conducta del juez, indicándole las sanciones que ha de imponer para el caso que determine, en el antecedente de su sentencia, que un sujeto ha cometido un delito. La sanción coactiva no está determinada causalmente por el delito, pues no es un efecto; es una decisión del órgano jurídico, cuyo fundamento se encuentra en el Código Penal. Si se concibe al derecho con base en el concepto de la facultad, se comprenderá al derecho como un orden positivo y graduado de normas coactivas, cuyo destino directo y principal son los órganos del Estado y solo de modo derivado los particulares (Kelsen 1987).¹⁵

Hay otra conexión con la dinámica jurídica cuando Kelsen analiza el concepto auténtico del derecho subjetivo en sentido técnico. Lo concibe como el contenido de la norma jurídica que establece la querella o la acción procesal como participación en el proceso de creación de una norma individual llamada “sentencia”. Los derechos políticos en una democracia los concibe igualmente como la posibilidad jurídica de participar en los procesos de creación de normas generales. Como puede observarse, el concepto de derecho subjetivo lo determina con base en el concepto de la facultad, tal como lo hemos expresado anteriormente.

Es un grave error concebir a la estática jurídica independiente de la dinámica jurídica, por la sencilla razón de que todo contenido norma-

¹⁵ Tesis que ha sido retomada por Ross (1963).

tivo analizado en la estática tuvo que ser creado por un acto o proceso que ejercita una facultad.¹⁶ Solo para fines analíticos y expositivos se debe aceptar la concepción diacrónica, separada de ambas partes. Pero una concepción sistemática (sincrónica) de ambas no solo es posible y productiva, sino necesaria. Transcribiré a continuación un párrafo de Kelsen de gran exactitud y prolijidad:

Las normas generales producidas por vía de legislación (como leyes u ordenanzas), o por vía de la costumbre, tienen que ser aplicadas por los órganos competentes para ello, los tribunales y los órganos administrativos. Estos órganos aplicadores del derecho tienen que estar determinados por el orden jurídico, es decir, tiene que determinarse bajo qué condiciones un determinado hombre actúa como tribunal o como funcionario administrativo; pero también tiene que determinarse el procedimiento por el cual ejercerá su función: la aplicación de normas generales (...). Las normas generales aplicables por los órganos judiciales o administrativos tienen, por ende, una función doble: 1) determinar esos órganos y los procedimientos que deben observar, y 2) determinar el contenido de las normas individuales producidas en los procedimientos judiciales y administrativos. Estas dos funciones corresponden a ambas categorías de normas jurídicas entre las cuales es usual distinguir: las normas del derecho de forma y las normas del derecho de fondo (o sustantivo o material). (...) El derecho de fondo y de forma están inescindiblemente entrelazados. Solo en su enlace orgánico configuran el derecho regulador de su propia producción y aplicación (...) si un órgano, cuya designación está determinada en una norma general, establece en un procedimiento determinado por una norma jurí-

¹⁶ Por ello, no estamos de acuerdo con la afirmación de Kelsen: "A la luz del concepto dinámico, el derecho es algo creado a través de un determinado proceso, siendo jurídico todo lo creado de esta manera. El concepto dinámico, sin embargo solo en apariencia es un concepto del derecho. No contiene, en efecto, ninguna respuesta a la pregunta sobre la esencia de lo jurídico, ni ofrece un criterio para distinguir el derecho de otras normas sociales" (Kelsen 1949, p. 144). Sin embargo, unifica el concepto dinámico del derecho con el concepto estático del mismo cuando dice: "Las normas de la Constitución material únicamente son derecho en su conexión orgánica con aquellos preceptos sancionadores creados de acuerdo con ellas. Lo que, desde un punto de vista dinámico, es creación de una norma general determinada por otra superior, la Constitución, desde el punto de vista estático representa una de las condiciones a las que la sanción es enlazada como consecuencia en la norma general, la cual, desde el punto de vista dinámico, está subordinada a la Constitución. En una exposición estática del derecho, las normas superiores que integran la Constitución se hallan, por decirlo así, proyectadas, como partes, en las inferiores" (Kelsen 1949, p. 170).

dica general, que se ha producido un hecho al cual una norma jurídica general enlaza determinada sanción, entonces ese órgano debe ordenar, en un procedimiento determinado por una norma general, la sanción determinada por la norma jurídica general previamente mencionada. Esta formulación del enunciado jurídico penal muestra —y allí reposa una función esencial del enunciado jurídico descriptivo del derecho— la conexión sistemática existente entre el llamado derecho de forma y el llamado derecho de fondo; entre la determinación del delito y la sanción, por una lado, y la determinación del órgano de aplicación y sus procedimientos, por el otro (Kelsen 1979, pp. 240-241).

Si unificamos los conceptos de la estática con los de la dinámica en nuestros esquemas, nos encontramos con el siguiente esquema de una ley:

$$(2^*) \underset{\text{Proc. legis.}}{a_{2,r}}(p_2, \underset{\text{Ley}}{t_2}, e_2, m(=\underset{\text{Parte adjetiva}}{n_2} \underset{\text{Parte sustantiva}}{F_3}[a_{3,r}(p_3, t_3, e_3, m(w=S(x) \leftarrow \text{Ph}(y); \text{ergo } O(-y)] \underset{\text{norma secundaria}}{\quad}))$$

En (2*) hemos aglutinado las dimensiones de realización del proceso legislativo que entrañan la creación de una norma y hemos colocado al final la dimensión material para visualizar de manera más clara la unidad entre las normas procesales y las sustantivas; w es el nombre de la norma sustantiva que establece una sanción $S(x)$ si se constituye al acto que es su condición $\text{Ph}(y)$. En consecuencia, se afirma que se está obligado a realizar la conducta contraria a esa condición $O(-y)$.

Pero esto entraña un grave peligro de comprensión que puede contaminar la totalidad de la teoría, peligro que expondremos a continuación.

7. Concepción sincrónica de la estática y dinámica jurídicas

Llamaré “concepción sincrónica” al intento teórico de comprender los conceptos de la dinámica jurídica de forma sistemática con los conceptos obtenidos de la Estática jurídica. Ruego al lector vea el esquema (1) que expresa el concepto de la Constitución positiva. El intento de hacerlo puede ser muy fructífero, pero entraña un peligro serio, que expondré a continuación y que hay que evitar.

El grave error que puede cometerse en esta concepción sincrónica de la estática y la dinámica jurídicas consiste en subsumir los conceptos de la dinámica, en especial, la determinación de los contenidos necesarios Lx en el concepto de la obligación, de los contenidos excluidos $L-x$ en

el concepto de prohibición y de los contenidos potestativos $-L-x$ en el concepto de permisión. Por tanto, el error consiste en aceptar y concebir como correctas las siguientes identidades:

$$\begin{aligned} Lx &= O_x \\ L-x &= Phx \\ -L-x &= Px \end{aligned}$$

Con ello, se olvida que la función específica de la facultad jurídica es el establecimiento de los procesos de creación de otras normas y la determinación de sus contenidos y se olvida también que la Ph , la O y la P solo tienen sentido en relación con una consecuencia sancionatoria coactiva, de la que carece el concepto de la facultad, la cual es independiente de dicha consecuencia. Además, estos conceptos deónticos no tienen en su intensión lógica referencia alguna a la función creativa de normas, por lo que son totalmente inaplicables a la facultad.¹⁷

Veamos ahora la línea (2) de nuestro Esquema del Orden Jurídico. Tiene los mismos elementos que la línea (1) de la Constitución, solo que ahora se está en presencia del proceso legislativo llevado a cabo por el Parlamento o el Congreso y las normas creadas son las diversas leyes de múltiples contenidos. Entonces, se comprende fácilmente que en el nivel (2) de las leyes, estas también son normas que establecen facultades, que determinan el procedimiento de creación y los contenidos de las normas de nivel inferior, como los reglamentos, las resoluciones administrativas y las sentencias de los tribunales. El contenido de la ley (civil, penal, administrativo, bancario, impositivo, ecológico, etc.), está simbolizado por $m(w)$ y son normas coactivas. Por tanto,

$$(2) \underset{\text{Proc. legis.}}{a_{2,r}}(p_2, t_2, e_2, m(\underset{\text{Ley}}{=n_2 F_3}[\underset{\text{Proc. jurisd.}}{a_{3,r}}(p_3, t_3, e_3, \underset{\text{n. sust.}}{m_3(w)}](\pm n_1)))$$

Separando la representación del procedimiento respecto de la norma, que es su sentido, las palabras debajo del esquema (2) significan que lo que se encuentra arriba de ellas representan lo siguiente: en primer término, el proceso legislativo, en segundo término la Ley (como conjunto de normas que son el sentido del proceso), en tercer término el proceso jurisdiccional tal como está previsto en la norma general de la ley y en cuarto

¹⁷ Cf. Lindahl (1977, p. 202) donde explica el concepto de Bentham de poder y dice: "Bentham maintains, consequently, that the concept of *power* can generally be explicated in terms of *permission* so far as power to issue mandates is concerned".

término las normas sustantivas, en el ejemplo, del Código Penal o del Civil, o de cualquier otra índole. Esto demuestra la concepción sincrónica (i.e. sistemática) de los conceptos de la estática y la dinámica, pero los mantiene distinguidos. No son departamentos estancos y sin comunicación.

Una última observación respecto de nuestro esquema del orden jurídico. Al final de cada renglón encontramos símbolos de esta configuración: $(\pm n_1, n_2 \dots)$. Esto significa que tanto el procedimiento como el contenido sustancial de la norma creada pueden concordar con las determinaciones de las normas superiores o condicionantes, tanto en parte adjetiva como en la parte sustantiva. Pueden ser regulares (+) o irregulares (-) en relación con las normas superiores que las condicionan. La irregularidad debe estar establecida positivamente por el órgano facultado o competente para ello, por ejemplo, un tribunal constitucional. La sentencia o resolución que emita la autoridad competente puede fundarse de dos maneras: una, de carácter adjetivo, anulando la norma que ha determinado como irregular por violación al procedimiento de su creación o aplicando normas sustantivas por no tener el contenido necesario Lx establecido en la Constitución, por contener el contenido excluido L-x, o bien puede sancionar a los titulares de los órganos encargados de emitir la norma irregular. La nulidad se encuentra coordinada con la irregularidad y es su específica consecuencia, la cual, como bien lo aprendió Hart de Kelsen, no es una sanción. La nulidad debe entenderse como consecuencia jurídica de la determinación de una irregularidad adjetiva o sustantiva y consiste en una modalidad del ámbito temporal de validez de la norma irregular, esencialmente en la determinación de la fecha final de su validez. Solo se puede nulificar una norma existente positiva, no una norma no existente, pues esta no es norma alguna. Esta es la razón por la que Kelsen inventó su tesis, tan criticada, de la *cláusula alternativa tácita*, de la cual no nos ocuparemos ahora.

Un ejemplo ilustrativo de la no identidad de la determinación de un contenido necesario Lx con Ox es el que se acaba de exponer en relación con el Parlamento. Si se determinara que el contenido necesario (Lx) fuera una obligación, la irregularidad sería incumplimiento y su consecuencia sería la condición para el establecimiento de una sanción al sujeto que emitió irregularmente la norma. Pensemos en un Parlamento que emite una ley que es considerada inconstitucional por el tribunal competente para juzgar sobre la regularidad de las normas generales. Si la estima irregular por su no concordancia adjetiva o sustantiva con las normas constitucionales, el tribunal simplemente anula la norma irregular para el caso concreto o de manera general deroga la norma. Se incurre en una contradicción conceptual si se juzgara que el contenido Lx fuera una obli-

gación y su no concordancia en el caso no produjera la sanción del Parlamento, lo cual no sería posible. La obligación y su incumplimiento están relacionados esencialmente con la consecuencia coactiva y su concepto se especifica con base en ella. Sin consecuencia coactiva no hay ni obligación ni incumplimiento. De igual manera, el contenido excluido opera de manera análoga y su inobservancia no está prohibido, i.e., $L-x \neq Ph-x$. Por otra parte, en principio carece de sentido la iteración de los operadores deónticos, como OOp, PhPhp, PPx, pero tiene sentido y es correcto pensar en los múltiples ejemplos en que el ejercicio de una facultad o competencia es obligatorio, o prohibido o permitido, de manera que tiene pleno sentido expresiones como OFx, PhFx o PFx. El juez es juez por estar facultado para dictar sentencias como acto final de un procedimiento jurisdiccional, pero se requiere de otra norma que sancione el ejercicio de esa facultad para convertirla en obligatoria, por ejemplo, fuera del término establecido en la ley para emitirla o por haberlo hecho con base en la recepción de un dinero por parte de una de las partes. Hay facultades de ejercicio obligatorio o de ejercicio prohibido.

Todas las tesis expuestas se encuentran basadas en la teoría de Kelsen y podría ilustrarlas con párrafos expresos de sus obras. El gran mérito de Hart es haber comprendido con pulcritud estas tesis relativas al concepto de la facultad y repetir las afirmaciones de Kelsen. Veamos. Dice:

Una constitución que efectivamente limita las potestades legislativas de la suprema legislatura del sistema no lo hace (o, en todo caso, no es necesario que lo haga) imponiendo a aquella el deber de no intentar legislar de ciertas maneras; en lugar de ello establece que la pretendida legislación será nula. No impone deberes jurídicos sino establece incompetencias jurídicas. “Límites” no significa aquí la presencia de un *deber* sino la ausencia de potestad jurídica (Hart 1968, p. 86).

Dice Hart que tales límites a la autoridad legislativa son “parte de la regla que confiere autoridad para legislar y tienen vital interés para los tribunales, ya que estos utilizan tal regla como criterio para decidir acerca de la validez de los actos pretendidamente legislativos que llegan a su conocimiento” jurídica (Hart 1968, pp. 86-87). Concluye su concepto de esta manera:

En primer lugar, las limitaciones jurídicas a la autoridad legislativa no consisten en deberes impuestos al legislador de obedecer a algún legislador superior, sino en incompetencias establecidas en reglas que lo habilitan para legislar (Hart 1968, pp. 86-87).

Hart entiende con claridad la dualidad de conceptos deónticos que encuentran su deducción a partir del concepto del orden coactivo (estática jurídica) y los derivados de las reglas que confieren potestades, que son las reglas que, en nuestro lenguaje, confieren facultades (dinámica jurídica). Concluye con estas palabras:

Lo que hace falta, en cambio, es la noción de regla que confiere potestades, que pueden ser limitadas o ilimitadas, a personas que reúnen ciertos requisitos, para legislar mediante la observancia de cierto procedimiento (Hart 1968, p. 96).

Y habría que agregar: o de ciertos contenidos sustanciales. Muchas de sus expresiones no son correctas, pero no entraremos a esa crítica insubstancial.

8. Una conjetura explicativa

Quiero hacer una conjetura, que puede ser ilustrativa del trasfondo emocional y conceptual de las identificaciones que hemos rechazado. Es sabido que diversos autores definen los conceptos deónticos con base en la permisión, como operador determinante de los demás o con la obligación en ese lugar. Aprovechando estas definiciones, Ross Anderson procede audazmente para construir una lógica deóntica, adicionando una constante proposicional a una lógica modal alética, simbolizada con “S” y un axioma adicional MNS, cuyo significado es “S es posible que sea falso”. Con ello, define la permisión de x, Px, como MKx-S, usando la notación polaca, que significa “es posible que X y no-S” o “es posible que X sea verdadera y no se imponga la sanción”. Ox es la abreviación de -P-x que se traduce como “no-x no está permitido”. La prohibición de x es muy sencilla: Phx es igual a -Px, o sea, “x no está permitido”.

Si (1) hacemos una interpretación de los operadores modales de la posibilidad “M” y de la necesidad “L” con base en la propuesta de Saul Kripke de los mundos posibles (Snyder 1971, pp. 97-124), considerando que “Lx” es verdadera en todos los mundos alternativos posibles y que “Mx” es verdadera por lo menos en un mundo alternativo posible y si (2), adicionalmente, interpretamos que las diversas gradas de la pirámide jurídica, tal como la he expuesto en el esquema del orden jurídico, son los mundos jurídicos alternativos, (3) entonces podemos obtener una interpretación de Ox que es paralela a la interpretación de Lx, de la siguiente manera: si en una norma superior aparece Ox, entendida como -P-x, se obtiene que es equivalente a LC-xS, (teorema 11, Ross

Anderson 1967, p. 172), es decir, es necesario que si no-*x* es verdadero también lo es *S*. De manera más coloquial: la omisión de *x*, -*x*, entraña la sanción *S*, o es necesario que si se realiza no-*x* se aplique la sanción *S*. Pero si en una norma superior se encuentra establecida la obligación LC-*xS*, esto significa que en todas las normas inferiores de la pirámide, si se encuentra -*x* ha de encontrarse también *S*. Es la determinación condicionante de las normas inferiores en cuanto a su contenido. Paralelamente, en la norma que establece una facultad, primeramente, el contenido *Lx* no se encuentra definido como *Ox*, pues no se adjunta sanción alguna al mismo y, por tanto, solo determina ciertos contenidos que han de tener todas las normas inferiores. Este paralelismo es el que puede motivar que se identifique *Ox* con *Lx*, a pesar de ser radicalmente diferentes. Un razonamiento similar puede hacerse con el contenido excluido *L-x* y que no puede identificarse con una prohibición *Phx*, que en su expresión simbólica es LC*xS* (es necesario que si se establece *x* entonces tiene que establecerse la sanción *S* como consecuencia), completamente coincidente con el concepto en las teorías de Austin y Kelsen. Si se llegara a encontrar *x* en una norma inferior, esto contradiría el sentido de la determinación de la norma superior *L-x* y la consecuencia de ello sería el establecimiento de una irregularidad sustantiva por el órgano encargado del control de la regularidad, el cual tendría que anular la norma o el acto cuyo significado contradice la determinación de la norma superior.

Con base en los conceptos expuestos en este ensayo es posible tomar posición (lo que no se hará en este pequeño ensayo) respecto de posturas teóricas de otros autores como Bulygin (1991, pp. 485 y ss.); Atienza y Ruiz Manero (1996, pp. 45 y ss.); Ross (1963, pp. 160 y ss.; 1968, pp. 119 y ss.); Hart (1968, pp. 82 y ss.); Alexy (1993, pp. 227 y ss.); Tusseau (2006, pp. 306-307); Lindahl (1977, pp. 194 y ss.); MacCormick (2007, pp. 153 y ss.); Weinberger (1988, pp. 64 y ss.).

Con el objeto de no extendernos más en este trabajo, a manera de conclusión, podemos afirmar que tanto los conceptos deónticos como los de las normas de competencia, contruidos con base en el concepto de la facultad, son necesarios e imprescindibles para comprender a los órdenes jurídicos positivos. Claramente está presupuesto el rechazo a cualquier tesis iusnaturalista, por la imposibilidad de aplicar y hacer funcionar en los contenidos posibles de sus supuestas normas, el concepto de la facultad.

Bibliografía

- Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. (1991), “La concepción expresiva de las normas” en *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (1993), *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (1996), *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel.
- Austin, J. (1994), “Primera lección de ‘la delimitación del ámbito de la teoría del derecho’”, en Casanovas, P. y Moreso, J. J. *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Barcelona, Crítica.
- (2002), *El Objeto de la Jurisprudencia*, Páramo Argüelles, J. R. (trad.), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Bulygin, E. (1991), “Sobre las normas de competencia” en *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Hart, H. L. A. (1968), *El concepto del derecho*, Carrió, G. R. (trad.), Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- Kelsen, H. (1934), *Teoría General del Estado*, Editorial Labor, Trad. Luis Legaz Lacambra.
- (1946), *La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, Buenos Aires, Losada, Tejerina, J. G. (trad.), (Hay una nueva traducción al español hecha por Robles, G. y Sánchez, F. F. con el título *Teoría pura del derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*, Trotta, 2011.)
- (1949), *Teoría general del Derecho y del Estado*, México, Imprenta Universitaria, Trad. Eduardo García Máynez.
- (1979) *Teoría pura del derecho*, Vernengo, R. J. (trad.), México D. F., Universidad Nacional Autónoma de México.
- (1987), *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica*, Roces, W. (trad.), México, Porrúa, notas, revisión y presentación de Uli- ses Schmill.
- (1991), *General Theory of Norms*, Oxford, Clarendon Press, trad. Michael Hartney. Versión original: *Allgemeine Theorie der Normen*, Viena, Maanzsche Verlags und Universitätsbuchhandlung, 1979.
- (2009), *El Estado como integración. Una controversia de principio*, García Amado, J. A. (trad.), Madrid, Tecnos.
- Lindahl, L. (1977), *Position and Change. A Study in Law and Logic*, Dordrecht, Reidel.

- MacCormick, N. (2007), *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press.
- Ross, A. (1963), *Sobre el derecho y la justicia*, Carrió, G. (trad.), Buenos Aires, Eudeba.
- (1968), *Directives and Norms*, Londres, Routledge & Kegan Paul.
- Ross Anderson, A. (1967), "The formal Analysis of Normative Systems", en Rescher, N. (ed.), *The Logic of Decision and Action*, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press.
- Snyder, D. P. (1971), *Modal Logic and its applications*, Nueva York, Van Nostrand Reinhold.
- Tusseau, G. (2006), *Les Normes d'Habilitation*, París, Dalloz.
- Weinberger, O. (1988), *Norm und Institution. Eine Einführung in die Theorie des Recht*, Viena, Manz.
- Wright, G. H. von (1979), *Norma y acción. Una investigación lógica*, García Ferrero, P. (trad.), Madrid, Tecnos.