

SOBRE LAS NORMAS IRREGULARES. UN ASPECTO DE LA REALIDAD JURÍDICA

Marcela Chahuan Zedan

Per citar o enllaçar aquest document:

Para citar o enlazar este documento:

Use this url to cite or link to this publication:

<http://hdl.handle.net/10803/671372>

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

WARNING. Access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.



TESIS DOCTORAL:

SOBRE LAS NORMAS IRREGULARES.

UN ASPECTO DE LA REALIDAD JURÍDICA

Marcela Chahuan Zedan.

2016



TESIS DOCTORAL:

SOBRE LAS NORMAS IRREGULARES.

UN ASPECTO DE LA REALIDAD JURÍDICA

Marcela Chahuan Zedan.

2016

PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO, ECONOMÍA Y EMPRESA

Dirigida por: Jordi Ferrer Beltrán

Tutor: Jordi Ferrer Beltrán

Memoria presentada para optar al título de doctora por la Universidad de Girona.

ABREVIATURAS

RR1: Reine Rechtslehre, 1ª ed. (Hans Kelsen)

RR2: Reine Rechtslehre, 2ª ed. (Hans Kelsen)

DER: Derogation (Hans Kelsen)

LL: Law and Logic (Hans Kelsen)

ATN: General Theory of Norms (Hans Kelsen)

NS: Normative Systems (Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin)

CAT: Cláusula Alternativa tácita

LOT: Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de España.

A mis padres

ÍNDICE

RESUMEN:	1
INTRODUCCIÓN.....	3
Primera parte.....	8
METATEORÍA	8
1. Sobre el concepto de validez	8
1.1. El concepto de validez en Kelsen	10
1.2. Validez como conformidad a las normas de producción.....	25
2. Sobre la existencia jurídica	28
2.1. Existencia jurídica, también un concepto controvertido.....	29
2.2. Existencia como una cuestión fáctica	35
2.3. El hecho que da lugar a la existencia jurídica: la formulación de la autoridad normativa competente.	37
3. Sobre la pertenencia de las normas a un sistema jurídico.....	44
3.1. ¿Validez implica pertenencia, o existencia implica pertenencia?	44
3.2. Distintos criterios para distintos modos de entender la “pertenencia” de las normas a un sistema jurídico.....	54
4. Aplicabilidad de las normas	57
4.1. El concepto de aplicabilidad de Bulygin	58
4.2. Algunas precisiones o críticas a la propuesta de Bulygin	60
4.3. Aplicabilidad externa y aplicabilidad interna de una norma	62
4.4. Algunas observaciones a la aplicabilidad como respuesta al fenómeno de las normas irregulares.....	66
5. Excursus: validez como resultado institucional: observaciones a la propuesta de Atienza y Ruiz Manero.....	70
5.1. Algunas observaciones a la propuesta de validez como resultado institucional	73
Segunda parte.....	76
LA TESIS DE LA CLÁUSULA ALTERNATIVA TÁCITA COMO RESPUESTA AL PROBLEMA DE LAS NORMAS IRREGULARES: ¿UNA AUTORIZACIÓN?	76
1. La tesis de la cláusula alternativa tácita en la Teoría Pura del Derecho de Kelsen.....	78

2.	Impacto de la tesis de la cláusula alternativa tácita en la teoría jurídica: críticas y defensa..	88
2.1.	Críticos: incompatibilidad con la teoría del derecho de Kelsen.....	90
2.2.	En defensa de la tesis cláusula alternativa tácita	100
3.	Observaciones a la tesis de la cláusula alternativa tácita: ¿una autorización o la descripción de ciertas decisiones de las autoridades normativas?	110
3.1.	“Distintos Kelsen” tras las distintas posturas del debate	110
3.2.	El error principal de esta tesis: formularla como si se tratase de una autorización/norma	125
3.3.	Otro problema: ausencia de la distinción entre validez y existencia jurídica	130
3.4.	Una aclaración: la tesis de la cláusula alternativa tácita subraya la competencia del órgano	131
3.5.	Un aspecto que rescatar: la vinculación con los mecanismos de control de la regularidad	134
	Tercera parte	138
	ELEMENTOS PARA UNA NOCIÓN DE NORMA IRREGULAR	138
1.	Irregularidad relativa a las normas sobre producción jurídica:	139
1.1.	Sobre las tesis que definen a las normas irregulares en relación a las normas de competencia	139
1.2.	Algunos problemas de la definición de las normas irregulares en relación con las normas de competencia	164
2.	Irregularidad como resultado de una decisión interpretativa.....	172
3.	Aplicación de normas irregulares	189
4.	Mecanismos de control de la regularidad	197
	CONSIDERACIONES FINALES	210
	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	218
	INTRODUZIONE	243
	CONSIDERAZIONI FINALI.....	247

RESUMEN:

La presente tesis doctoral consiste en un análisis en torno a las normas irregulares, es decir, normas que no se ajustan a las condiciones para la creación normativa establecidas por las normas sobre producción de un sistema jurídico. El objetivo del trabajo de investigación es proporcionar un marco conceptual, desde la teoría jurídica, que permita dar cuenta del hecho de que las normas irregulares produzcan o puedan producir consecuencias jurídicas, cuando son utilizadas como fundamento de las decisiones de los órganos aplicadores. Para ello, revisaré los conceptos de la teoría del derecho involucrados en el debate, así como las principales respuestas que la literatura jurídica ha ofrecido ante la problemática. En la parte final propondré los elementos que considero centrales para una noción de norma irregular. Los argumentos desarrollados a lo largo de esta investigación están dirigidos a mostrar su tesis principal: las normas irregulares son un aspecto de la realidad jurídica, cuyo análisis está estrechamente vinculado a la configuración de los mecanismos de control de la regularidad de un sistema jurídico en concreto.

RESUM:

La present tesi doctoral consisteix en una anàlisi entorn de les normes irregulars, és a dir, normes que no s'ajusten a les condicions per a la creació normativa establertes per les normes sobre producció d'un sistema jurídic. L'objectiu del treball de recerca és proporcionar un marc conceptual, des de la teoria jurídica, que permeti donar compte del fet que les normes irregulars produeixin o puguin produir conseqüències jurídiques, quan són utilitzades com a fonament de les decisions dels òrgans aplicadors del dret. Per a això, revisaré els conceptes de teoria del dret involucrats al debat, així com les principals respostes que la literatura jurídica ha ofert davant la problemàtica. En la part final proposaré els elements que considero centrals per a una noció de norma irregular. Els arguments desenvolupats al llarg d'aquesta recerca estan dirigits a mostrar la seva tesi principal: les normes irregulars són un aspecte de la realitat jurídica, l'anàlisi de les quals està estretament vinculat a la configuració dels mecanismes de control de la regularitat d'un sistema jurídic en concret.

ABSTRACT:

This doctoral thesis is an analysis of irregular norms, that is to say, norms which do not comply with the conditions for creation of norms established by the law-making rules of a legal system. The aim of this research is to provide a conceptual framework which allows to explain, from a legal theory perspective, the fact that irregular norms produce or may produce legal effects when they are used as foundation of decisions taken by law applying

organs. In order to do so, I will review the legal theory concepts involved in this discussion, as well as the main answers given to this matter by the legal literature. In the last part, I will propose the elements that I consider essential to the concept of irregular norm. The reasons developed throughout this research are aimed to demonstrate its main thesis: irregular norms are part of the legal reality and their analysis is closely linked to the configuration of the regularity control mechanisms of a particular legal system.

RIASSUNTO:

La seguente tesi di dottorato consiste in un'analisi delle norme irregolari, ovvero di quelle norme che non si conformano alle condizioni per la creazione normativa, stabilite dalle norme sulla produzione di un sistema giuridico. L'obiettivo di questo lavoro di ricerca è offrire un quadro concettuale che, partendo dalla teoria giuridica, permetta di osservare come le norme irregolari producano o possano produrre effetti giuridici, quando utilizzate come fondamento delle decisioni di organi di applicazione del diritto. Per fare ciò, riesaminerò i concetti della teoria del diritto associati al dibattito ed analizzerò le principali risposte che la letteratura giuridica ha fornito alla problematica. Nella parte finale riporterò alcuni elementi che considero fondamentali per la nozione di norma irregolare. Le argomentazioni sviluppate all'interno della ricerca sono volte a sostenere la tesi principale: le norme irregolari sono parte della realtà giuridica e la loro analisi è strettamente legata alla configurazione dei meccanismi di controllo della regolarità di un sistema giuridico in concreto.

INTRODUCCIÓN

Hans Kelsen, cuya obra continúa siendo hasta nuestros días de las más influyentes en la teoría del derecho, planteaba que «La idea de regularidad se aplica a cada grado en la medida en que este grado constituya aplicación o reproducción del derecho. Porque la regularidad no es más que relación de correspondencia de un grado inferior con un grado superior del ordenamiento jurídico»¹. La pregunta que se busca responder en esta investigación es ¿cómo la teoría del derecho puede dar cuenta del hecho de que las normas que no se ajustan a las condiciones para la producción normativa impuestas por el propio sistema jurídico sean igualmente aplicadas, produciendo así efectos jurídicos? En la literatura jurídica pueden encontrarse algunas propuestas dirigidas a explicar la aplicación de normas irregulares: consideraré para el análisis las que considero las principales. El objetivo de este trabajo es proporcionar un marco conceptual que permita dar cuenta de este fenómeno. A efectos de lo anterior, la metodología y estructura del trabajo serán explicadas en los párrafos siguientes.

El análisis de las normas irregulares requiere, como primer paso, desentrañar el entramado conceptual implicado. Es por ello que la primera parte contiene la metateoría que creo indispensable. Validez, existencia, pertenencia, obligatoriedad y aplicabilidad de normas jurídicas, son los conceptos reconstruidos y examinados, para asumir aquellos que considero más adecuados, teniendo presente que dichas expresiones son utilizadas de diversas maneras en la literatura jurídica.

Una de las respuestas más recurrentes que los teóricos del derecho ofrecen, actualmente, ante la problemática es mediante el concepto de aplicabilidad. Esta es la propuesta de Eugenio Bulygin², la cual ha sido adoptada por gran parte de los autores que se han referido sobre la materia. Bulygin observa que las normas irregulares son normas inválidas (entendidas como disconformes con las normas sobre producción jurídica) y, según el

¹ KELSEN, 1988: 111.

² BULYGIN, 1982, 2005a, 2006.

autor, no pertenecientes a los sistemas jurídicos, pero que resultan aplicables en razón de otras normas pertenecientes al sistema jurídico de referencia que ordenan su aplicación. Al respecto sostendré que, sin perjuicio de que el concepto de aplicabilidad es una herramienta teórica muy provechosa para explicar la presencia de ciertos elementos en los sistemas jurídicos (como son las normas de aplicación), es una respuesta incompleta para describir la aplicación de normas irregulares, en tanto adolece de algunos elementos que considero primordiales, y cuya explicitación pretende ser el aporte de este trabajo. Estos elementos tienen que ver con el énfasis en cuestiones fácticas y estructurales de los sistemas jurídicos. Así, la falta de la propuesta de Bulygin no está en lo que afirma, sino en omitir que el problema de las normas irregulares está estrechamente vinculado a la pregunta acerca de cómo están estructurados los sistemas jurídicos en relación al control de la regularidad. Pues la decisión sobre la (ir)regularidad de las normas y, por tanto, la capacidad de éstas de continuar produciendo efectos jurídicos, depende de los mecanismos de control establecidos en el mismo sistema jurídico; de la decisión de los órganos competentes sobre la materia, especialmente, de los que deciden en última instancia. El enfoque adoptado en este trabajo, precisamente, dirige el análisis hacia el diseño institucional de los sistemas jurídicos y el acontecer de la realidad jurídica.

La segunda parte de la investigación consiste en una evaluación de la respuesta que Kelsen ofreció al problema planteado. Esta propuesta es conocida como la tesis de la cláusula alternativa tácita (CAT) y ha causado bastante polémica entre los teóricos del derecho. La gran influencia de la obra de este autor en la teoría jurídica, así como el impacto que, en concreto, ha causado esta tesis, la sitúan en un lugar central³. A grandes rasgos, según señala Kelsen, las normas irregulares serían válidas en tanto estarían autorizadas vía indirecta por la constitución, la cual faculta al legislador a formular normas del contenido y dictadas según el procedimiento que el mismo disponga, salvo que el control de la regularidad se encargue a un órgano diverso del legislador quien, finalmente, decida sobre la validez de las mismas.

³ Principalmente en KELSEN, 1960a: 274 y ss. También en KELSEN, 1934: 93-94, 95 ss., 112 ss., 120; 1945b: 401-407.

Gran parte de los autores rechaza esta tesis por considerarla absurda y contradictoria con la propia teoría del derecho de Kelsen, y han elaborado sus propuestas de análisis al problema de las normas irregulares en respuesta a ésta; así, por ejemplo, el recurso al concepto de aplicabilidad ha surgido como alternativa a la explicación que Kelsen formulara en su *Teoría Pura*. Sin perjuicio de lo anterior, creo que hay una razón adicional para dedicarle un detenido análisis, pues aun cuando es una tesis problemática, no merece ser descartada del todo. En esta segunda parte reconstruiré la tesis de la CAT, así como los principales argumentos que se han sostenido, ya sea para criticarla o defenderla. Al final del capítulo presentaré observaciones críticas, algunas de ellas dirigidas a explicar la discrepancia entre los autores que debaten en torno a esta tesis. También explicaré la inserción de la CAT en la teoría kelseniana y plantearé algunas críticas a la misma, las cuales añaden algunos matices que considero relevantes respecto de lo que ya ha sido señalado por otros autores. Sostendré que el error de Kelsen está, principalmente, en el modo en que formuló esta tesis, pero que hay un importante aspecto que se debe rescatar: la vinculación del análisis de las normas irregulares con la pregunta acerca de quién decide, en última instancia, sobre la validez de las normas jurídicas.

La tercera parte del trabajo contiene una propuesta de análisis sobre el tema de la investigación. Presentaré los elementos que considero imprescindibles para una noción de norma irregular. Estos son: 1. la irregularidad como relativa a las normas sobre producción jurídica; 2. la irregularidad como resultado de una actividad de atribución de significados, es decir, como producto de una decisión interpretativa; 3. la distinción entre aplicación de hecho y aplicabilidad de normas irregulares, y; 4. los mecanismos de control de la regularidad como el aspecto de los sistemas jurídicos que explica el hecho que una norma irregular produzca efectos mientras ésta no sea expulsada de los mismos.

En el primer punto de esta última parte presentaré un análisis crítico de las propuestas que definen las normas irregulares en relación a las normas de competencia. Sostendré que resulta de mayor conveniencia definir las normas irregulares en relación a un

concepto como el de normas sobre producción jurídica propuesto por Riccardo Guastini⁴. Lo anterior, dado que la falta de seguimiento de las normas de competencia es uno de los motivos de la irregularidad de una norma, pero no el único. La irregularidad de una norma puede originarse también en la falta de seguimiento de otro tipo de normas sobre producción normativa, tanto aquellas que establecen requisitos formales como materiales. Para llegar a esta conclusión consideraré algunos de los principales debates en torno al carácter de las normas de competencia, así como las discrepancias respecto del objeto de las mismas.

Una vez planteado lo anterior, y asumiendo que las normas son contenidos significativos, desarrollaré la idea consistente en que la regularidad o irregularidad de una norma es el resultado de una decisión interpretativa. Para arribar a ello, expondré algunas discusiones en materia de teorías de la interpretación, vinculadas con el tema de análisis. Pondré especial énfasis en los efectos jurídicos de una decisión interpretativa acerca de la regularidad, dependiendo quién sea el intérprete.

Otro elemento a tener en cuenta son las normas de aplicación, lo cual es descrito por Bulygin mediante el concepto de aplicabilidad. La presencia de instituciones como la presunción de conformidad constitucional es un asunto vinculado con ello y que es preciso considerar a este respecto. Sin perjuicio de lo anterior, pondré de manifiesto que describir la presencia de estos elementos en un sistema jurídico es una cuestión relacionada, pero diversa de la aplicación *de hecho* de normas irregulares.

En el último punto, concluyo con el énfasis en la idea que se desarrolla a lo largo de todo el trabajo y que constituye su tesis principal: la pregunta sobre la aplicación de normas irregulares está estrechamente vinculada a la pregunta acerca de cómo, en un sistema jurídico en concreto, están configurados los mecanismos de control de la regularidad. En definitiva, depende de cuestiones de diseño institucional y de cuestiones fácticas como son las decisiones que los órganos competentes toman a este respecto.

⁴ GUASTINI, 1996: 307 y ss.

Previo al desarrollo del cuerpo principal de este trabajo creo oportuno hacer algunas aclaraciones. La primera de ellas es que, salvo expresa alusión, me referiré a normas legisladas y no a las de fuente consuetudinaria. Debo señalar también que me referiré, principalmente, a la irregularidad respecto de las normas sobre producción de fuente constitucional, no obstante que, la irregularidad es mucho más amplia, en tanto puede resultar de la contravención de normas sobre producción de cualquier fuente de derecho, según la estructura de cada orden jurídico. Así, por ejemplo, una norma reglamentaria puede resultar irregular en relación a una norma sobre producción de rango legal.

Por otra parte, dada la considerable incidencia en el tema de análisis, la teoría del derecho de Hans Kelsen será tomada como punto partida de los debates. Los autores puestos en discusión han desarrollado su tesis, al menos en esta materia, sobre la base de la teoría de Kelseniana, ya sea para seguir sus lineamientos o para criticarlos. Hago explícito también que todos éstos son los teóricos del derecho cuyas obras han despertado las inquietudes que intento mostrar y responder en este trabajo

Primera parte

METATEORÍA

Autoritas facit legem

1. SOBRE EL CONCEPTO DE VALIDEZ

La validez es un concepto que designa la relación entre una norma y otras normas del mismo sistema jurídico de referencia, las cuales establecen los requisitos para la creación normativa. La literatura jurídica, generalmente, la divide en dos tipos: la validez formal y la validez material⁵. La validez formal supone la observancia de las normas que confieren a determinados sujetos u órganos un poder normativo, así como de las normas que determinan la forma en que debe ser ejercido de ese poder. La validez material, por su parte, supone la conformidad con las normas de jerarquía superior que delimitan las materias o regulan los contenidos de la regulación futura (por ejemplo, estableciendo limitaciones a éstos). De este modo, es formalmente inválida una norma que no haya sido formulada por el órgano competente y/o no se hayan seguido los procedimientos establecidos. Es materialmente inválida una norma que está en conflicto con las normas superiores en razón de su contenido.

Sin perjuicio de lo anterior, no hay acuerdo en la teoría jurídica sobre el concepto de validez, pues continúa siendo una difícil tarea la de precisar su alcance. Tal como ya ha sido constatado por algunos teóricos del derecho⁶, en la literatura jurídica se pueden encontrar distintos usos de la expresión “norma válida”, lo cual ha producido algunas confusiones. Algunas veces “norma válida” se utiliza como sinónimo de “norma existente”, de modo que no se concibe la existencia de normas inválidas (no conformes),

⁵ Al respecto puede consultarse BOBBIO, 1955: cap. XV.

⁶ Así, por ejemplo, Eugenio Bulygin en *Tiempo y Validez* (BULYGIN, 1982: 195-196) y Riccardo Guastini en repetidas ocasiones (GUASTINI, 1992, 1995a, 2002).

términos que, para quienes lo plantean de esta manera, resultan contradictorios (así, por ejemplo, Han Kelsen⁷). También “validez” se utiliza como sinónimo de obligatoriedad (concepto también controvertido) que, si es combinado con lo anterior, significa que todas las normas existentes son conformes, y tienen fuerza obligatoria (también Kelsen⁸). Otras veces, se critica lo anterior, pero el término validez se utiliza no sólo como conformidad sino también como sinónimo de pertenencia de las normas a un sistema jurídico⁹.

De este modo, con el término validez, no sólo se alude a la conformidad con ciertas otras normas del sistema, sino también a la existencia jurídica, a la pertenencia, a la obligatoriedad, o a la aplicabilidad. Incluso la validez como conformidad no es pacífica. Pues tampoco hay acuerdo sobre cuáles son las normas a las que deben resultar conformes para afirmar que una norma es válida. Algunos autores creen que validez se define en relación a las normas de competencia¹⁰. Otros autores han criticado lo anterior, en tanto la competencia es una condición necesaria para la validez, pero no una condición suficiente¹¹. Esta discusión supone también una distinta concepción acerca de la noción de competencia¹².

En el presente apartado me referiré a algunas de las principales nociones de validez, que son las que considero de mayor relevancia para el tema analizado en este trabajo, como también a los debates que giran en torno a éstas. El punto de partida será el concepto de validez de Hans Kelsen, no sólo por la influencia que, en general y hasta actualidad, ejerce su obra en la teoría del derecho. Sino, sobre todo, porque gran parte de las propuestas acerca de la validez jurídica son herederas de la ambigüedad del concepto kelseniano, o

⁷ Kelsen, 1960a: 277; 1945a: 185.

⁸ *Ibíd.*: 201.

⁹ Citando a modo de ejemplo: HART, 1961, VON WRIGHT, 1963; ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1971; BULYGIN, 1982; FERRER, 2000; MORESO Y VILAJOSANA, 2004.

¹⁰ Así, por ejemplo, VON WRIGHT, 1963; BULYGIN, 1982.

¹¹ En esta línea: GUASTINI, 1996; FERRER, 2000.

¹² Sobre las distintas nociones de competencia me referiré con mayor desarrollo en la tercera parte de este trabajo.

bien, están formuladas a partir de reconstrucciones críticas de la propuesta del autor de la *Teoría Pura del Derecho*.

Sostendré que conviene utilizar un concepto de validez que apunte exclusivamente a la falta de conformidad con alguna(s) de las normas sobre producción jurídica, ya sea las que establecen requisitos formales, como las que regulan las materias o contenidos¹³. De modo que conviene distinguir el concepto de validez como conformidad, tanto del concepto de obligatoriedad (entendida como un deber moral), como de la aplicabilidad (como un deber jurídico impuesto por otras normas), pero también de la existencia jurídica (en tanto requisito suficiente para la producción de efectos jurídicos), y de la cuestión de la pertenencia de las normas a un sistema jurídico. Así como que todo lo anterior no obsta a que la validez pueda ser entendida como uno de los criterios de identidad de las normas de un sistema jurídico.

1.1. EL CONCEPTO DE VALIDEZ EN KELSEN

Uno de los puntos más recurrentes de los análisis realizados sobre la validez jurídica consiste en constatar los distintos sentidos en que Kelsen utilizaba este término. Esta ambivalencia es, a su vez, uno de puntos más criticados¹⁴ de su *Teoría Pura del Derecho*¹⁵.

Según plantea Kelsen, el orden jurídico tiene un carácter esencialmente dinámico, pues la producción normativa está regulada por ciertas normas del propio sistema jurídico de

¹³ Las normas sobre producción jurídica son entendidas en este trabajo de modo más amplio que las normas que atribuyen competencia a determinados sujetos u órganos. Las primeras son un conjunto heterogéneo de normas que inciden o establecen requisitos para la creación normativa, tanto formales como materiales. La competencia, por su parte, se restringe a aquellas normas sobre producción jurídica que atribuyen a determinados sujetos u órganos poderes normativos, y a un mínimo de reglas de procedimiento necesarias para identificar a los primeros. Esto será desarrollado más adelante, y con mayor detalle en la tercera parte del trabajo.

¹⁴ Así, por ejemplo: ROSS, 1961, 1969; RAZ, 1971, 1974, 1979a, 1979b; NINO, 1978, 1985; BULYGIN, 1990, 2005a, 2006; GARZÓN VALDÉS, 1977, 1993; GUASTINI, 1991, 1992, 2002, 2011b, 2012a; 2013a y b.

¹⁵ En este trabajo me referiré principalmente a la segunda edición de la *Teoría Pura de Derecho* (RR2). KELSEN, 1960a.

referencia¹⁶. De este carácter dinámico se deriva que el criterio para determinar la validez de las normas es la conformidad de éstas a las normas superiores jerárquicas que regulan la producción normativa, especialmente, las referidas al órgano competente para crearlas y al procedimiento que éstos deben seguir para ello. En este sentido señala:

«El fundamento de validez de una norma sólo puede encontrarse en la validez de otra norma. La norma que representa el fundamento de validez de otra es caracterizada metafóricamente, como una norma superior en relación con una anterior»¹⁷.

Y más adelante:

«Dado que, atento el carácter dinámico del derecho, una norma vale en tanto y en la medida en que ha sido producida en la forma determinada por otra norma; esta última configura el fundamento de validez de la primera. La relación entre la norma que regula la producción de otra norma, y la norma producida conforme a esa determinación puede representarse mediante la imagen espacial de la supra y subordinación. La norma que regula la producción es una norma superior, mientras que la producida conforme a esa determinación es la norma inferior [...]»¹⁸.

En relación con lo anterior, es que Kelsen señala que el orden jurídico tiene una estructura escalonada o jerárquica, de acuerdo con la cual, éste se encuentra conformado por normas de distinta jerarquía y en que las normas inferiores se encuentran subordinadas a las normas superiores¹⁹. En el nivel más alto de la jerarquía del derecho positivo se encuentra la constitución, que define como aquellas normas positivas que regulan la producción normativa de las normas generales pertenecientes a un orden jurídico²⁰. En un

¹⁶ KELSEN, 1960a: 203-205. El carácter o principio dinámico se diferencia del carácter o principio estático. Siguiendo este último, el fundamento de validez de las normas jurídicas se deriva del contenido de las normas jurídicas superiores, de acuerdo con la escala jerárquica del propio sistema jurídico. Kelsen señala que los sistemas modernos son de carácter mixto, pero predomina el carácter dinámico. *Ibíd.*: 83, 84.

¹⁷ *Ibíd.*: 201.

¹⁸ *Ibíd.*:232.

¹⁹ *Ibíd.*: 232 y ss. Esta misma idea puede encontrarse en KELSEN 1988: 111.

²⁰ Kelsen ofrece esta definición para la constitución en “sentido material”, la cual distingue de la constitución en “sentido formal”. Esta última, según plantea, corresponde al documento escrito que, además de las normas que regulan la producción normativa, puede contener otro tipo de normas o declaraciones que reflejan objetivos políticos importantes. KELSEN, 1960a: 233. Hay que tener presente que Kelsen no distingue entre textos jurídicos o formulaciones normativas y las normas entendidas como significados de dichos

segundo nivel sitúa a la legislación y a la costumbre, y en un tercer nivel a las resoluciones de los tribunales y a los actos administrativos. Todas estas normas deben adecuarse a las que se encuentran en la jerarquía superior, de acuerdo con la construcción escalonada del orden jurídico²¹.

Por su parte, Kelsen insiste en que los criterios de validez son formales, es decir, prescindan del contenido de las normas, haciendo referencia exclusivamente a su forma de producción; en general, al sujeto que las produce y, eventualmente, a los procedimientos. Sin embargo, reconoce que nada impide que en una constitución estén regulados también criterios materiales de validez y que, de hecho, frecuentemente así ocurre en las constituciones modernas, las cuales suelen contener un listado de derechos básicos que delimitan los contenidos de la producción normativa²². En estos casos, las normas se encuentran también subordinadas a la jerarquía material de las normas superiores²³. Con posterioridad Kelsen da mayor énfasis a esta idea, así en su texto sobre garantías constitucionales señala:

«La Constitución no es entonces únicamente regla de procedimiento sino también una regla sustantiva; y por consiguiente, una ley puede ser inconstitucional bien por razón de una irregularidad de procedimiento en su elaboración, bien por razón de un contenido contrario a los principios o directivas formulados en la Constitución, cuando la ley en cuestión vulnere los límites establecidos por la Constitución»²⁴.

textos o formulaciones. Utiliza la expresión “normas” para referirse a ambas cuestiones. Sobre esta distinción puede verse GUASTINI, 1992: 15; 1993, 2004: 99-103.

²¹ KELSEN, 1960a: 235 y ss. En este punto tiene importancia destacar lo que Kelsen señala respecto a la relación entre las normas generales producidas por vía legislación o por la costumbre, y las normas individuales producidas por tribunales u órganos administrativos, cuando aplican las normas generales a un caso particular. Según el autor, la aplicación de normas generales a un caso concreto constituye también producción de derecho. Las normas generales aplicables tienen, según plantea Kelsen, una doble función: 1. Determinar los órganos y procedimientos, y; 2. Determinar el contenido de las normas individuales producidas en procesos judiciales o administrativos. Su visión acerca de la creación de normas por parte de los jueces será retomada en el próximo capítulo, dada la estrecha relación con el tema que ahí analizado.

²² En este sentido véase CELANO, 2009: 289; FERRAJOLI, 2011.

²³ KELSEN, 1960a: 234.

²⁴ KELSEN, 1988: 116. Con todo, Kelsen ofrece respuesta específica ante las normas que puedan resultar contradictorias con las normas constitucionales, ésta es, la tesis de la cláusula alterativa tácita. Dada la

Ahora, si bien es cierto que Kelsen propone como criterio de validez la adecuación a las normas que determinan la producción normativa, no define a la validez de la misma manera. Kelsen define validez, indistintamente, algunas veces como la “existencia específica” de una norma, y otras veces como “fuerza obligatoria”. Según sostiene Kelsen, que una norma sea válida (en tanto conforme a la constitución) significa además que ésta existe como tal, así como que es obligatorio cumplir con lo que dicha norma prescribe. A continuación, se revisarán ambos sentidos de validez expuestos por Kelsen, principalmente, en la *Teoría pura del derecho*.

1.1.1. Validez como “existencia específica”

La idea de Kelsen consistente en que la validez es la existencia específica de una norma, supone que sólo las normas que han sido creadas de conformidad a lo que disponen las normas que regulan la creación normativa existen como tales, es decir, son propiamente normas jurídicas. De este modo, una prescripción no autorizada no es norma alguna. En esta línea, Kelsen afirma en *RR2*:

«Con el término validez designamos la existencia específica de una norma. Cuando describimos el sentido, o el significado, de un acto que instituye una norma, decimos que, con el acto en cuestión, cierto comportamiento humano es ordenado, mandado, prescripto, preceptuado, prohibido; o bien, admitido, permitido, autorizado»²⁵.

Y más adelante:

«Una norma no válida es una no existente, es la nada jurídica. La expresión “ley inconstitucional”, aplicada a un precepto legal que se considera válido es una contradicción en los términos»²⁶.

Este primer sentido de validez como existencia específica se encuentra relacionado con la cuestión de la *pertenencia* de una norma al orden jurídico. Según Kelsen, sólo las normas

relevancia de esta tesis para el tema de este trabajo, será analizada con mayor detalle en el próximo capítulo.

²⁵ KELSEN, 1960a: 23

²⁶ *Ibíd.*:277. Esta misma idea está en KELSEN, 1945a:185.

válidas, es decir, ajustadas a lo prescrito por las normas sobre producción jurídica existen o *pertenecen* al orden jurídico. Por ello señala:

«Si se concibe al Derecho como un orden normativo, como un sistema de normas que regula la conducta humana, surge la interrogante: ¿qué funda la unidad de una multitud de normas? ¿Por qué pertenece una norma a un orden determinado? Y esta pregunta está en estrecha relación con ésta: ¿Por qué vale una norma? ¿Cuál es su fundamento de validez?»²⁷.

En consecuencia, de acuerdo con este primer sentido, la pregunta por la validez intenta responder a si una determinada norma *pertenece* al conjunto de normas, comúnmente denominado “sistema jurídico”²⁸, que rige en un lugar y en un momento determinado. Recuérdese que el criterio que propone Kelsen para responder a esta pregunta es la conformidad a las normas superiores, según la estructura escalonada del orden jurídico, pues la validez de una norma siempre depende de la validez de otra norma. En sus palabras:

«El orden jurídico es un sistema de normas generales e individuales entre sí entrelazadas en cuanto la producción de cada norma perteneciente a ese sistema se encuentra determinada por otra norma del sistema y, en última instancia, por su norma fundante básica. Una norma pertenece a un orden jurídico solamente por haber sido instaurada conforme a lo que determina otra norma de ese orden»²⁹.

Así, según la idea de kelseniana de *cadena de validez*, la validez de toda norma depende de otra norma que regula su creación, la que debe también ser una norma válida y, por tanto, tiene que ajustarse, a su vez, a la norma de la cual deriva. De este modo, si la validez es entendida como pertenencia, la validez de las normas superiores dependerá también de la pertenencia al sistema jurídico de las normas anteriores a éstas y así,

²⁷ KELSEN, 1960a: 201.

²⁸ En la presente investigación no se ahondará sobre la definición de “orden jurídico” y de “sistema jurídico”, como tampoco la discusión acerca de si se dan o no relaciones lógicas entre las normas que den lugar a la formación de un sistema. A los efectos del trabajo, basta con recordar la distinción de Alchourrón y Bulygin, de acuerdo con la cual, un sistema jurídico es conjunto de normas referidos a un momento temporal; y un orden jurídico es una secuencia temporalmente ordenada de sistemas. Sobre esto véase ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1976: 3-23.

²⁹ KELSEN, 1960a: 244. Esta misma idea está en las págs. 196, 204 y en KELSEN: 1945a: 11.

sucesivamente, hasta llegar a la *primera constitución histórica*, esto es, el conjunto de normas que se decide adoptar como base del orden jurídico. Al preguntarse por la validez de la primera constitución, Kelsen responde que ésta se *asume* con la tesis de la “norma fundamental básica” o la “norma suprema”, la cual se sitúa al final de la cadena de validez para dar sustento a todo el orden jurídico³⁰. Esta norma no es una norma de derecho positivo, sino que es de carácter supuesto³¹. Al respecto Kelsen afirma:

«[...] la búsqueda del fundamento de validez de una norma no puede proseguir hasta el infinito [...] Tiene que concluir en una norma que supondremos última, la suprema. Como norma suprema tiene que ser presupuesta, dado que no puede ser impuesta por una autoridad cuya competencia tendría que basarse en una norma aún superior. Su validez no puede derivarse ya de una norma superior, ni puede volver a cuestionarse el fundamento de su validez [...] La norma fundante básica es la fuente común de la validez de todas las normas pertenecientes a uno y el mismo orden. Que una norma determinada pertenezca a un orden determinado se basa en que su último fundamento de validez lo constituye la norma fundante básica de ese orden. Esta norma fundante es la que constituye la unidad de una multiplicidad de normas, en tanto representa el fundamento de la validez de todas las normas que pertenecen a ese orden»³².

Y unas páginas adelante:

«[...] la norma fundante básica es la instauración del hecho fundante de la producción de derecho, y puede ser designada, en ese sentido, como una constitución en un sentido lógico-jurídico, para diferenciarla de la constitución en un sentido jurídico-positivo. Es el punto de partida de un proceso: el proceso de 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 superior»³³.

³⁰ KELSEN, 1960a:139.

³¹ Kelsen señala, previo a explicar la hipótesis de la norma fundamental, que además de las normas impuestas (normas positivas) hay también normas supuestas o pensadas. Véase *Ibíd.*: 23.

³² *Ibíd.*: 202.

³³ *Ibíd.*: 206.

En repetidas ocasiones Kelsen advierte sobre el carácter supuesto de la norma fundamental, y le atribuye la función dar unidad al orden jurídico y ser el fundamento de validez de todas las normas³⁴. Puede decirse que la tesis de la norma fundamental es un presupuesto metodológico de la teoría kelseniana que funciona para alcanzar el objetivo de su *teoría pura* de mostrar al orden jurídico como un orden dotado de unidad y carente de contradicciones entre sus normas³⁵. En este sentido el autor sostiene:

«Más como el conocimiento del derecho, como todo conocimiento, tiene que pensar conceptualmente su objeto como un todo dotado de sentido, tratando de describirlo en oraciones no contradictorias, parte del supuesto que los conflictos normativos que aparezcan dentro del material normativo que le es dado (o más correctamente: que le es propuesto) pueden y tienen que ser disueltos por vía de la interpretación»³⁶.

Kelsen insiste en que la *Teoría pura del Derecho* es una teoría carente de valoraciones morales o políticas³⁷, y que ésta se aparta de las doctrinas del derecho natural³⁸. Sin embargo, la hipótesis de la norma fundamental ha sido criticada, precisamente, por considerarse una tesis iusnaturalista, un argumento metafísico de corte neokantiano³⁹ que resulta contrario al proyecto positivista de propio Kelsen. No haré una revisión

³⁴ En *RR2* puede verse lo señalado por el autor entre las páginas 204 a 218.

³⁵ Véase en este sentido KELSEN, 1960a: 214 a 217. Kelsen creía que la ciencia del derecho tiene que describir al orden jurídico con enunciados que no se contradigan entre sí. Por ello es que, aun cuando el autor admitía que *en los hechos* las autoridades normativas puedan emitir normas que se encuentren en conflicto entre sí, creía (al menos hasta *RR2*) que la ciencia del derecho tenía que mostrar al orden jurídico como carente de contradicciones. Según afirmaba, los principios lógicos- en especial el de no contradicción- no se aplicaban directamente a las normas, en tanto éstas no eran ni verdaderas ni falsas. Pero creía que la lógica era aplicable indirectamente a las normas a través de las aserciones de la ciencia jurídica. De este modo es que suponía erróneamente que describir una contradicción implicaba ello mismo una contradicción. *Ibíd.*: 86-87. Sobre esto profundizaré al analizar la tesis de la cláusula alternativa tácita en la segunda parte del trabajo.

³⁶ KELSEN, 1960a: 215.

³⁷ En este sentido afirma: «En cuanto teoría pretende, exclusivamente y únicamente, distinguir su objeto. Intenta dar respuesta a la pregunta de qué sea el derecho, y cómo sea; pero no, en cambio, a la pregunta de cómo el derecho deba ser o deba ser hecho. Es ciencia jurídica, no, en cambio, política jurídica». KELSEN, 1960a: 15.

³⁸ Kelsen critica en *RR2* a las teorías iusnaturalista por no establecer una separación conceptual entre derecho y la moral. véase KELSEN, 1960a: 709-80, 117-122. Respecto de la norma fundamental, señala expresamente que no coincide con una tesis iusnaturalista. *Ibíd.*: 228-232

³⁹ Sobre la influencia kantiana de la teoría del derecho de Kelsen, puede verse: BULYGIN, 1980, 1990; PAULSON, 1991.

exhaustiva de las críticas dirigidas a esta tesis de Kelsen⁴⁰, pero cabe hacer alusión a algunas de éstas, especialmente, a las que considero de mayor relevancia a los efectos de este trabajo.

Una de las principales objeciones a la tesis de las normas fundamental consiste en advertir la falta necesidad de una hipótesis como ésta. En esta línea, H.L.A. Hart fue de los primeros en observar que la norma fundamental es una duplicación inútil de la primera constitución de un orden jurídico⁴¹, idea que posteriormente fue también subrayada por Eugenio Bulygin y Riccardo Guastini. Estos últimos autores observan también el sinsentido por la

⁴⁰ Sobre la norma fundamental de Kelsen, puede verse HART, 1968, ROSS, 1961; RAZ, 1974, BOBBIO, 1975, NINO, 1978, 1985; CARACCILO, 1994; CELANO, 1999; PAULSON, 1998; BULYGIN, 2005a; MARMOR, 2011; GUASTINI, 2013b.

⁴¹ HART, 1958, 1994:293. Hart propuso el reemplazo de la tesis de la norma fundamental por la “regla de reconocimiento” la cual proporcionaría los criterios que permiten identificar a las normas válidas de un sistema jurídico (HART 1961:129). La regla de reconocimiento propuesta por Hart tendría “carácter último”, en el sentido que ella misma no está subordinada a criterios de validez (HART 1961: 133). Según sostiene, las demás reglas del sistema existen como tales en tanto son promulgadas e identificadas como válidas según los criterios proporcionados por la regla de reconocimiento. La existencia de esta última, en cambio, se da en tanto sea aceptada y utilizada por los órganos aplicadores al identificar y aplicar el derecho (HART, 1994: 256), y en ese sentido, es una regla social. Por su parte, la pregunta por validez no tendría sentido respecto de la regla de reconocimiento, pues ésta no es ni válida ni inválida (Ibídem). Ahora bien, esta tesis de Hart tampoco ha estado exenta de críticas, a estos efectos y a modo de ejemplo, puede consultarse: BOBBIO, 1968; RAZ, 1979a, MACCORMICK, 1981; WALUCHOW, 1994; GREEN, 1996; MARMOR, 2011; SHAPIRO, 2009, 2011. Tal como indica Bulygin, la regla de reconocimiento no es propiamente una norma, ni positiva, ni tampoco una norma de carácter supuesto. El profesor argentino se opone a las tesis que consideran que la regla de reconocimiento es una regla de conducta que impone a los jueces el deber de aplicar las normas jurídicas identificadas a través de ella, como han sostenido algunos autores (así, por ejemplo, RAZ, 1971, RUIZ MANERO, 1991, SHAPIRO, 2009, WALUCHOW, 1994). Por una parte, porque considera que sería superflua una norma de carácter general que impusiera a los jueces el deber de aplicar el resto de las normas de un sistema jurídico, de modo que la regla de reconocimiento de Hart terminaría siendo superflua, tal como la norma fundamental de Kelsen (ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1983:450). Asimismo, Bulygin considera que, si la regla de reconocimiento fuera una regla de conducta, ésta no podría ser considerada válida y se volvería un argumento circular. Esta circularidad también se daría porque para identificar la regla de reconocimiento hay que acudir a la práctica de los jueces, pero para identificar quiénes son los órganos aplicadores hay que acudir a las reglas de adjudicación, las que, a su vez, son identificadas según la regla de reconocimiento (BULYGIN, 1991b: 317). Bulygin propone que la regla de reconocimiento es una regla conceptual que no impone ningún deber, si no que define a las normas válidas de un sistema jurídico (BULYGIN, 1976: 387, 1991a: 278 y 1991b: 317; 1995:19 y ss.) Sin pretender desarrollar una crítica al respecto creo que, aun cuando la regla de reconocimiento de Hart sea concebida como una regla conceptual, es también innecesaria a efectos de identificar a las normas válidas (en tanto conformes) de un sistema jurídico, para lo cual puede acudirse directamente a las normas positivas de cada sistema jurídico que establecen requisitos para la producción normativa. Ésta es una de las críticas que ya había formulado Bobbio (BOBBIO 1975: 241). Algo parecido y más recientemente ha sido planteado por Waldron (WALDRON, 2009: IX). Con todo, la regla de reconocimiento puede funcionar como una reconstrucción teórica de los requisitos impuestos por ciertas normas de un sistema jurídico. En un sentido similar, puede verse ORUNESU Y RODRÍGUEZ, 2013: 159.

pregunta sobre el fundamento de validez (entendida como conformidad a las normas superiores) de la *primera constitución*. A grandes rasgos plantean lo siguiente: si para determinar la validez de una norma hay que remitirse a la validez de otra norma de la cual deriva la primera, en último término habrá que remitirse a la *primera constitución histórica* de la cual derivan todas las normas, lo cual implica que en todo orden jurídico hay una primera norma que le da origen. Esta primera norma no es “supuesta” sino que es “puesta” por un poder constituyente, es decir, un poder de hecho *extra ordinem*⁴². Preguntarse por la validez de la primera norma no puede remitirnos a otra norma que la anteceda porque no la hay. Si la validez de toda norma depende de otra norma que sea válida, entonces, la *primera constitución* no puede ser válida ni inválida, porque no deriva de norma alguna que pueda fundamentar su validez⁴³. En razón de lo anterior, tal como plantean, es preferible equiparar la norma fundamental a la norma superior jerárquica del derecho positivo, es decir, a la constitución y evitar confusiones a este respecto.

Estas críticas a la tesis de la norma fundamental conducen a la distinción entre normas soberanas (en los términos de von Wright⁴⁴) o independientes o no derivadas (en los términos de Caracciolo⁴⁵) y las normas no soberanas o dependientes. Siguiendo esta distinción, los sistemas jurídicos están conformados por dos tipos de normas: 1. las normas dependientes que encuentran su fundamento de validez en otras normas de las cuales derivan y; 2. las normas soberanas o independientes, como la *primera constitución*,

⁴² GUASTINI, 2011b: 87, 88, 91, 92; 2013a: 85; 2013b.

⁴³ En este sentido, BULYGIN, 1990: 512-513; 2005a. Guastini añade otra observación que vale la pena considerar, la cual consiste en advertir una consecuencia paradójica de la tesis de la norma fundamental: la primera constitución es instaurada por el poder constituyente, que por definición es un poder *extra ordinem*. A diferencia de los poderes constituidos, el poder constituyente es un poder de *facto* (no legal) y, por tanto, no regulado por ninguna norma jurídica preexistente. No obstante, presuponer la validez de la norma fundamental convierte, paradójicamente, al poder constituyente en poder constituido, es decir, en un poder legal (GUASTINI, 1996: 86). Esto se condice con la negativa de Kelsen de aceptar la existencia de poderes de *facto*, ilegales o extralegales. A su vez, esto se relaciona con la falta de distinción entre validez y existencia, pues Kelsen no admite la existencia de normas que carezcan de validez (entendida como conformidad, y confundida también con la obligatoriedad) razón por la cual, cuando se pregunta por el fundamento de validez de la constitución, presupone una norma ulterior, meta-constitucional y ficticia que da fundamento de validez a la constitución. *Ibid.*: 93.

⁴⁴ VON WRIGHT, 1963: 195 y ss.

⁴⁵ CARACCILO, 1988: 31

que no derivan de ninguna norma, tal como su nombre lo indica. Autores como von Wright y Alchourrón y Bulygin señalan que las normas soberanas no son ni válidas ni inválidas y pertenecen al sistema jurídico, no por haber sido creadas por la autoridad competente, sino que pertenecen al sistema *por definición*⁴⁶. Bulygin destaca que la tesis de la norma fundamental de Kelsen es superflua a efectos de fundar la validez como pertenencia de la primera constitución, en tanto ésta última es la que define al sistema como una unidad independiente, de modo que no se requiere de ninguna norma para justificar su pertenencia al sistema. Por su parte, y como se verá enseguida, es una tesis insuficiente para justificar la validez como obligatoriedad de la *primera constitución*, la cual sólo podría derivarse de una norma positiva y no de una norma “supuesta”⁴⁷.

Retomando lo dicho al comienzo de este punto, la idea de Kelsen de validez como existencia específica de una norma se vincula con la cuestión de la pertenencia de las normas a un determinado sistema jurídico. Según esta noción de validez, la conformidad de una norma a otras normas que regulan su producción implica su pertenencia. Por regla general la pregunta por la pertenencia de las normas, se formula respecto de las normas derivadas y no de las normas supremas, razón por la cual la tesis de la norma fundamental puede ser omitida a este respecto. En efecto, salvo la tesis de la norma fundamental que ha sido bastante cuestionada, éste es el sentido de validez de la teoría de Kelsen al que la mayoría de los autores da preminencia. Siguiendo en ello a Kelsen, una buena parte de los teóricos del derecho utiliza como sinónimos los términos “validez” y “pertenencia”. Ahora bien, si la validez se entiende como creación regular, las normas originarias no pueden ser calificadas ni como válidas ni tampoco como inválidas. Si en cambio, validez significa pertenencia al sistema, entonces puede decirse que son normas válidas⁴⁸, pero esto significa algo distinto a creación regular, pues las normas soberanas son “puestas” por un poder de facto. Con todo, y tal como será analizado algunas páginas más adelante, asimilar validez y pertenencia también puede traer inconvenientes.

⁴⁶ VON WRIGHT, 1963: 192, ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1971: 73-74; 1979:74.

⁴⁷ BULYGIN 1990: 512- 514

⁴⁸ En el mismo sentido, véase ORUNESU Y RODRÍGUEZ, 2013: 152.

1.1.2. Validez como “fuerza obligatoria”

La noción de fuerza obligatoria es la que ha sido más controvertida de la teoría sobre la validez de Kelsen. Según esta noción, la validez como conformidad- es decir, la adecuación a las normas superiores que regulan la producción normativa- conlleva a la obligatoriedad de lo prescrito por las normas. En esta línea Kelsen afirma:

«Que una norma *valga significa que obliga*, que el hombre debe comportarse de la manera determinada por la norma»⁴⁹.

Si bien es cierto que, tanto la validez en sentido de pertenencia como la validez en sentido de fuerza obligatoria se refieren a una relación entre normas, cada una de estas nociones intenta responder a cuestiones distintas. La pregunta por la validez en el sentido de pertenencia intenta responder a la pregunta sobre qué normas *integran* el sistema jurídico. La pregunta por la validez en sentido de fuerza obligatoria, en cambio, responde a la cuestión de por qué las normas son obligatorias, es decir, la justificación del *deber de cumplir* con lo que prescriben. Si la respuesta a esta última pregunta depende también de la conformidad a las normas superiores, tal como en la noción de validez como pertenencia, se forma una *cadena de validez*: de la conformidad de una norma a las normas superiores, se deriva su obligatoriedad, y así sucesivamente, creándose una *cadena de justificación* del deber de cumplir con las normas. Al final de la cadena, surge la pregunta del deber de cumplir con la *primera constitución*. Si el deber de cumplir con una norma sólo puede ser impuesto por otra norma que debe, a su vez, ser obligatoria, y la *primera constitución* es la primera norma del derecho positivo, la justificación del deber de cumplir con ésta no puede ser impuesto por una norma del derecho positivo. Ante esta cuestión y con el objeto de completar la *cadena de justificación*, Kelsen acude

⁴⁹ KELSEN, 1960a: 201. Algunas páginas atrás a la recién citada, cuando Kelsen explica lo que considera el “sentido subjetivo” y el “sentido objetivo” de las normas afirma también en esta línea: «Entonces ese deber, como un deber “objetivo”, es una “norma válida”, que obliga a quien está dirigida. Tal es, pues, el caso, cuando el acto de voluntad, cuyo sentido subjetivo es un deber, ha recibido ese sentido objetivo a través de una norma; cuando ese acto ha sido autorizado por una norma que, por ello, vale como una norma “superior”». Ibíd.: 21-22. Sobre la distinción entre sentido subjetivo y sentido objetivo planteada por el autor, véase Ibíd.:15-18, 21,22, 58.

nuevamente a la tesis de la norma fundamental, la que establecería la obligatoriedad de las normas originarias y también de todas las otras normas del orden jurídico.

Con todo, a diferencia de la pregunta por la pertenencia de la primera constitución, la pregunta por la justificación del deber por cumplir con ésta y las otras normas de un sistema jurídico no resulta insensata⁵⁰. Preguntarse por qué las normas de un sistema jurídico son obligatorias es una pregunta que puede responderse desde distintos enfoques: sociológicos, psicológicos, políticos o morales. También se puede responder desde un enfoque netamente jurídico, esto es, constatando que en un determinado sistema jurídico existen normas que imponen bajo amenaza de sanción la obligación de cumplir con otras normas. El problema principal de la noción de validez como fuerza obligatoria de Kelsen es, precisamente, confundir estos aspectos y, sobre todo, confundir la justificación de un deber (incluso cuando se plantee que puede configurarse como un deber jurídico basado en la existencia de otra norma que así lo imponga) con la noción de validez como conformidad a las normas superiores.

La literatura crítica acerca de la noción de fuerza obligatoria es extensa⁵¹, me limitaré a mencionar algunas de las objeciones que considero más relevantes a los efectos del tema aquí analizado. Probablemente de las más conocidas críticas a la teoría de la validez de Kelsen es la de Alf Ross, quien acusó a Kelsen de *cuasipositivista*, en especial, sobre la base de su noción de fuerza obligatoria. Ross planteaba que la *Teoría pura del derecho* se aleja del positivismo al contener afirmaciones como aquellas en que se identifica la validez de una norma su “fuerza obligatoria”⁵². Esto debido a que dicha noción se traduce en un deber moral de obedecer el derecho, cercano a las doctrinas de derecho natural. Ross argumenta que, si la fuerza obligatoria consistiera en un deber jurídico, sería una cuestión superflua, atendido que se estaría sosteniendo que la validez de las normas consiste en lo

⁵⁰ Esto ha sido ya observado Jordi Ferrer y Jorge Rodríguez Estos autores advierten: «[...] aunque no tenga sentido preguntarse acerca del “fundamento” de la pertenencia de las normas originarias, sí puede preguntarse con plena sensatez por qué es obligatorio cumplirlas». FERRER Y RODRÍGUEZ, 2011: 51-52.

⁵¹ A modo de ejemplo, puede consultarse: ROSS, 1961, 1969; HART, 1958; NINO, 1978, 1985; RAZ, 1979a; BULYGIN, 1990, 2005a, 2006; CELANO, 1999, 2009; MORESO Y NAVARRO, 1993.

⁵² ROSS, 1961: 94-98.

que ellas misma prescriben⁵³. Si la fuerza obligatoria consiste en un deber moral, entonces, sostiene Ross, esta tesis resultaría incompatible con el positivismo jurídico, en tanto teoría que afirma la separación conceptual entre el derecho y la moral. Carlos Nino advierte también el equívoco con el que Kelsen utiliza el término validez, y cree asimismo que la noción de fuerza obligatoria es más cercana a las teorías iusnaturalistas que al positivismo jurídico. Sin embargo, Nino cree que la fuerza obligatoria es la idea predominante de teoría de la validez y que, por tanto, poner el acento en esta noción de validez de Kelsen es la reconstrucción más convincente de su teoría⁵⁴.

Eugenio Bulygin, en la línea de Ross, rechaza el nexo entre fuerza obligatoria y la validez jurídica, vinculación que le resulta ajena al positivismo jurídico, y añade que la noción fuerza obligatoria de Kelsen es una respuesta insuficiente para explicar el problema de la obligatoriedad de las normas. No obstante, a diferencia de Ross, cree que la obligatoriedad sí puede reconstruirse como un deber jurídico y, por tanto, como un concepto que pueda ser compatible con una teoría positivista del derecho⁵⁵. Dicha reconstrucción de Bulygin se traduce en el concepto de aplicabilidad, el cual entiende como el deber de aplicar las normas de sistemas jurídico, impuesto por otra norma positiva del mismo sistema jurídico⁵⁶.

Bruno Celano también cree que el uso del concepto de validez como fuerza obligatoria, tal como lo plantea Kelsen, es una forma de *positivismo ideológico* o *cuasipositivismo*. Es decir, como una posición ética sustantiva, de acuerdo con la cual, el derecho positivo debe ser obedecido sólo por el hecho de ser derecho positivo, cualquiera sea su contenido⁵⁷. Celano reconstruye la noción de fuerza obligatoria de Kelsen como un “desentrecomillado”, lo cual entiende como una autorización para quitar las comillas de

⁵³ ROSS, 1961: 18 y 19; 1969: 17, 29, 39-43.

⁵⁴ NINO, 1978:256-258.

⁵⁵ BULYGIN, 2005a: 110, 2006: 99

⁵⁶ Además, a diferencia de Ross, Bulygin apuesta por mantener el concepto de validez como pertenencia, pues el primero es reactivo a aceptar ambas nociones de validez. Sobre ambas cuestiones, esto es, el concepto de aplicabilidad propuesto por Bulygin, y la relación entre el concepto de validez y la pertenencia de las normas a un sistema jurídico me referiré más adelante.

⁵⁷ CELANO, 2009: 81.

un enunciado normativo, de manera que, aseverar “la norma N es válida”, es afirmar la propia norma⁵⁸. Según plantea Celano, la validez de una norma en el discurso de Kelsen opera de la misma manera que la cuestión de la verdad en los hechos. Pues afirmar que una aseveración de hecho es verdadera, implica decir que las cosas son como la aseveración de hecho dice que son. De manera equivalente, afirmar que una norma es válida es reiterar o asentir la norma misma y por eso es un desentrecomillado⁵⁹. La validez como fuerza vinculante, concluye Celano, es un concepto de “normatividad justificada”, pues la pregunta por la validez de una norma apunta a la cuestión de si debe ser obedecida o aceptada.

Celano plantea, con razón, que la pregunta sobre si las normas deben ser cumplidas es una cuestión normativa, útil en el ámbito del debate y la argumentación ética o política, pero que no es una cuestión descriptiva. El concepto de validez como fuerza vinculante de Kelsen se enmarca dentro de un discurso normativo sobre lo que el derecho debe ser, es una teoría ética sustantiva destinada a proporcionar criterios o condiciones bajo las cuales las normas deben ser cumplidas. Sin embargo, Kelsen presenta su teoría de la validez como una cuestión descriptiva sobre lo que el derecho *realmente* es. En consecuencia, el error de Kelsen es establecer una conexión conceptual necesaria entre la validez así entendida y las normas jurídicas. Es decir, pretender que las normas que pertenecen a un determinado sistema jurídico son por ello válidas en un sentido relevante moral. Lo que no resulta admisible es, según sostiene Celano, presentar esta cuestión como carente de valoraciones políticas. Propone un uso de la noción de fuerza vinculante que no implique una contradicción con el positivismo jurídico, el cual requiere que se diferencie y expliciten los ámbitos del discurso. Un discurso jurídico dirigido a describir las normas que forman parte de un sistema jurídico; y otro discurso de tipo ético o normativo en el que se debate acerca de si éstas deben o no ser obedecidas⁶⁰.

⁵⁸ *Ibíd.*: 98-99.

⁵⁹ *Ibíd.*: 111.

⁶⁰ *Ibíd.*: 113.

Una visión cercana es la de Jordi Ferrer y Jorge Rodríguez, quienes también creen que el concepto de fuerza vinculante no es de por sí contrario al positivismo jurídico, siempre que la cuestión de la pertenencia de las normas a un sistema jurídico, por una parte, y la valoración moral o la justificación del deber de obedecerla, por otra, se encuentren claramente diferenciados⁶¹. Estos autores subrayan que el positivismo es una determinada manera de caracterizar el derecho, de acuerdo con la cual, la identificación de las normas de un sistema jurídico depende de hechos sociales complejos, de lo cual no se sigue que exista un deber moral de obedecer a las mismas. Mientras el problema de la identificación de las normas jurídicas y el problema de su fuerza obligatoria sean abordados de modo independiente, no habría problema ni contradicción entre la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral (la idea base del positivismo jurídico) y una noción de validez como fuerza obligatoria⁶².

Ahora bien, a diferencia de Celano, estos autores creen que es posible una noción descriptiva de fuerza obligatoria, en tanto una *proposición normativa* que se limite a afirmar la existencia de una norma que impone el deber de cumplir con otra norma, sin que ello implique un compromiso con el deber de cumplir con ésta⁶³. En este sentido, plantean que el error central de Kelsen no consiste en asignarle un sentido prescriptivo al término validez, sino en confundirlo con uno descriptivo. Si ambos sentidos son conceptualmente independientes el positivismo jurídico se hallaría a salvo, pues una cosa es la validez como fuerza obligatoria en tanto justificación jurídica de las normas y otra su justificación moral⁶⁴.

⁶¹ FERRER Y RODRÍGUEZ, 2011: 54-55.

⁶² FERRER Y RODRÍGUEZ 2011: 54. Esta misma idea puede verse en RODRÍGUEZ Y VICENTE, 2009 y ORUNESU Y RODRÍGUEZ, 2013.

⁶³ FERRER Y RODRÍGUEZ 2011: 55. Esta propuesta de Ferrer y Rodríguez de una noción descriptiva de fuerza obligatoria es similar a la noción de aplicabilidad de Bulygin. Sin embargo, hay matices en tanto se dirigen a sujetos diversos: el concepto de aplicabilidad está destinado a describir que en un sistema jurídico puede haber normas que imponen a los jueces el *deber de aplicar* ciertas normas. La noción de fuerza obligatoria en un sentido descriptivo propuesta por Ferrer y Rodríguez, apunta hacia describir la existencia de normas que impongan a los ciudadanos en general el *deber de obedecer* las normas de ese sistema jurídico.

⁶⁴ *Ibíd.*: 57.

1.2. VALIDEZ COMO CONFORMIDAD A LAS NORMAS DE PRODUCCIÓN

Al comienzo de este trabajo se señaló que el criterio de validez de las normas de un sistema jurídico es, desde una óptica positivista del derecho, la conformidad a las normas sobre producción jurídica, tanto a las que establecen requisitos formales como exigencias materiales para la creación normativa⁶⁵. Este criterio es el que propone Kelsen, pero el problema de su teoría de la validez está en que utiliza el término validez no sólo como conformidad, sino que lo hace también, alternativamente, como existencia específica de una norma (entendida como pertenencia), y como fuerza obligatoria. Conformidad a las normas superiores, pertenencia al sistema jurídico y obligatoriedad son términos utilizados indistintamente por el autor *Teoría pura del derecho*, siendo derivado uno del otro.

Se señaló también que buena parte de los críticos del concepto kelseniano de validez prefieren descartar la noción de fuerza obligatoria, ya sea del todo o reemplazándola por una reconstrucción que resulte más adecuada a una teoría positivista. Pues las observaciones críticas dirigidas a la noción de validez de Kelsen, en general, se han encargado de destacar la diferencia entre la pregunta acerca de las normas pertenecientes a un sistema jurídico, de la justificación del deber de cumplir con las mismas. La obligatoriedad ha sido reconstruida como una justificación de tipo moral, que se considera ajena al positivismo jurídico. Pero también se ha reconstruido como una justificación o deber de carácter jurídico, que hace alusión a la existencia de ciertas normas positivas que imponen aplicar (si, como Bulygin, se reconstruye como un deber jurídico dirigido a los jueces), o bien, cumplir (si, como Ferrer y Rodríguez, se reconstruye como un deber jurídico impuesto a los ciudadanos en general) otras normas del sistema

⁶⁵ Hay autores, sin embargo, como Stanley Paulson, que creen que basta una autorización formal (con la que alude al órgano competente y al procedimiento) para que una norma se entienda válida, en sentido de pertenencia. La adecuación a la autorización material, en cambio, sólo produciría, en caso que se carezca de ésta, la activación de los mecanismos para eliminar la norma en cuestión. Sobre ello puede consultarse PAULSON, 1980. Una crítica a esta postura puede verse en WEYLAND, 1986: 265-266, y también en MORESO, 1993: 99-100.

jurídico. Ahora bien, aun cuando la aplicabilidad u obligatoriedad de las normas se defina de modo tal que apunte a describir la existencia de normas de aplicación (enmarcándose así dentro del discurso de una teoría positivista), hay que aclarar que es, de todas formas, un concepto distinto al de validez entendida como conformidad a las normas sobre producción. Como también, que el concepto de la aplicabilidad u obligatoriedad responde a una cuestión diversa a la pregunta acerca de la pertenencia o los criterios de identificación de las normas que forman parte de un sistema jurídico⁶⁶.

Respecto a la definición de validez como existencia o pertenencia, las críticas a la teoría de Kelsen están dirigidas, en su mayoría, a la noción de norma fundamental, pero no a la asimilación entre conformidad y pertenencia. Pues una parte considerable de los juristas utiliza los términos validez y pertenencia como sinónimos⁶⁷. En mi opinión, y sobre todo en pos de intentar despejar el debate, resulta también conveniente distinguir estas cuestiones. Utilizar el término “validez” exclusivamente para aludir a la conformidad a las normas superiores, y dejar la cuestión de la pertenencia como una discusión aparte, incluso si se defiende que la validez como conformidad es el único criterio de pertenencia de las normas de un sistema jurídico. Es decir, distinguir entre la definición de validez y el debate acerca de cuáles son los criterios para determinar qué normas forman parte de un sistema jurídico. La validez puede ser definida como la adecuación a todas las normas sobre producción jurídica, tanto a las que establecen requisitos formales, como también a las que imponen exigencias de tipo material o referidas al contenido de las normas. Acodado esto, puede debatirse si es que la validez es o no el único criterio para identificar a las normas pertenecientes a un sistema jurídico. Pues hay que tener en cuenta que se han propuesto otros criterios de identificación como, por ejemplo, el de la vigencia (propuesto, principalmente, por quienes sostienen teorías realistas del derecho). Sin embargo, ello no obsta a que haya un acuerdo, al menos, sobre el concepto de validez entendido como conformidad. En otras palabras, creo que conviene reservar el término

⁶⁶ Más adelante me referiré con mayor detalle al concepto de aplicabilidad, en tanto es la respuesta que Bulygin ofrece al problema de las normas irregulares.

⁶⁷ En esta línea Bulygin señala: «[...] una teoría jurídica sólo puede afirmar la validez de una norma en el sentido de su pertenencia a un determinado orden o sistema». BULYGIN, 1980: 378.

validez para aludir a la conformidad y acotar el debate a los criterios de pertenencia: si es sólo la validez, o ésta junto a la deducibilidad, o la vigencia entendida como la propiedad de producir efectos jurídicos. Lo anterior se relaciona con la distinción entre validez y existencia jurídica, lo cual también es materia de un extenso debate. Estas cuestiones serán desarrolladas en los próximos apartados.

2. SOBRE LA EXISTENCIA JURÍDICA

Se ha explicado previamente que, según manifiesta Kelsen, sólo las normas válidas (en tanto conformes) son jurídicamente existentes, es decir, pertenecen al sistema jurídico. Así, Kelsen no puede concebir algo como “normas inválidas”, expresiones que para el autor de la *Teoría pura del derecho* resultan contradictorias.

La identificación de los conceptos de validez y de existencia de las normas puede resultar problemática por algunas razones. La existencia de instituciones para controlar la validez demuestra que, aun cuando determinadas normas puedan resultar disconformes con las normas sobre producción jurídica, - mientras no sean invalidadas por la decisión de los órganos con competencia para ello- *existen* en un sentido fáctico. Pues previo a que sean expulsadas del orden jurídico mediante la correspondiente decisión, incluso las normas inválidas pueden producir efectos jurídicos al ser utilizadas por los órganos aplicadores como fundamento de sus decisiones. Kelsen tuvo en cuenta este hecho, pero dado que confundía la existencia con la validez, y también con la obligatoriedad, la salida que tomó frente a la existencia de normas irregulares fue la tesis de la cláusula alternativa tácita, la cual será analizada en el próximo capítulo con mayor detalle, en razón de su directa relación con el tema de este trabajo.

La asimilación entre existencia y validez ha sido criticada por algunos autores. Así, por ejemplo, von Wright plantea que confundir la existencia de una norma con su validez conlleva un argumento circular que conduce al regreso al infinito: si la validez (existencia) de una norma requiere la validez (existencia) de otra norma que otorga competencia para dictar la anterior, esta segunda norma requiere de la validez de una tercera norma y así hasta el infinito, lo cual conduce a la noción de norma fundamental⁶⁸, cuyas críticas ya fueron expuestas. Teniendo en cuenta lo anterior, este autor propuso una serie de requisitos que permitan distinguir la existencia jurídica de la validez. La necesidad de

⁶⁸ VON WRIGHT, 1963: 196 y ss.

distinguir entre existencia y validez ha sido planteada también por Alchourrón y Bulygin⁶⁹, en un sentido similar al de von Wright, pero haciendo algunas modificaciones a la propuesta de este último. Por otra parte, Guastini⁷⁰ también observa problemas en esta asimilación, pero propone un concepto de existencia un tanto diverso al de los anteriores autores. En el análisis de estas propuestas me centraré a continuación.

2.1. EXISTENCIA JURÍDICA, TAMBIÉN UN CONCEPTO CONTROVERTIDO

El concepto de existencia jurídica, así como el de validez, es también controvertido en la teoría jurídica. El término “existencia” en el ámbito jurídico se utiliza en diversos sentidos, pues tal como advierte Bulygin, tiene al menos cuatro significados: 1. La existencia fáctica; 2. La existencia como pertenencia; 3. La existencia como obligatoriedad, y; 4. La existencia formal⁷¹. El profesor argentino explica estos diversos significados:

1. La *Existencia fáctica*, con la que se alude a la incidencia que una norma tiene en los hechos dentro de un grupo social. Esta es una noción descriptiva y relativa a un grupo social determinado en un momento dado. Coincide con el concepto de eficacia de Kelsen, es decir, el hecho de que una norma sea obedecida, o bien, aplicada cuando éstas son incumplidas. Hay que recordar, sin embargo, que Kelsen utiliza el término existencia como sinónimo de validez, y no como eficacia. En efecto, Kelsen señala expresamente que la validez (entendida como existencia) es distinta a la eficacia, aun cuando esta última influya en cierto grado la primera⁷². La

⁶⁹ ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1979, 1981.

⁷⁰ GUASTINI, 1996, 2011b, 2013a.

⁷¹ BULYGIN, 1990: 508-510. El autor ha advertido en diversos trabajos la importancia de distinguir las distintas maneras en que utiliza la expresión “existencia”. Véase también BULYGIN, 1982, 1995a, 1999.

⁷² Al respecto afirma: «Si la existencia específica de una norma es designada como su “validez”, recibe así expresión la modalidad particular en que se presenta, a diferencia de la realidad de los hechos. [...] Puesto que la validez de una norma no es algo real, corresponde distinguir su validez de su eficacia, esto es, del hecho real de que ella sea aplicada y obedecida en los hechos, de que produzca fácticamente una conducta humana correspondiente a una norma. Que una norma valga quiere decir algo distinto a afirmar que ella es aplicada y obedecida en los hechos, aun cuando entre la validez y la eficacia pueda constituirse cierta relación. Una norma sólo es considerada como objetivamente válida cuando el comportamiento humano que ella regula se adecúa en los hechos, por lo menos hasta cierto grado. [...] Una norma jurídica adquiere validez ya antes de ser eficaz; es decir, antes de ser obedecida y aplicada; el tribunal que aplica en un caso concreto una ley, inmediatamente después de haber sido dictada y, por ende, antes de que haya podido ser

existencia fáctica coincide también con el concepto de vigencia de Ross, para quien la existencia jurídica de una norma, y con ello su pertenencia al sistema jurídico, depende de cuestiones de hecho. A grandes rasgos, en los términos de Ross, la vigencia consiste en la probabilidad de que una norma será utilizada por los jueces en la justificación de sus decisiones⁷³. El concepto de aceptación de Hart, entendida una como pauta de comportamiento de un grupo social, se relaciona también con la existencia fáctica de las normas⁷⁴.

efectiva, aplica una norma jurídica válida. Pero una norma jurídica deja de ser considerada como válida cuando permanece sin eficacia duraderamente. La eficacia es condición de la validez en aquella medida en que la eficacia debe aparecer en la imposición de la norma jurídica, para que no pierda su validez». KELSEN, 1960a: 24-25.

⁷³ Ross en *El derecho y la justicia* define a los sistemas jurídicos como «el conjunto de normas que efectivamente operan en el espíritu del juez, porque éste las vive como socialmente obligatorias y por eso las obedece. ROSS, 1958: 61. En esta misma línea afirma: «las aserciones referentes al derecho vigente son, de acuerdo con su contenido real, una predicción de acontecimientos sociales futuros. Éstos están fundamentalmente indeterminados y no es posible formular a su respecto predicciones exentas de ambigüedad». *Ibíd.*: 76.

⁷⁴ Véase HART, 1961: 64-85. Ahora bien, hay que mencionar que, según Hart, la aceptación no se reduce al simple hecho de la obediencia o aplicación de una regla por parte de los tribunales. Plantea que la aceptación es una práctica social que requiere, además, del punto de vista interno, lo cual explica del siguiente modo: «[...] donde se acepta una regla, Rex no sólo especificará de hecho lo que debe hacerse, sino que tendrá el *derecho o facultad (right)* de hacerlo; y no sólo habrá obediencia general a sus órdenes, sino que será generalmente aceptado que es correcto obedecerlo». *Ibíd.* 72. Luego continúa: «La aceptación de tal regla, y con ello su existencia, se manifestará durante la vida de Rex I, en parte a la obediencia a él, pero también en el reconocimiento de que la obediencia es algo a lo que él tiene derecho en virtud de que reúne las condiciones establecidas por la regla general. Precisamente en razón de que una regla aceptada en un determinado momento por un grupo puede referirse así en términos generales a los sucesores en la función legislativa, su aceptación fundamenta a la vez el enunciado jurídico de que el sucesor tiene derecho a legislar aún antes de que comience a hacerlo, y el enunciado fáctico de que probablemente recibirá la misma obediencia que recibía su predecesor». *Ibíd.*: 73-74. Y unas páginas más adelante: «[...] la aceptación general es aquí un fenómeno complejo, dividido, en cierto modo, entre los funcionarios y los ciudadanos comunes, que contribuyen de diferentes maneras a la misma y, con ello, a la *existencia* de un sistema jurídico. Se puede decir que los funcionarios del sistema reconocen explícitamente aquellas reglas fundamentales que confieren autoridad legislativa: los legisladores, cuando dictan normas de acuerdo con las reglas que los facultan a dictarlas, los tribunales, cuando identifican como normas a ser aplicadas por ellos las dictadas por personas así facultadas, y los expertos, cuando guían a los ciudadanos comunes por referencia a las normas dictadas de esa manera. El ciudadano común manifiesta su aceptación, en gran medida, mediante la aquiescencia con los resultados de los actos oficiales». *Ibíd.* 76. En la misma línea, sobre la eficacia entendida como aplicación de los tribunales, formula una crítica al realismo jurídico: «Hay una diferencia, que es crucial para la comprensión de los problemas jurídicos, entre la verdad de que para que una ley sea derecho los tribunales tienen que aceptar la regla de que ciertos actos legislativos crean derecho, y la engañosa teoría de que nada es derecho hasta que sea aplicada en un caso particular por un tribunal». *Ibíd.*: 82. Estas tesis de Hart no han estado exentas de críticas, al respecto puede verse, citando a modo de ejemplo: BOBBIO, 1968, 1975; BULYGIN, 1965; GUASTINI, 1996: 388 y ss.; 1997; 2005a.

2. La *existencia como pertenencia* es la que apunta hacia la identificación de las normas que integran un determinado sistema jurídico. Esta noción también es descriptiva y relativa a un sistema jurídico en concreto. El enunciado “la norma N existe” significa “la norma N pertenece al sistema jurídico Sj”. Ahora bien, hay que tener en cuenta que se han propuesto distintos tipos de criterios de identificación para determinar a las normas que integran un sistema jurídico, tales como; el criterio de la legalidad, o éste junto con la deducibilidad, o bien, el de la vigencia. La relación entre la existencia, la pertenencia y la validez será abordada más adelante.
3. La *existencia como obligatoriedad* coincide con la noción de validez como fuerza obligatoria de Kelsen, es decir, con el deber de cumplir con una norma jurídica. La existencia de una norma, cuando es utilizada en este sentido, coincide con su obligatoriedad. Esta noción, como se explicó previamente es, de acuerdo con gran parte de las reconstrucciones, de carácter prescriptiva y absoluta, en tanto no indica una relación sino un atributo.
4. La *existencia formal* es la noción más elemental y de mayor abstracción. Esta consiste en que una norma existe si ha sido promulgada, o bien, formulada por la autoridad aparentemente competente, según la postura que se adopte, las que serán revisadas enseguida. Hay que tener en cuenta que esta noción de existencia alude a las normas legisladas, y no abarca a las normas consuetudinarias.

Los distintos tipos de existencia señalados por Bulygin pueden coincidir entre sí. Así la *existencia fáctica* y/o la *existencia formal* podrían coincidir con la noción de *existencia como pertenencia*, según sea el criterio que se defiende para identificar a las normas de un sistema jurídico. Previo a entrar en los debates acerca de la correspondencia entre los términos de existencia-pertenencia-validez, cabe advertir que no es ésta la única cuestión debatida en torno al concepto de existencia de normas. Hay debates acerca de la ontología de las normas, en los que se discute si la existencia de una norma es una

cuestión empírica, o bien, si es que sólo existen de modo ideal o abstracto. Este enfoque ontológico ha sido desarrollado por autores como Ricardo Caracciolo⁷⁵, quien sostiene que los distintos tipos de existencia expuestos por Bulygin se corresponden más bien a distintas nociones de norma y a sus criterios de identificación. Dependiendo de qué se entienda por norma, según afirma, se determina su *modo de existencia*⁷⁶. Sólo me referiré superficialmente a esta discusión, para luego continuar con los aspectos que inciden de modo más directo en el tema de este trabajo.

A grandes rasgos, y utilizando la clasificación de Alchourrón y Bulygin existen dos grandes concepciones acerca de las normas⁷⁷: la *concepción hilética o semántica* de las normas y la *concepción expresiva o pragmática* de las mismas.

Según quienes sostienen una *concepción hilética*, las normas son similares a las proposiciones, es decir, a los significados de ciertas expresiones lingüísticas. Si las proposiciones son consideradas como el significado de las oraciones descriptivas, las normas son consideradas significados de oraciones normativas que tienen un sentido prescriptivo, es decir, indican lo que *debe, no debe o puede hacerse*⁷⁸. La existencia de las normas, de acuerdo con la concepción hilética, no depende de ninguna expresión

⁷⁵ Véase CARACCILO, 1997.

⁷⁶ CARACCILO, 1997: 159. También en este sentido, ORUNESU, RODRÍGUEZ Y SUCAR, 2001.

⁷⁷ ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1981. Los autores agrupan en dos concepciones las que, tradicionalmente y en función de su relación con el lenguaje, eran agrupadas en cuatro: 1. La *concepción sintáctica*, según la cual, las normas se identifican con ciertas entidades lingüísticas en las que se utilizan expresiones, tales como, “prohibido”, “obligatorio” o “permitido”. De acuerdo con von Wright, esto corresponde a las “formulaciones normativas” (VON WRIGHT, 1963: 109). 2. La *concepción semántica*, según la cual, las normas son los significados de las formulaciones normativas. Los enunciados a través de los cuales las normas son formuladas son meras prescripciones lingüísticas, y las normas son los significados de tales enunciados prescriptivos. 3. La *concepción mixta sintáctica-semántica*, que es aquella que postula que las normas son la correlación entre una formulación normativa y su significado, de manera que son entidades lingüísticas bajo cierta interpretación (así, por ejemplo, MORESO Y NAVARRO, 1993: 31). 4. La *concepción pragmática*, es la que afirma que las normas son el resultado del uso prescriptivo del lenguaje. Alchourrón y Bulygin eliminan en su clasificación a la concepción sintáctica, por considerarla deficiente para explicar que una misma expresión lingüística, como por ejemplo «prohibido pisar el césped», puede servir tanto para expresar una norma en sí, como para expresar una proposición normativa que describa que hay una norma que ordena determinada conducta. También eliminan la concepción mixta, por ser nada más que un refinamiento de la primera. La concepción hilética se corresponde con la concepción semántica, y la concepción expresiva de las normas con la concepción pragmática. ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1979: 37-41, y 1981. En este sentido también véase FERRER Y RODRÍGUEZ, 2011: 35-36.

⁷⁸ ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1981: 122.

lingüística, de modo que existirían normas no formuladas. Pues una norma, según esta concepción, es una entidad abstracta puramente conceptual. Por su parte, las normas han de ser distinguidas de las *proposiciones normativas*, es decir, de las proposiciones descriptivas que afirman que, conforme con a cierta norma *p* es obligatorio, prohibido o permitido. Esta concepción es defendida, por nombrar a algún autor y a modo de ejemplo, por Caracciolo, quien propone que las normas sólo pueden ser entidades ideales o abstractas y que su existencia no depende de la ocurrencia de hecho alguno. Señala que, si bien es cierto que las normas se relacionan con ciertos eventos, como ser utilizadas para ordenar, o que puedan ser aceptadas u obedecidas, éstas no se identifican esos con sucesos temporales porque son contenidos significativos⁷⁹.

Según una *concepción expresiva*, en cambio, las normas son el resultado del *uso prescriptivo* del lenguaje. De acuerdo con esta concepción, defendida por Alchourrón y Bulygin⁸⁰, la existencia de las normas depende de ciertos hechos empíricos, como la formulación o la promulgación de la misma. De esta manera, sólo en el nivel pragmático, y no en el nivel semántico, pueden diferenciarse las aserciones, las preguntas y las órdenes. Las normas son principalmente órdenes y el ordenar es un acto lingüístico; son la formulación de una oración significativa en su uso imperativo⁸¹. A su vez, las normas deben ser distinguidas de las *proposiciones normativas*, que afirman la existencia de una norma de cierto contenido⁸².

⁷⁹ CARACCILO, 1997: 170.

⁸⁰ ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1981: 123.

⁸¹ Según plantean Alchourrón y Bulygin, una concepción expresiva de las normas puede aceptar, además de los actos de ordenar, otro tipo de actos normativos como, por ejemplo, los actos de rechazo. Señalan que, una de las variantes del expresivismo es el *imperativismo*, es decir, la teoría según la cual las normas sólo consisten en actos de ordenar. Sin embargo, el expresivismo no se reduce al *imperativismo*, estos autores reconocen otro tipo de actos normativos, tales como la derogación, y también a las normas permisivas. ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1981: 133.

⁸² Otra diferencia que plantean Alchourrón y Bulygin entre la concepción expresiva y la concepción hilética es en materia de lógica entre normas. De acuerdo con una concepción expresiva, así como no existen relaciones lógicas entre hechos, tampoco existen relaciones lógicas entre las normas, en tanto hechos. Lo anterior, sin embargo, no significa que no puedan darse relaciones lógicas entre las proposiciones que describen a las normas de un sistema jurídico. En la concepción hilética, en cambio, pueden reconocerse dos vertientes en relación a la verdad/falsedad de las normas. Según una primera vertiente, las normas son susceptibles de ser verdaderas o falsas. Para una segunda versión, es posible una lógica de normas, aun

Para cerrar este punto cabe mencionar que tanto Caracciolo como para Alchourrón y Bulygin, los dos tipos de concepciones son incompatibles. Estos últimos autores plantean al respecto que, si para el *expresivismo* las normas son expresiones en modo pragmático y, por tanto, no pueden ser parte del significado; para la *concepción hilética* son proposiciones o sentidos y, por tanto, independientes de cualquier uso pragmático⁸³. A su vez, según Caracciolo, la discusión supone que las entidades posibles sólo pueden existir de dos maneras recíprocamente excluyentes: empíricamente, o bien de modo ideal o abstracto. La diferencia básica consiste en que sólo las entidades empíricas pueden localizarse en el tiempo y en el espacio. Caracciolo advierte que, por una parte, se sostiene que una condición necesaria de la existencia de una norma N es su pertenencia a determinado sistema normativo Sj. De este modo, no existen las normas aisladas, pues las normas existentes pertenecen, en cualquier caso, a algún sistema. Pero, por otra parte, explica Caracciolo, se sostiene que la existencia de una norma es una cuestión de hecho que depende de la ocurrencia de determinados sucesos empíricos. De esta manera, la discusión supone una distinta ontología acerca de las normas y de sus criterios de identificación⁸⁴. Esto último es importante, dado que Alchourrón y Bulygin creen que la existencia de normas es una cuestión empírica, pero no proponen criterios empíricos de

cuando éstas no sean susceptibles de verdad o falsedad, para lo cual debe concebirse a la lógica de modo más amplio que la atribución de verdad o falsedad. ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1981: 133. La posibilidad de que una concepción semántica se aparte de la valoración de verdad o falsedad, ha sido criticada por Ferrer y Rodríguez. Para estos teóricos no hay espacio conceptual en la concepción semántica para rechazar la atribución de valores de verdad o falsedad. Explican que la única manera de distinguir semánticamente entre proposiciones (significados descriptivos) y normas (significados prescriptivos) es atribuyendo valores de verdad o falsedad a las normas. Por su parte, respecto a la concepción expresiva o pragmática, Ferrer y Rodríguez creen que una lógica de proposiciones normativas como la que plantean Alchourrón y Bulygin (en la que se apela a un sistema normativo lógicamente clausurado. ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1971: 120-124) en realidad presupone una lógica de normas, razón por la cual, prefieren la lógica de proposiciones normativas propuesta por von Wright que no apela a ello (VON WRIGHT, 1989, 2000). Sobre esto véase FERRER Y RODRÍGUEZ, 2011: 36-44.

⁸³ Ferrer y Rodríguez plantean que la concepción semántica y la concepción pragmática son más bien distintas concepciones del significado. Según una concepción semántica, el significado se explica exclusivamente en términos de condiciones de verdad, y la dirección de ajuste es del lenguaje hacia el mundo. De acuerdo con una concepción pragmática, en cambio, los aspectos pragmáticos del lenguaje son parte del significado y tendrían una dirección de ajuste del mundo al lenguaje, careciendo de valores de verdad. FERRER Y RODRÍGUEZ, 2011: 45.

⁸⁴ CARACCILO, 1997: 160. Ver también los modelos propuestos por Caracciolo en *Justificación normativa y pertenencia*. CARACCILO, 2009: 47-54.

identificación de las normas pertenecientes a un sistema jurídico, sino que la asimilan la pertenencia con la validez. Estas cuestiones serán desarrolladas en lo que sigue.

2.2. EXISTENCIA COMO UNA CUESTIÓN FÁCTICA

En uno de sus últimos escritos sobre el tema, contestando una de las críticas de Caracciolo, Bulygin, afirma: «las normas son “objetos ideales”, pero su existencia depende de hechos empíricos»⁸⁵. Tomaré esto último como punto de partida, es decir, que la existencia de las normas (al menos de las normas formuladas) se origina a partir de un hecho: la formulación de las mismas, pero no entraré en la discusión acerca de qué tipo de entidades son las normas jurídicas, o si es que no son entidades de tipo alguno⁸⁶.

Una vez que se toma este punto de partida, esto es, el de la existencia de las normas como una cuestión fáctica, hay también otros problemas relacionados en torno al acto que da lugar a la existencia de las mismas. Autores como von Wright y Alchourrón y Bulygin han propuesto el acto de promulgación, sin que se requiera que éste provenga del órgano competente. Guastini ha propuesto a la formulación por la autoridad *prima facie* competente. Creo que este segundo camino resulta más conveniente. En lo que sigue revisaré ambas propuestas.

Según Alchourrón y Bulygin⁸⁷, el hecho que da lugar a la existencia de las normas es el acto de promulgación, pues las normas son el resultado del uso prescriptivo de tal formulación lingüística. Esta idea de proponer al acto de promulgación como el hecho que da lugar a la existencia de las normas ya había sido planteado por von Wright en *Norm and Action*⁸⁸. No obstante, von Wright añade otros requisitos que, como detectaron Alchourrón y Bulygin⁸⁹, resultan problemáticos.

⁸⁵ BULYGIN, 2013: 254-255.

⁸⁶ Una propuesta de este último tipo puede verse en NARVÁEZ MORA, 2015.

⁸⁷ ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1979.

⁸⁸ VON WRIGHT, 1963.

⁸⁹ ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1979: 29, 31, 71. Ferrer hace observaciones similares a la de estos autores respecto a los requisitos para la existencia jurídica propuestos por von Wright. FERRER, 2000: 48-50.

Los requisitos que von Wright había propuesto para la existencia de una norma son dos⁹⁰: 1. Que haya sido emitida por una autoridad normativa, el cual conlleva otros dos: 1.1. La promulgación de la norma y; 1.2. La superioridad física de la autoridad, que le haga posible imponer una sanción⁹¹. 2. El segundo requisito es que haya sido recibida por los sujetos normativos, el cual, a su vez, supone: 2.1. La posibilidad de recepción de la norma por parte del sujeto normativo, y; 2.2. La posibilidad de adecuación de la conducta a lo prescrito por la norma. Por su parte, von Wright cree que la existencia de una norma comienza cuando se establece la relación entre la autoridad normativa y el sujeto normativo, y se termina cuando se disuelve la vinculación entre éstos.

Los principales problemas que se han detectado a los requisitos que plantea von Wright para la existencia de una norma se relacionan con: la exigencia de superioridad física de la autoridad normativa para poder aplicar sanciones, el relativo a la recepción de la norma por parte de los sujetos, y también, la vinculación normativa entre la autoridad y el sujeto normativo⁹². Respecto a la superioridad física, Alchourrón y Bulygin advierten que resulta un requisito excesivo, teniendo en cuenta, además, que en el caso de las normas permisivas no es en absoluto necesario. En relación a la vinculación entre la autoridad normativa y los sujetos normativos, observan que von Wright sólo tiene en mente a las denominadas “normas-comunicación”, es decir, las dirigidas a uno o varios sujetos individualizados (como, por ejemplo, las normas judiciales), y no a las normas generales dirigidas a una clase amplia de sujetos, las cuales existen con independencia de la recepción de los destinatarios⁹³. Por su parte, respecto a esto último, indican que la recepción de los destinatarios no es un requisito necesario, pues los sujetos normativos pueden ser indeterminados, advirtiendo también que, en bastantes casos las normas *subsisten* a las autoridades que las han dictado⁹⁴. Teniendo presente las críticas a la

⁹⁰ VON WRIGHT, 1963: 118 y ss.

⁹¹ Una idea similar respecto a la necesidad de una superioridad física de la autoridad se encuentra en BENTHAM, 1970 y en AUSTIN, 1832.

⁹² ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1979: 29; 1989: 69-102; FERRER, 2000: 49.

⁹³ ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1979: 24-25.

⁹⁴ ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1979:30-31; FERRER, 2000: 49-50.

propuesta de von Wright, Alchourrón y Bulygin señalan que el único requisito para la existencia de las normas es el acto de promulgación, cuestión que luego fue aceptada por el propio von Wright⁹⁵.

Si el acto de promulgación es el hecho que da lugar a la existencia de las normas legisladas⁹⁶, surge la pregunta de si es que es también un requisito que tal acto provenga de la autoridad competente. Alchourrón y Bulygin responden negativamente, argumentando que, en caso de que se exigiera la competencia de la autoridad, nos encontraríamos frente a los requisitos de la validez, y ésta no debe ser confundida con la existencia una norma, como ocurre en la teoría de Kelsen. En razón de lo anterior, estos autores prefieren reservar la exigencia de la competencia de la autoridad a la validez y no a la existencia. Hay que tener en cuenta que Alchourrón y Bulygin definen las normas válidas como aquéllas que son creadas por la autoridad competente⁹⁷ y, a su vez, incluyen en el concepto de “autoridad competente” a todos los requisitos de validez⁹⁸. En mi opinión, el requisito de órgano competente no implica que la existencia se convierta en la validez de las normas, debido a que la competencia del órgano es una de las condiciones de validez de las normas, pero no la única. Estas cuestiones serán sometidas a discusión en lo que sigue.

2.3. EL HECHO QUE DA LUGAR A LA EXISTENCIA JURÍDICA: LA FORMULACIÓN DE LA AUTORIDAD NORMATIVA COMPETENTE.

La exigencia de la autoridad competente puede constituir un requisito de la existencia de las normas, sin que ésta sea confundida con la validez. La competencia del

⁹⁵ «Para el tipo de permisos fuertes que he llamado permisos expresos o fuertes, el problema de la existencia es mejor solventado en la línea de Alchourrón y Bulygin. Estos permisos cobran existencia al ser “promulgados”». VON WRIGHT, 1989: 771.

⁹⁶ La promulgación, como hecho que da lugar a la existencia de las normas, hace referencia a las normas legisladas y no a la costumbre, que tiene lugar de una manera distinta, aspecto que no será abordado en este trabajo.

⁹⁷ Bulygin define “validez” de la siguiente manera: «Una norma es válida si, y sólo si, ha sido dictada por una autoridad competente. Una autoridad normativa es competente para dictar una norma si, y sólo si, existe una norma para dictar aquella». BULYGIN, 1967: 364.

⁹⁸ Véase también BULYGIN, 1988.

órgano es una condición necesaria de la validez, pero no suficiente. Para que una norma sea válida se requiere que se adecúe a todas las normas de producción jurídica, entre las cuales está la del órgano al que se le atribuyen poderes normativos, pero también el seguimiento de todas las reglas procedimentales, de las reglas que establecen las materias objeto de la regulación, y reglas que se refieren a los contenidos específicos que pueden o que no pueden tener las normas que se produzcan.

Una propuesta de éste tipo es la de Riccardo Guastini, quien distingue entre existencia fáctica y existencia jurídica de normas. La existencia empírica requiere simplemente que una norma sea formulada⁹⁹. La existencia jurídica, que implica la posibilidad de producir efectos jurídicos, y con ello, la pertenencia de una norma a un sistema jurídico determinado, requiere que se cumpla con *algunas* (no con todas) las normas sobre producción jurídica, esto es, las normas que inciden en creación y aplicación del derecho¹⁰⁰. La validez, en cambio, requiere la conformidad a todas las normas sobre producción, es decir, tanto las referidas al sujeto u órgano al que se atribuyen poderes normativos, como a las reglas de procedimientos, las que establecen las materias a regular y restringen la competencia a determinado ámbito, y las normas que predeterminan los contenidos¹⁰¹.

El concepto de existencia jurídica resulta vago o indeterminado si es que no es claro cuántas y cuáles normas sobre producción jurídica son necesarias. Sin embargo, como indica Guastini, para que una norma adquiera existencia debe ser creada por la autoridad *prima facie* competente¹⁰². Una autoridad competente es aquella a la que las normas del

⁹⁹ En una nota al pie de *Distinguiendo*, Guastini señala: «Debe entenderse que de lo que se está hablando es de la existencia *jurídica* de las normas. La existencia jurídica de las normas no debe confundirse con la existencia *empírica*. Las normas son entidades de lenguaje, de modo que adquieren existencia empíricamente simplemente cuando son *formuladas*. Naturalmente, una cosa es formular una norma y otra introducirla a un ordenamiento jurídico». GUASTINI, 1996: 340 (nota nº 10 de la página 320).

¹⁰⁰ Véase *Ibíd.*: 307-342.

¹⁰¹ *Ibíd.*: 311, 320. También en GUASTINI, 1993: 49; 2011b:87.

¹⁰² GUASTINI, 1995b: 130-136; 2002. El órgano competente como requisito mínimo para la existencia jurídica de una norma, puede extraerse también de la teoría de Hans Kelsen. A pesar de la ambigüedad con que utiliza los términos “validez” y “existencia”, el autor de la teoría pura subraya que la determinación del órgano competente es el mínimo que debe darse para que una norma sea considerada como parte del orden jurídico. En este sentido señala: «Inclusive cuando la norma superior sólo determina el órgano, es decir, el individuo que producirá la norma inferior, dejando a la apreciación de ese órgano la determinación

propio sistema jurídico atribuyen poderes normativos, es decir, es autorizada por una norma para producir otras. Al requisito de la formulación por autoridad competente, Guastini agrega también, el seguimiento de un mínimo de reglas procedimentales que permitan reconocer a la autoridad normativa como tal. No obstante, respecto a las reglas procedimentales que deben seguirse, Guastini concluye que no se puede establecer de antemano cuántas ni cuáles de éstas son necesarias para la existencia jurídica y, en consecuencia, tampoco puede establecerse con exactitud la línea de demarcación entre la existencia y la validez¹⁰³.

Todo lo anterior se relaciona con algunos debates en torno a las normas de competencia. En este punto no entraré en la discusión acerca del carácter y el objeto de las mismas (lo cual retomaré en la tercera parte del trabajo), pero a efectos de tener más claridad sobre la distinción entre existencia y validez, adelantaré algunas cuestiones.

Una buena parte de los teóricos del derecho, entre los cuales se sitúa Bulygin, integran en la noción de competencia a todas las condiciones de validez, de modo que creen que, para

del procedimiento y la determinación del contenido de la norma que debe producirse, la norma superior es aplicada en la producción de la inferior: la determinación del órgano es el mínimo de aquello que tiene que determinarse en la relación entre una norma superior y una inferior. Puesto que la norma que no se encuentra determinada en manera alguna en cuanto a su producción por una norma superior, no puede valer como una norma implantada dentro del orden jurídico, no perteneciéndole en consecuencia [...] Todo acto de producción del derecho tiene que ser un acto de aplicación del derecho: es decir tiene que ser aplicación de una norma jurídica previa al acto, para que pueda valer como un acto de la comunidad jurídica. De ahí que deba concebirse la producción de derecho como aplicación de derecho, inclusive cuando la norma superior sólo determina el elemento personal. El individuo tiene que cumplir la función de producción del derecho. Esta norma superior, determinante del órgano, es la que recibe aplicación en todo acto de ese órgano». KELSEN, 1960a: 245.

¹⁰³ GUASTINI, 1996: 321. Antes en GUASTINI, 1992: 183-185; 1994. Luigi Ferrajoli también plantea la diferencia entre existencia jurídica y validez, asociando la primera a la vigencia. A grandes rasgos, según propone este autor, para que un acto exista jurídicamente (es decir, esté en vigor) es necesario y suficiente que resulte conforme a alguna de las normas formales sobre producción jurídica que permita reconocerlo como tal. Observa que no puede determinarse *a priori* cuáles y cuántas normas formales deben seguirse para que tenga lugar la existencia jurídica de un acto, para lo cual habrá que atender a un sistema jurídico en concreto. Por su parte, para que un acto sea válido tiene que resultar conforme no sólo a algunas, sino a todas las normas formales sobre producción y, además, se requiere la observancia de las normas sustantivas sobre producción jurídica (apunta que deben admitir al menos un significado coherente con las mismas). Señala así que todo acto válido es vigente, pues según manifiesta este autor, la vigencia no es más que la existencia formal de un acto, de modo que la validez supone la vigencia, pero no viceversa. Las tesis de Ferrajoli sobre la distinción entre existencia como vigencia y validez pueden consultarse en su *Principia iuris*. FERRAJOLI, 2007: 497 y ss. (vol.2) Antes también en FERRAJOLI, 1983: 115 y ss.; 1998: 353-368.

que un órgano competente actúe como tal, se requiere el cumplimiento de todos los requisitos de la mismas. Otros autores (así, por ejemplo, Ross¹⁰⁴) incluyen en el concepto de competencia, no a todas las reglas que establecen requisitos para la validez normativa, pero sí a las reglas procedimentales, las cuales consideran inseparables de la noción de órgano competente. Una teoría distinta a las anteriores es la sostenida por Jordi Ferrer, para quien la competencia alude exclusivamente a los sujetos u órganos a los que se atribuye la propiedad de ser competente, excluyendo de las normas de competencia a las reglas procedimentales y a otras normas que pueden incidir sobre ésta, pero que no están incluidas en el concepto de competencia.

En mi opinión, Ferrer tiene razón al señalar que parece exagerado decir que la competencia requiere de la conformidad con todas las condiciones de validez, pues competencia y validez son conceptos distintos, aun cuando la segunda requiere de la primera. Comparto con este autor que es conceptualmente posible distinguir entre órgano al que se atribuye poderes normativos, de las condiciones de ejercicio de esa competencia¹⁰⁵. Pero, por otra parte, creo que en la práctica puede resultar dificultoso determinar si es que un órgano competente está actuando como tal, si es que no se acude, a lo menos, a algunas reglas procedimentales. El seguimiento de un mínimo de reglas procedimentales permite diferenciar los actos de un órgano competente *actuando en su rol*, de los actos que puedan realizar los sujetos que componen dicho órgano *actuando como particulares*. Así, por ejemplo, si un grupo de personas, que son parlamentarios, se reúnen en la casa de alguno de ellos para celebrar el fin de año, aun cuando pretendiesen formular una norma en ese contexto, ésta difícilmente podría adquirir existencia jurídica (es decir, producir efectos jurídicos), puesto que no serían

¹⁰⁴ Véase Ross, 1968: 93.

¹⁰⁵ Cabe observar que, por una parte, Ferrer concibe a la competencia como únicamente referida al órgano, distinguiendo a ésta de otras condiciones de ejercicio de la competencia que afectan la validez. Pero, por otra parte, asimila la validez con la pertenencia, y no en cambio, con la existencia entendida como formulación del órgano competente. Véase FERRER, 2000:6. Esto llama la atención, teniendo en cuenta que los autores que incluyen en el concepto de competencia a todas las condiciones de validez, asimilan esta última a la pertenencia, en cambio, quienes como Guastini separan a los criterios de validez de la noción de órgano competente, asocia a la pertenencia a la existencia jurídica.

identificados como actuando en su rol de autoridad normativa competente¹⁰⁶. Pues de acuerdo con el funcionamiento de la mayoría de los sistemas jurídicos actuales, para ser reconocido como un *órgano competente actuando en su rol*, los sujetos tendrán que contar con un poder normativo que les es conferido por una norma del sistema jurídico, pero, además, ajustarse a un mínimo de reglas procedimentales. Establecer cuáles y cuántas reglas procedimentales son necesarias para identificar a una autoridad normativa actuando como tal, es una cuestión que dependerá de cuestiones fácticas y estructurales de cada sistema jurídico en concreto¹⁰⁷. A esto creo también que parece apuntar Guastini con el término de “*prima facie*” o “aparentemente” competente. Para que una norma adquiera existencia jurídica debe ser formulada por quien sea identificado como un órgano competente actuando en su rol, pues de esta manera será reconocida como norma jurídica por los órganos aplicadores, de modo que la utilicen como fundamento de sus decisiones, produciendo así efectos jurídicos.

Las normas jurídicamente existentes (en tanto pueden producir consecuencias jurídicas) no coinciden, necesariamente, con las normas válidas. Pues, como se señaló, la validez requiere el seguimiento de todas las reglas de condición la validez normativa, también las referidas a las materias y a los contenidos. De acuerdo con el criterio planteado, son normas existentes: 1) las normas supremas o independientes (que no son válidas ni inválidas¹⁰⁸); 2) las normas válidas y; 3) las normas inválidas, es decir afectadas por un vicio, siempre y cuando, no hayan sido positivamente declaradas inválidas con efectos *erga omnes* por el órgano competente para ello y, por tanto, no hayan sido expulsadas del orden jurídico.

¹⁰⁶ Una situación similar es planteada por el propio Ferrer. Véase FERRER, 2000: 127-128, 139-40.

¹⁰⁷ En un sentido similar se planteaba Juan José Moreso en *Sobre las normas inconstitucionales* (MORESO, 1993: 103). En textos posteriores, sin embargo, Moreso incluye en la noción de normas de competencia a todos los requisitos de validez así, por ejemplo, en MORESO Y VILAJOSANA, 2004.

¹⁰⁸ Como se indicó en páginas anteriores, la validez entendida como conformidad no puede predicarse respecto de las normas constitucionales porque su producción no está regulada por otras normas. La norma suprema de un ordenamiento jurídico no puede ser válida, en tanto la validez depende de la autorización de una norma superior y no hay ninguna norma positiva que autorice la emanación de la constitución. GUASTINI, 2013a:85.

Lo anterior conduce a una importante cuestión y creo que es, en la línea de Guastini, el sentido de distinguir entre la existencia jurídica y la validez. Esto es, que incluso las normas que no satisfacen todos los requisitos para la producción normativa pueden, en los hechos, producir efectos jurídicos mientras no sean positivamente invalidadas por los órganos competentes para ello, expulsándolas con su decisión del orden jurídico¹⁰⁹. Así ocurre, al menos, en los sistemas jurídicos que tienen un control de constitucionalidad concentrado en un sólo órgano y que cuentan con instituciones como la presunción de conformidad constitucional. En razón de estas instituciones, los jueces y la administración deben aplicar las normas (aun irregulares), sin entrar a cuestionar su validez¹¹⁰, lo cual está reservado sólo a determinados órganos (así, por ejemplo, a un tribunal constitucional). Mientras estos últimos no decidan expulsar del orden jurídico a las normas que consideren no conformes a las normas sobre producción, éstas podrán producir efectos jurídicos y, en ese sentido, “existen” jurídicamente. De este modo, la eficacia es independiente de la validez, pues la existencia jurídica es, como señala Guastini, un requisito suficiente para que una norma tenga la capacidad de producir efectos jurídicos, en la medida que sea utilizada por los tribunales como fundamento de sus decisiones¹¹¹.

Resumiendo lo señalado en este apartado, me parece que la propuesta de Guastini acerca de la existencia jurídica es más satisfactoria que la de Alchourrón y Bulygin. Recuérdese que, según manifiestan Alchourrón y Bulygin, la existencia de una norma requiere del acto de promulgación sin que sea necesario que provenga de la autoridad competente, dado que, si así se exigiera se arribaría a los mismos requisitos de la validez, confundiendo ambos conceptos. Lo anterior se explica, por una parte, porque la noción de competencia de estos autores incluye a todos los requisitos de la validez. Al respecto he señalado que el requisito del órgano competente puede distinguirse de otros requisitos de la validez, aun

¹⁰⁹ GUASTINI, 1996: 313,320, 321,322.

¹¹⁰ Poner el acento en aspectos estructurales de cada sistema jurídico, como son los mecanismos de control de la regularidad, es lo que se echa en falta de la explicación que Bulygin ofrece al problema de las normas irregulares mediante el concepto de aplicabilidad, sobre el que me referiré en el próximo apartado.

¹¹¹ GUASTINI, 1996: 321. En este sentido véase también GUASTINI, 2010a: 262-264.

cuando en la práctica, a efectos de identificar a dicho órgano actuando en su rol, haya que acudir a un mínimo de reglas procedimentales. Al parecer, Alchourrón y Bulygin no conciben una existencia jurídica diversa de la validez, sino una existencia meramente empírica de normas (no jurídicas). Con el requisito de “acto de promulgación” no parecen aludir a un acto formal regulado por el sistema jurídico, sino a una formulación cualquiera. De este modo, según estos autores, o bien una norma es válida si es que se adecúa a todos y cada uno de los requisitos establecidos por las respectivas normas de ese sistema, o entonces sólo puede tener una existencia empírica, pero no jurídica.

Guastini, en cambio, admite un ‘término medio’, esto es, una existencia *jurídica* que no es una formulación cualquiera, sino que proviene de la autoridad competente, sin que con ello se requiera de la conformidad con todos los requisitos para la validez. Lo que me parece interesante de esta propuesta es, precisamente, que el concepto de existencia jurídica brinda un espacio conceptual para dar cuenta de las normas irregulares. Pues una norma que no resulta conforme a todos y cada uno de los requisitos para la producción normativa, puede producir igualmente efectos jurídicos si es aplicada, para lo cual, los órganos aplicadores tienen que identificarla, al menos, como una norma jurídica. La existencia jurídica y la eficacia de una norma dependen de cuestiones fácticas: el hecho de la formulación de la autoridad normativa competente y la producción de efectos jurídicos. Esto tiene que ver con una serie de hechos sociales complejos, en los que hay que considerar el funcionamiento y estructura de los sistemas jurídicos en concreto.

3. SOBRE LA PERTENENCIA DE LAS NORMAS A UN SISTEMA JURÍDICO

3.1. ¿VALIDEZ IMPLICA PERTENENCIA, O EXISTENCIA IMPLICA PERTENENCIA?

He señalado unas páginas atrás que conviene restringir el uso del término validez a la conformidad con las normas que regulan la producción normativa, tanto las que establecen requisitos formales, referidos al órgano competente y al procedimiento, como las que regulan criterios materiales o de contenido. Se mencionaron los inconvenientes, detectados ya por una serie de autores, de confundir ese sentido de validez con la obligatoriedad u aplicabilidad de las normas. También se sostuvo que conviene distinguir entre la validez como conformidad a todas las normas sobre la producción con la existencia de una norma, para la cual basta la formulación de la autoridad competente. Con todo, hay otro foco de discusión que surge de la distinción entre existencia y la validez, el cual versa acerca de cuál de estos dos conceptos implica la pertenencia de una norma a un sistema jurídico. Es decir, si es que sólo las normas válidas, en tanto conformes, pertenecen a un ordenamiento jurídico (el sentido de validez como pertenencia de Kelsen), o si bien, si es que basta con que una norma haya adquirido existencia jurídica para considerarla como perteneciente a un sistema jurídico. En lo que sigue me referiré a estas alternativas conceptuales.

3.1.1. Pertenencia como sinónimo de validez (criterios de identificación: legalidad y deducibilidad)

Gran parte de la literatura jurídica (así por ejemplo Kelsen, Hart, von Wright, Alchourrón y Bulygin, Moreso, Ferrer, por mencionar algunos) utiliza el término de validez para designar la pertenencia de las normas a un sistema jurídico. En esta línea Bulygin sostiene en *Tiempo y Validez*:

«Todo lo que hace falta para que una norma N_i sea válida en el sentido de pertenencia es que haya sido creada de acuerdo a otra norma N_j perteneciente al sistema en el momento de la promulgación de N_i »¹¹².

Alchourrón y Bulygin asumen como criterios de pertenencia de las normas jurídicas formuladas la validez o legalidad¹¹³, y para las normas no formuladas, la deducibilidad. De acuerdo con estos criterios, pertenecen a un sistema jurídico las normas que han sido creadas conforme con las normas que regulan su creación y también todas las normas que sean consecuencias lógicas de éstas¹¹⁴. Esto conduce a la distinción entre normas formuladas y normas no formuladas. Las primeras, según estos criterios, pertenecen al sistema jurídico en tanto han sido formuladas por las autoridades normativas correspondientes; las normas no formuladas, en cambio, deben su pertenencia al sistema porque son una consecuencia lógica de una norma formulada¹¹⁵.

A esta propuesta de Alchourrón y Bulygin algunos autores han añadido precisiones; así, por ejemplo, Caracciolo plantea que la deducibilidad es un criterio para dar cuenta del carácter estático de los sistemas jurídicos, en cambio, la legalidad es el criterio de pertenencia a la secuencia dinámica del derecho. Pues el sistema dinámico sería en realidad un conjunto de sistema estáticos¹¹⁶. Rodríguez, en esta línea, propone que la legalidad no es un criterio de pertenencia de las normas derivadas a un sistema estático, sino para determinar cuándo admitir un nuevo sistema estático a un sistema dinámico. Afirma que, cuando en razón del criterio de legalidad se admite un nuevo sistema estático a la secuencia dinámica como resultado de un acto de promulgación, dicha norma pasa a formar parte del nuevo sistema de la secuencia¹¹⁷. A diferencia de lo que sostienen Alchourrón y Bulygin, Rodríguez plantea que la deducibilidad no es un criterio de

¹¹² BULYGIN, 1982: 207. Esta idea también está en *NS* la cual los autores repiten en varias ocasiones. Véase especialmente ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1971: 119,120, 137.

¹¹³ Para ver los distintos sentidos en que se utiliza la expresión "legalidad", véase GUASTINI, 1995b: 35-66.

¹¹⁴ ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1971: 86-89 y 1979: 73-76.

¹¹⁵ ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1976: 396.

¹¹⁶ CARACCILO, 1988: 66-67. La propuesta de Raz de distinguir entre sistemas momentáneos y no momentáneos apuntaba hacia una cuestión similar. RAZ, 1970.

¹¹⁷ RODRÍGUEZ, 2011: 135. También Moreso y Navarro se han pronunciado sobre el papel de los criterios de legalidad y deducibilidad. Sobre ello puede verse MORESO Y NAVARRO, 1993.

pertenencia a los conjuntos de la secuencia dinámica del orden jurídico, sino que es un aspecto que está vinculado con la labor de la dogmática a la hora de justificar o reconstruir las decisiones judiciales, con lo cual se busca dar cuenta de las normas que son relevantes para la solución de un caso¹¹⁸.

No profundizaré sobre las discusiones acerca del rol de los criterios de legalidad y deducibilidad en relación con la noción de estática y dinámica jurídica. Lo que en este punto me interesa es poner en discusión, por una parte, a las tesis que asimilan a la validez como conformidad con la pertenencia de las normas a un sistema jurídico, y por otra, a las tesis que vinculan la existencia jurídica y la pertenencia y que proponen criterios empíricos de identificación de las normas, como son la eficacia o la vigencia. Antes de pasar a esto último, hay que advertir que la deducibilidad y la legalidad son propuestos como criterios de pertenencia (a un sistema estático y secuencia dinámica respectivamente) de las normas dependientes. Respecto a las normas *independientes* o *soberanas*, como el caso de la primera constitución, dado que no hay una norma anterior a la que puedan o no resultar conformes, no puede decirse que sean válidas o inválidas en el sentido de conformidad. Pero como se utiliza la expresión validez también en sentido de pertenencia, se señala que las normas soberanas son válidas o pertenecen al orden jurídico *por definición*, en tanto son las normas que dan origen al sistema jurídico¹¹⁹.

Por su parte, respecto a las normas irregulares, para quienes asimilan la validez como conformidad con la pertenencia de las normas a un sistema jurídico, como puede deducirse, éstas no pertenecen a los sistemas jurídicos en cuestión. Lo señala expresamente Bulygin, para quien las normas irregulares no pertenecen al sistema jurídico, pero son aplicables si es que existe en el mismo sistema otra norma que ordena su aplicación¹²⁰. Moreso y Vilajosana también proponen que las normas irregulares no

¹¹⁸ RODRÍGUEZ, 2006; 2011: 138.

¹¹⁹ VON WRIGHT, 1963: 192, ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1971: 73-74; 1979:74.

¹²⁰ BULYGIN, 1982: 106.

pertenecen a los sistemas jurídicos y, siguiendo en ello a Bulygin, explican que éstas puedan tener efectos jurídicos a través del concepto de la aplicabilidad¹²¹.

Por último, cabe recordar que, en general, quienes plantean que la validez y la pertenencia de una norma a un sistema jurídico son términos sinónimos, definen a una norma válida como una norma formulada por la autoridad competente. Con el término “autoridad competente” incluyen, sin embargo, a todas las normas que determinan la validez de una norma. Así lo plantea Bulygin, von Wright y también Moreso y Vilajosana, por nombrar algunos¹²². Una excepción es Ferrer, quien- como se señaló- distingue entre competencia y otras normas que condicionan validez, reservando la competencia exclusivamente a las normas que aluden a sujeto u órgano con poderes normativos. Pero, por otra parte, asimila la validez como conformidad a la pertenencia de las normas a un sistema jurídico¹²³.

¹²¹ MORESO, 1997: 155-154; MORESO, Y VILAJOSANA, 2004: 118-119. Moreso en publicaciones anteriores tenía un planteamiento distinto. Así, en *Sobre las normas Inconstitucionales* (MORESO, 1993) propone que hay que buscar un criterio de pertenencia que no sea parasitario de normas (tanto la legalidad como la obligación de aplicación impuesta por otra norma son criterios parasitarios de normas). Proponía que este criterio podía ser la vigencia, la cual explica de la siguiente manera: «una norma N pertenece al corpus C de la sociedad S sí, y sólo sí, es vigente en la sociedad S. Una norma es vigente en la sociedad S si, y sólo si, ha sido promulgada con éxito y no ha sido eliminada con éxito» (Ibíd.: 103). Que la norma sea “promulgada con éxito” lo explica señalando que «sólo aquellos órganos de los que existe la creencia de que tienen autorización para dictar normas según el Derecho, o hacia los que se tenga la actitud o disposición a obedecer, pueden promulgar con éxito normas o eliminarlas con éxito» (ibídem). Concluye que la verdad del enunciado “N es una norma jurídica vigente en la sociedad S” no depende de lo que digan otras normas jurídicas, sino que depende de una multitud de hechos sociales complejos, entre los cuales las creencias de los individuos tienen un lugar importante. Sin embargo, como se señala en el cuerpo de este trabajo, años después Moreso abandona este planteamiento y circunscribe la pertenencia a la legalidad de las normas.

¹²² Bulygin en su texto *Sobre las normas de competencia* hace afirmaciones que conducen a lo anterior. Véase BULYGIN, 1988: 496-497. Esta tesis de Bulygin será retomada en la tercera parte del trabajo, al referirme a su noción acerca de las normas de competencia. A su vez, von Wright afirma que una norma es válida si «la autoridad que la emite tiene un permiso equivalente a un derecho de emitir la norma». VON WRIGHT, 1963: 210. Por su parte, Moreso y Vilajosana apuntan: «La idea de norma válida como dictada por un órgano competente es merecedora de algunas aclaraciones: (...) Que el órgano sea competente significa en este contexto que tal órgano respeta las normas procedimentales y materiales que regulan la posibilidad de que el órgano cree normas». Moreso, VILAJOSANA, 2004:118.

¹²³ Ferrer constata la ambigüedad del término “validez” en la teoría jurídica, pero prefiere, en la línea de Bulygin, utilizarlo como sinónimo de pertenencia Véase FERRER, 2000: 6.

3.1.2. Pertenencia como sinónimo de producción de efectos jurídicos (criterios de identificación: eficacia, vigencia)

Una tesis diversa sobre la pertenencia es la de autores que se adhieren a las teorías realistas de derecho. Tomaré como exponente a Guastini, quien, en su propuesta sobre la distinción entre existencia y validez, se aparta de la literatura mayoritaria y asocia la pertenencia a la existencia jurídica. De acuerdo con esta tesis, basta con que una norma sea formulada por la autoridad *prima facie* competente para que ésta *pertenezca* al sistema jurídico. De este modo, según este autor, la existencia es una condición suficiente para la eficacia, y por ello, para que una norma sea considerada parte un sistema jurídico. En sus palabras:

«[...] Quiero subrayar que el dictado de conformidad con algunas de las normas sobre la producción jurídica (no con todas) es condición suficiente de la existencia jurídica de una norma: es condición suficiente para que esa norma entre a formar parte del ordenamiento jurídico (existencia jurídica significa precisamente pertenencia a un determinado ordenamiento)»¹²⁴.

Sostiene Guastini que la validez indica la relación de una norma con otra, en cambio, la pertenencia indica la relación de una norma con el orden jurídico. Guastini afirma que los criterios de validez y pertenencia son, como muestra Bulygin, reglas conceptuales o definiciones¹²⁵. Pero que las normas de competencia sean parte de la definición de los criterios de validez o de pertenencia, es decir, que estén mencionada en ellos esto no implica que sean lo mismo que la validez o que la pertenencia¹²⁶. De esta manera es que argumenta que los criterios para determinar una y otra son diferentes: el criterio para determinar la validez es la conformidad a todas las normas sobre producción jurídica; la pertenencia de una norma se relaciona con su existencia (por tanto, con la formulación de

¹²⁴ GUASTINI, 1996: 311. La misma idea está en GUASTINI, 1995b: 130 y ss.

¹²⁵ BULYGIN, 1995a: 213 y ss.

¹²⁶ GUASTINI, 1995a: 263.

la autoridad competente), y con la capacidad de una norma de producir efectos jurídicos¹²⁷.

El profesor italiano señala que tienen existencia jurídica o pertenecen a un ordenamiento jurídico las normas que: 1) hayan sido producidas conforme con, al menos, una norma sobre producción jurídica, especialmente las normas de competencia; o 2) aun cuando no tengan validez formal, hayan adquirido vigencia, eso es, sean generalmente aceptadas y observadas por sus destinatarios¹²⁸.

Guastini opta así por criterios empíricos de pertenencia, que apuntan hacia los efectos jurídicos de las normas, como es la vigencia. El concepto de vigencia de Guastini, puede arraigarse a la teoría del derecho de Alf Ross, pero con algunos matices. Este último autor definía a la vigencia del siguiente modo:

«el conjunto de normas que efectivamente operan en el espíritu del juez, porque éste las vive como socialmente obligatorias y por eso las obedece»¹²⁹.

Según presenta Ross, las normas jurídicas son directivas dirigidas a los jueces que se identifican mediante el criterio de la vigencia. Lo decisivo para aseverar la vigencia de una norma es la aplicación efectuada por los tribunales. Plantea que la afirmación de que cierta norma es vigente es una predicción de que ésta será aplicada por los órganos correspondientes para fundamentar sus decisiones futuras. Una regla, según Ross, puede ser derecho vigente en un mayor o en un menor grado de probabilidad con el que se puede predecir si será aplicada¹³⁰. De esta manera es que sostiene que la aserción “la norma D es derecho vigente” es una predicción de que cierta directiva será aplicada en el futuro por los jueces, para lo cual éstos deben sentirse obligados por tal directiva, razón por la cual las obedece¹³¹.

¹²⁷ En este sentido, GUASTINI, 1996: 310.

¹²⁸ GUASTINI, 1995a: 263.

¹²⁹ ROSS, 1958: 61.

¹³⁰ *Ibíd.*: 71-76.

¹³¹ *Ibíd.*: 99-102.

En consecuencia, el concepto de vigencia de Ross incluye no sólo la observación del comportamiento externo del juez, sino también que éste tenga un sentimiento de obligatoriedad respecto de la norma. Esto último es un requisito que, como ha observado Bulygin, resulta innecesario. Además de ésta, hay otras precisiones que el profesor argentino ha hecho al concepto de vigencia de Ross. Bulygin advierte también que la proposición “la norma D es derecho vigente” no es, tal como propone Ross, una *predicción* de futuras aplicaciones, sino una *propiedad disposicional*, según la cual, si se dan determinadas circunstancias, la norma en cuestión será aplicada¹³². Respecto al primer problema mencionado, Bulygin detecta que Ross comete un error al vincular el concepto de vigencia a la psicología del juez. Lo decisivo para determinar la vigencia de una norma es que se utilice como fundamento de la decisión, independientemente de los motivos o sentimientos (sean o no de obligatoriedad) que el juez tenga respecto de la norma¹³³. De esta manera, basta que el juez invoque la norma para fundamentar su decisión, cualesquiera sean los motivos que tenga para ello. Teniendo en cuenta estos problemas, Bulygin define la vigencia de una norma de la siguiente manera:

«Una norma es vigente si, y sólo si, hay buenas razones para afirmar que sería aplicada en caso que se dieran las condiciones para su aplicación (vigencia es entendida como una propiedad disposicional)»¹³⁴.

Ahora bien, retomando la propuesta de Guastini acerca de la pertenencia, el concepto de vigencia que este autor tiene en cuenta, para proponerlo como criterio de identificación de las normas de un sistema jurídico, es muy cercano al de Bulygin. Sin embargo, hay que advertir que el concepto de vigencia presentado por Bulygin no implica que el profesor argentino plantee que la vigencia sea un criterio de pertenencia de las normas a un sistema jurídico. Como se señaló, no obstante que muestra que la vigencia es una cuestión

¹³² BULYGIN, 1963: 345-346.

¹³³ *Ibíd.*, 348. También en BULYGIN, 2005a: 23 y ss.

¹³⁴ BULYGIN, 1967: 364. Cabe advertir que Bulygin también critica la idea de Ross (y también de Kelsen), según la cual, las normas sólo están dirigidas a órganos. Bulygin acepta el uso extrajudicial a efectos de determinar la vigencia de las normas, en tanto los particulares también las utilizan para tomar decisiones, de modo que las normas obedecidas por estos son también normas vigentes.

muy importante para la teoría jurídica, para Bulygin los criterios de pertenencia son la legalidad y la deducibilidad.

En una publicación reciente dedicada al *Realismo jurídico genovés*¹³⁵, Jorge Luis Rodríguez presenta algunas críticas a la tesis que Guastini presenta en un artículo del mismo libro. Una de éstas, y en lo que aquí interesa, consiste en señalar que la distinción entre existencia y validez y, sobre todo, la asociación entre existencia jurídica y pertenencia, reiteradas por el profesor genovés, resultan contrarias a la estructura jerárquica del orden jurídico¹³⁶. Previo a desarrollar sus objeciones, Rodríguez reconoce que, teniendo en cuenta que las normas no existen de manera aislada, sino formando un conjunto más o menos complejo, la distinción de Guastini resulta razonable. También observa que las normas pueden ser agrupadas de acuerdo con distintos criterios, uno de ellos puede ser la conformidad con ciertas normas del sistema jurídico (legalidad), pero también pueden ser identificadas según el criterio de la vigencia sugerido por Guastini. Sin embargo, según Rodríguez, la propuesta de Guastini conduce a la debilitación de la estructura jerarquía, de acuerdo con la cual, hay una ordenación de preferencia entre las normas de *lex superior*, pues las normas constitucionales se encuentran en un nivel privilegiado frente a las normas infraconstitucionales. Esto supone que, en caso de incompatibilidad entre ambas, debe rechazarse el ingreso al sistema de normas que contradigan a las normas constitucionales¹³⁷.

Rodríguez plantea que hay una segunda interpretación de la estructura jerárquica, la cual consiste en concebir la preferencia de las normas constitucionales, no como un criterio de pertenencia, sino como criterio de aplicabilidad. De acuerdo con esta interpretación, el criterio de la *lex superior* operaría como una directriz hacia los jueces, indicándoles cómo resolver en caso de conflicto entre normas. Según sostiene Rodríguez, Guastini se acogería a esta segunda interpretación, dado que sostiene que, aun cuando las normas de rango infraconstitucional puedan resultar incompatibles con las normas de rango constitucional,

¹³⁵ FERRER Y RATTI (eds.), 2011.

¹³⁶ GUASTINI, 2011b: 81-116; RODRÍGUEZ, 2011: 117-146.

¹³⁷ RODRÍGUEZ, 2011: 118.

éstas pertenecen al sistema de referencia siempre que hayan sido efectivamente formuladas por la autoridad competente. Para Rodríguez esta es una versión debilitada de la estructura jerárquica, en tanto los criterios de preferencia de las normas constitucionales serían externos al sistema, considerando que sólo operan como directivas a los jueces que le indican qué norma dejar de lado en caso de conflicto¹³⁸.

A lo anterior, Rodríguez añade otra tesis sostenida por Guastini que considera difícilmente compatible con la estructura jerárquica. Según explica, esta es la tesis del carácter constitutivo de la decisión de los órganos que controlan la constitucionalidad de las normas jurídicas. De acuerdo con Guastini, los órganos que controlan la validez no se limitan a declarar una inconstitucionalidad preexistente, según pautas objetivas, sino que constituyen esta inconstitucionalidad mediante una decisión interpretativa¹³⁹. Rodríguez plantea que la tesis del carácter constitutivo de las decisiones sobre la inconstitucionalidad debilita aún más la tesis de la estructura jerárquica de las normas del orden jurídico. Esto, según sostiene, porque supone que no hay jerarquía alguna entre normas constitucionales e infraconstitucionales que sea preexistentes a la decisión del órgano, como tampoco que existan pautas objetivas de corrección. Según expone Rodríguez, si la decisión sobre la constitucionalidad es de carácter constitutivo, entonces con ésta no habría ninguna “afirmación de derecho”, sino una decisión política, puramente discrecional¹⁴⁰.

Por último, Rodríguez señala que le parece extraño que el profesor italiano sostenga, al mismo tiempo, que los órdenes jurídicos modernos son de carácter mixto estático-

¹³⁸ *Ibíd.*: 120-121.

¹³⁹ La tesis del carácter constitutivo de las sentencias era también sostenida por Kelsen (KELSEN, 1960a: 277), y criticada por Bulygin (BULYGIN, 1995b: 19 y ss.). Según manifiesta Bulygin, esta tesis implica una confusión entre el carácter definitivo o irrevocable de las sentencias de última instancia y la infalibilidad o corrección de las decisiones judiciales. Esta distinción entre el carácter definitivo y la infalibilidad de las sentencias había sido planteada por Hart (HART, 1961: 176-183). La discusión acerca del carácter constitutivo vs. el carácter declarativo de las sentencias será desarrollada en la próxima parte del trabajo dedicada al análisis de la tesis de la cláusula alternativa tácita de Kelsen.

¹⁴⁰ RODRÍGUEZ, 2011: 121-123. El autor ofrece además otros argumentos como, por ejemplo, que la tesis del carácter constitutivo de los pronunciamientos acerca de la inconstitucionalidad difumina la diferencia sostenida por el propio Guastini entre la declaración de constitucionalidad y la derogación. Para ello véase *Ibíd.* 125.

dinámico, de modo que no sólo incluyen criterios formales de validez, sino también criterios materiales que aluden a los contenidos que deben tener las normas jurídicas. Rodríguez plantea que, si la validez no es una condición necesaria para la pertenencia de una norma a un sistema jurídico (en tanto basta la existencia concebida como la formulación por la autoridad competente), entonces los criterios materiales de validez no tendrían ninguna incidencia sobre la pertenencia de las normas a un sistema jurídico¹⁴¹. Por su parte, según manifiesta este autor, la tesis del carácter mixto de los sistemas jurídicos supone una confusión entre los criterios de pertenencia a los sistemas estáticos, entendido como conjuntos de normas, y los criterios de pertenencia de tales sistemas estáticos a una secuencia dinámica, lo cual fue mencionado algunas páginas atrás.

En mi opinión, las objeciones que plantea Rodríguez a la propuesta de Guastini sobre la pertenencia pueden contestarse, o al menos ser matizadas, teniendo en cuenta lo siguiente: las tesis de Guastini sobre pertenencia como existencia jurídica, así como la tesis del carácter constitutivo de las decisiones de los órganos a cuyo cargo está el control de constitucionalidad, están destinadas a dar cuenta de cuestiones fácticas. Esto es, de los efectos jurídicos que pueden producir las normas que hayan sido formuladas por las autoridades normativas, a pesar de la irregularidad con que fueran creadas (sea por contradecir algunos de requisitos formales de procedimiento, ya sea por incumplir con los requisitos materiales). Así como, que el pronunciamiento de los órganos que controlan la regularidad “constituye” la invalidez, en el sentido de que sólo a través de esta decisión interpretativa es que las normas son *efectivamente* expulsadas del orden jurídico. Lo anterior, porque sólo desde ese momento es que ya no pueden ser usadas por los órganos aplicadores como fundamento de sus decisiones. Previo a esta decisión, aun cuando sean interpretadas como invalidas por los juristas o por la ciudadanía, las normas irregulares pueden ser aplicadas. Esto será desarrollado en el punto siguiente.

¹⁴¹ RODRÍGUEZ, 2011: 126-127

3.2. DISTINTOS CRITERIOS PARA DISTINTOS MODOS DE ENTENDER LA “PERTENENCIA” DE LAS NORMAS A UN SISTEMA JURÍDICO

Los diversos criterios de identificación de las normas que han sido propuestos por la literatura jurídica (el criterio de la legalidad y deducibilidad, por un lado, y los criterios empíricos como la eficacia y la vigencia, por otro) están dirigidos a observar cuestiones diversas, pues el término “pertenece” se usa en distintos sentidos. Quienes proponen la legalidad y la deducibilidad como criterios, usan el término “pertenecen” centrando su atención o buscando dar cuenta de que, por regla general, las autoridades normativas se encuentran restringidas por ciertas normas del propio sistema que establecen requisitos para la creación normativa. Por otra parte, quienes proponen criterios empíricos de identificación dan al término “pertenencia” un sentido diverso, este es, como sinónimo de capacidad de producir efectos jurídicos. Esto último no implica, sin embargo, negar que en los sistemas jurídicos puedan existir normas que establezcan requisitos para la producción normativa, tanto formales como materiales. Tampoco obsta a que estos criterios sean reconstruidos por los teóricos del derecho a través de conceptos como el de validez formal o material, ni que se establezcan relaciones de prioridad entre las normas.

Lo que acabo de señalar es una cuestión que Rodríguez, no obstante las objeciones que plantea a la propuesta de Guastini, parece tener presente cuando señala que el orden jurídico, en su faz dinámica, puede ser reconstruido de dos maneras alternativas. Una de ellas es la del *modelo del orden jurídico depurado*, de acuerdo con la cual, el criterio para determinar el ingreso de una norma al conjunto estático de una secuencia dinámica es la legalidad, de modo que una norma no se considera parte del sistema jurídico si es que resulta incompatible con las normas superiores. La otra alternativa de reconstrucción es, de acuerdo propone Rodríguez, la del *modelo jurídico no depurado*, en razón de la cual, una norma que haya sido promulgada por una autoridad competente, aun cuando ésta pueda resultar incompatible con otras normas sobre producción, es suficiente para que se

considere como parte del sistema jurídico mientras pueda producir efectos jurídicos¹⁴². Al respecto, Guastini ha observado que los modelos propuestos por Rodríguez son más bien dos reconstrucciones que dependen de cómo está organizado el control de regularidad de las normas, afirmando que:

«a mí me parece que los dos modelos dependen [...] de dos diversos modos de organizar el control jurisdiccional de constitucionalidad y de legalidad de las normas. En casi todos los ordenamientos contemporáneos el control de constitucionalidad de las leyes y el control de legalidad de los reglamentos [...] se cumplen *a posteriori*. Y esto quiere decir, justamente, que las normas (y decisiones individuales) inválidas pueden ingresar en el orden y están destinadas a permanecer en él en tanto no sean anuladas. La mayor parte de los ordenamientos jurídicos contemporáneos se corresponde en consecuencia con el modelo del orden no depurado. Y quien prefiriese describirlos a la luz del modelo del orden jurídico depurado ofrecería una representación engañosa. El modelo del orden depurado solo podría ser útil para describir ordenamientos en los cuales todos los controles de constitucionalidad y legalidad se ejercitasen *a priori* (y, en verdad, sobre todas las normas)»¹⁴³.

A lo anterior cabe añadir que la compatibilidad o incompatibilidad de ciertas normas con otras es el resultado de una decisión interpretativa, la cual producirá o no producirá efectos jurídicos (al menos, directos) dependiendo de quién sea el intérprete. Si el intérprete es un órgano con competencias normativas, en especial, un órgano que decide en última instancia sobre la regularidad de las normas, el efecto de esa decisión conlleva que una norma pueda continuar o no siendo utilizada como fundamento de las decisiones de los órganos aplicadores. Es por ello que es central la cuestión acerca de cómo están estructurados los sistemas jurídicos en relación a sus mecanismos de control de la regularidad, pues para responder a estas cuestiones hay que considerar una serie de aspectos, como son los siguientes. Si el sistema jurídico de referencia contempla un mecanismo de control de la regularidad *ex ante* o previo a que una norma pueda producir

¹⁴² RODRÍGUEZ, 2011: 137 y ss. La misma idea puede leerse en ORUNESU, RODRÍGUEZ Y SUCAR, 2001: 37 y ss.; FERRER Y RODRÍGUEZ, 2011: 175.

¹⁴³ GUASTINI, 2002: 61. Recientemente, Giovanni Ratti también ha criticado los modelos de reconstrucción propuestos por Rodríguez, con argumentos cercanos a los de Riccardo Guastini. Al respecto véase RATTI, 2014:262-266.

efectos, o si es que el control se realiza con posterioridad a ello. Si es que es un control centralizado en un solo órgano al que se atribuye la exclusividad del control de constitucionalidad, o bien, es un sistema de control difuso en el cual cualquier juez que conozca de un caso puede pronunciarse sobre la constitucionalidad de una norma, decidiendo aplicarla o no. Si es que la decisión de estos órganos tiene efectos sólo para el caso concreto respecto del cual se hace el pronunciamiento, como suele ocurrir en los sistemas de control difuso; o si es que la decisión tiene efectos *erga omnes*, como suele ocurrir en los sistemas jurídicos en que el control está centralizado en un solo órgano, quien puede decidir, que la norma que se somete a control ya no pueda continuar siendo aplicada por los otros órganos del estado, porque interpreta que una norma es contraria a otra norma superior. Si es que esa decisión tiene efectos sólo hacia futuro, o bien, si tiene efectos retroactivos.

De todo lo anterior dependerá, al fin y al cabo, la persistencia o no de los efectos de una norma jurídica, aun cuando otros intérpretes, a los que el sistema jurídico no atribuye poderes de control, evalúen una norma como regular o como irregular.

4. APLICABILIDAD DE LAS NORMAS

El esquema conceptual que se ha expuesto de la teoría del derecho de Hans Kelsen, consistente en asimilación de la validez como conformidad a las normas sobre producción jurídica con la existencia de una norma jurídica, así como con la obligatoriedad, conduce a la siguiente conclusión: todas las normas de un sistema jurídico son válidas (conformes) y obligatorias. Dado lo anterior, podría pensarse que este autor niega la existencia de normas jurídicas que no resultan conformes a las normas sobre producción. Sin embargo, Kelsen tiene en cuenta que, en los hechos, hay normas que no obstante ser irregulares, pueden igualmente producir efectos jurídicos. La respuesta conceptual del autor de la *Teoría pura del derecho* a este fenómeno es la tesis de la cláusula alternativa tácita, analizada en la segunda parte de este trabajo.

Por su parte, Eugenio Bulygin, uno de los principales críticos de esta asimilación conceptual, especialmente de la noción de fuerza obligatoria, propone el siguiente esquema conceptual: la validez como conformidad a otras normas del sistema debe distinguirse de la existencia de las normas, así como de la obligatoriedad. La existencia de normas se origina a partir de un hecho; el acto promulgación, sin que se requiera, según plantea este autor, que provenga de la autoridad competente. He señalado en el aparatado anterior que esta noción no da espacio a la existencia *jurídica* de normas irregulares. Por su parte, Bulygin asimila la validez como conformidad a la pertenencia de las normas a un sistema jurídico. Al respecto he señalado que conviene separar ambos conceptos, incluso si se considera que la validez es uno de los criterios de identificación de las normas pertenecientes a un sistema jurídico. Respecto a la obligatoriedad, Bulygin se ha encargado de mostrar con claridad que es un concepto diverso al de validez como conformidad, sobre todo, si la primera es concebida como un deber moral de obedecer el derecho, lo cual resulta ajeno a una teoría positivista del derecho. Advierte también Bulygin que esta confusión conduce a Kelsen a sostener una tesis como la de la cláusula alternativa, aspecto que se desarrollará más adelante. Ahora bien, la validez entendida como conformidad se distingue también de la obligatoriedad reconstruida como la

descripción de un deber jurídico impuesto por otras normas de un sistema jurídico. Esto último es, precisamente, lo que se describe mediante el concepto de aplicabilidad, el cual es la respuesta que ofrece Bulygin para explicar que las normas irregulares puedan producir efectos jurídicos.

4.1. EL CONCEPTO DE APLICABILIDAD DE BULYGIN

Eugenio Bulygin argumenta que, tal como es planteado por Kelsen, la noción de fuerza obligatoria conlleva a que ésta sea concebida como un deber moral de obedecer el derecho, en tanto presupone un concepto absoluto como es el de “norma fundamental”. De acuerdo con una teoría positivista, expone el autor, la obligatoriedad de las normas sólo puede establecerse por medio de normas del derecho positivo y no a través de normas morales o hipótesis *trascendentales*. Sobre la base de lo anterior, Bulygin postula que el concepto de fuerza obligatoria tiene que ser reemplazado por otro concepto que aluda a un deber jurídico. Este es el concepto de el de *aplicabilidad*, mediante el cual describe el deber de cumplir una norma jurídica impuesto por otras normas jurídicas, denominadas “normas de aplicación”¹⁴⁴.

El autor argumenta que hay ciertas normas que establecen el deber de los jueces de aplicar otras normas del sistema, las cuales prescriben una cuestión distinta a lo prescrito por las normas cuya aplicabilidad es ordenada. El ejemplo que presenta son las normas de derecho penal de algunos sistemas jurídicos que imponen a los jueces el deber de aplicar la ley penal más favorable al imputado por un delito. De esta manera, el deber impuesto por las normas de aplicación no se superpone al deber impuesto por las normas cuya aplicación se prescribe. Bulygin propone así la siguiente definición de aplicabilidad:

«norma N_i sería aplicable a un caso C, si y sólo si otra norma N, perteneciente a un sistema S_j prescribe el deber de aplicar N_i en C»¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Véase BULYGIN, 1982; 2005a; 2006.

¹⁴⁵ BULYGIN, 1982: 196.

El concepto de aplicabilidad presentado por Bulygin es de carácter descriptivo, puesto que no consiste en imponer el deber de aplicar una norma, sino en describir que en un determinado sistema jurídico hay normas que imponen el deber de aplicar otras normas. Es también un concepto relativo, que no conduce a un concepto absoluto como el de norma fundamental. Esto porque aplicabilidad es relativa a la pertenencia de otra norma de aplicación y no relativo a la obligatoriedad de las mismas. Explica Bulygin que, si la obligatoriedad de una norma fuese relativa a la obligatoriedad de otra norma, como lo plantea Kelsen, entonces se formaría una “cadena de obligatoriedad”. Para justificar la obligatoriedad de las normas últimas, Kelsen acude a la idea de norma fundamental, la cual supone como norma absolutamente obligatoria¹⁴⁶. Tratándose de normas positivas, en cambio, esta cadena no puede ser infinita y, por lo tanto, termina en una norma cuya aplicabilidad no depende de ninguna otra.

Una norma es aplicable sólo cuando existe otra norma que obliga o autoriza a los jueces a aplicarla en determinados casos. Esto significa que, cuando no hay una norma de aplicación que ordene/autorice la aplicación correspondiente, la aplicabilidad no puede predicarse respecto de la norma en cuestión. Esto implica que los criterios o normas últimas de aplicación no son en sí aplicables, como tampoco las normas soberanas u independientes¹⁴⁷. Se evita así el problema de *cadena infinita de aplicabilidad* que se formaría si se exigiera que la norma N_2 que ordena aplicar la norma N_1 sea también aplicable, puesto que luego debería haber otra norma N_3 que sea aplicable y así hasta el infinito.

Por otra parte, Bulygin sostiene que la aplicabilidad y la pertenencia son conceptos independientes¹⁴⁸. Una norma perteneciente a un sistema jurídico puede no resultar aplicable, si es que no regula el caso. A su vez, puede haber normas que no pertenecen a un determinado orden jurídico, pero que sí resultan aplicables, si es que regulan el caso y

¹⁴⁶ BULYGIN, 2005a: 114.

¹⁴⁷ *Ibíd.*: 115.

¹⁴⁸ BULYGIN, 1991a: 266. Véase también MORESO, 1997: 153 y ss. En un sentido contrario se plantea Schauer, para quien la pertenencia es una condición necesaria de la aplicabilidad. SCHAUER, 1991: 119

existe otra norma (que sí pertenece al sistema) que ordena su aplicación. De este modo, algunas normas no pertenecientes un sistema jurídico, como es el caso de las normas irregulares y las normas del derecho internacional privado, pueden ser utilizadas como fundamento de una decisión judicial.

Respecto al derecho internacional privado, Bulygin explica que el concepto de aplicabilidad es útil para explicar instituciones como la del reenvío (que puede ser doble, o triple, etc.), mediante la cual, una norma del sistema jurídico de un país determinado establece para ciertos casos la aplicabilidad de una norma de un sistema jurídico extranjero. A su vez, dicho sistema puede establecer una nueva remisión al sistema anterior o a otro. Las normas del derecho extranjero no pertenecen al sistema jurídico en cuestión, pero resultan aplicables porque otra norma, que sí pertenece al sistema jurídico, ordena su aplicación.

También, según presenta Bulygin, las normas irregulares son normas que no pertenecen al orden jurídico, pero que pueden resultar aplicables. Recuérdese que para el autor validez y pertenencia son conceptos sinónimos, de modo que las normas irregulares, al no adecuarse a los requisitos de validez establecidos por otras normas superiores, son normas no pertenecientes al sistema jurídico. Sin embargo, según argumenta, los jueces deben aplicarlas, si es que así lo prescriben otras normas del sistema que imponen a los jueces dicho deber. De ello se deduce que la noción de aplicabilidad es también distinta al concepto de validez entendido como conformidad, teniendo en cuenta, además, que hay normas que siendo válidas no son aplicables, como el caso de las normas en periodo de *vacatio legis*.

4.2. ALGUNAS PRECISIONES O CRÍTICAS A LA PROPUESTA DE BULYGIN

Esta propuesta de Bulygin ha sido objeto de algunas críticas. Nombraré algunas de éstas, relacionadas con el tema analizado. Como se advirtió páginas atrás, Ferrer y Rodríguez sugieren que Bulygin se equivoca al señalar que la noción de fuerza obligatoria es en sí misma contraria al positivismo jurídico. El error de Kelsen, según observan estos

autores, es abordar de manera conjunta a la cuestión de la obligatoriedad de las normas con el concepto de validez como conformidad. Pero creen que es posible un articular un concepto descriptivo de fuerza obligatoria, que no sea incompatible con el positivismo jurídico, siempre que se limite a describir que una norma establece el deber de cumplir con otra. Este deber impuesto por normas jurídicas, a diferencia del concepto de aplicabilidad de Bulygin, estaría dirigido a los ciudadanos en general¹⁴⁹.

Respecto a la relación entre aplicabilidad y pertenencia, Ferrer y Rodríguez apuntan que, si bien es cierto que son conceptos distintos, la aplicabilidad depende, en última instancia, de una norma perteneciente. Lo anterior, debido a que puede que la norma N_2 que establece el deber de aplicar la norma N_1 , no sea perteneciente tampoco al sistema jurídico en cuestión (como puede ocurrir en los casos de doble o triple reenvío del derecho internacional privado), pero al final de la cadena de aplicabilidad debería llegarse a, a lo menos, una norma perteneciente a dicho sistema jurídico¹⁵⁰. Muestra de ello es que el propio Bulygin afirma que los criterios de aplicabilidad tienen que pertenecer al sistema que está en vigor al momento en que el juez dicta la sentencia¹⁵¹. De este modo, Ferrer y Rodríguez concluyen que, si bien es cierto que la aplicabilidad es distinta a la pertenencia, existe una conexión entre ambas.

Otros autores han presentado algunas objeciones que apuntan hacia un aspecto diverso, en que se discute la idoneidad del concepto de aplicabilidad para dar cuenta de cuestiones que son, más bien, contingentes o de configuración de los sistemas jurídicos. En esta línea Moreso ha observado que esta solución es insuficiente para los sistemas jurídicos en que los jueces tienen la obligación de aplicar sólo las normas que resultan conformes a la constitución. En tales sistemas no existe una obligación dirigida a los jueces de aplicar las normas inválidas, de modo que la distinción de Bulygin no explicaría estos casos. Algo similar ocurre cuando en un determinado sistema jurídico se contempla que algunos órganos aplicadores tienen la obligación de aplicar todas las normas, sin entrar a

¹⁴⁹ Ver *supra* página 23-24.

¹⁵⁰ FERRER Y RODRÍGUEZ, 2011: 58-59.

¹⁵¹ BULYGIN, 1982: 202; 1991a: 267.

cuestionar la validez, pero otros órganos deben controlar la legalidad de ciertas normas y sólo pueden aplicar las que resulten válidas¹⁵². Esta última situación Moreso la ejemplifica, en el caso del derecho español, con los reglamentos ilegales, que la administración tiene la obligación de aplicar, sin cuestionar su legalidad, pero no los jueces, quienes están obligados a controlar la legalidad de los reglamentos y, por tanto, a no aplicar los que consideren ilegales¹⁵³.

A lo señalado, se puede añadir que el concepto de aplicabilidad de Bulygin no está dirigido a explicar las situaciones en que no hay ninguna norma que imponga el deber de aplicar otra norma (válida o no), pero son *de hecho* aplicadas por jueces. Respecto a estas situaciones, autores como Navarro, Orunesu, Rodríguez y Sucar sostienen que dichas normas no son aplicables, aun cuando sean aplicadas en los hechos¹⁵⁴. El concepto de aplicabilidad propuesto por Bulygin permite así dar cuenta de algunos casos en que existen normas específicas que imponen el deber a los jueces de aplicar otras normas. Sin embargo, no da cuenta de los casos en que no hay una norma tal. Sobre esto volveré en las observaciones, dado que se relaciona directamente con el análisis de las normas irregulares. Previo a ello, mencionaré algunas distinciones que otros autores han incorporado al concepto de aplicabilidad propuesto por Eugenio Bulygin.

4.3. APLICABILIDAD EXTERNA Y APLICABILIDAD INTERNA DE UNA NORMA

El concepto de aplicabilidad propuesto por Bulygin ha tenido una gran difusión y uso en la teoría jurídica. Algunos autores han introducido algunas distinciones, entre las cuales, cabe resaltar la propuesta de Moreso y Navarro, quienes sugieren distinguir entre la aplicabilidad externa y la aplicabilidad interna de una norma. La primera coincide con el concepto de aplicabilidad presentado por Bulygin, y es aquella que alude a los deberes institucionales de las autoridades normativas. En palabra de los autores:

¹⁵² MORESO, 1993: 81-115.

¹⁵³ *Ibíd.*: 102, nota 13.

¹⁵⁴ Los autores afirman: «*Nj* no es aplicable en el caso *C* cuando no existe en el sistema otra norma *Nk* que obliga a aplicar *Nj* en *C*». NAVARRO, ORUNESU, RODRÍGUEZ Y SUCAR, 2000: 145.

«Una norma *Ni* es externamente aplicable en un tiempo *t* a un caso individual *c*, que es una instancia del caso genérico *C* si y sólo si otra norma *Nj*, perteneciente al sistema *Sj* del tiempo *t* prescribe (obliga o faculta) aplicar *Ni* a los casos individuales que son instancias de *C*»¹⁵⁵.

De esta manera, según sostienen, la aplicabilidad externa de una norma depende de la pertenencia de otra norma que obliga o permite aplicar *Ni* en ciertos casos. En cambio, la aplicabilidad interna no requiere, necesariamente, de la pertenencia de otra norma al sistema jurídico que ordene su aplicación. De acuerdo con Moreso y Navarro, una norma sería internamente aplicable a los eventos o estados de cosas regulados su propio “ámbito de validez”. Definen así a la aplicabilidad interna del siguiente modo:

«Una norma *Ni* es internamente aplicable en un momento *t* a un caso individual *c* si y sólo si *c* es una instancia del caso genérico *C*, delimitado por las propiedades definitorias de los ámbitos de validez (espacial, temporal, personal y material) de *Ni*»¹⁵⁶.

Afirman que la aplicabilidad externa está dirigida a responder la pregunta de si los jueces deben aplicar una norma a cierto caso. En cambio, la aplicabilidad interna apunta a responder si un caso individual está regulado por una norma determinada¹⁵⁷. Por su parte, según aseveran, la aplicabilidad externa y la aplicabilidad interna no son coextensivas, en tanto las normas que son internamente aplicables no son siempre externamente aplicables. Uno de estos casos sería el de las normas últimas que establecen los criterios de aplicabilidad, respecto de los cuales no hay otra norma que prescriba el deber de aplicarlas, y por tanto no serían externamente aplicables, pero sí lo son internamente.

Lo anterior es, a grandes rasgos, la propuesta de Moreso y Navarro sobre los dos tipos de aplicabilidad de una norma. Otros autores han criticado estas ideas, entre ellos, Jordi Ferrer y Jorge Rodríguez, quienes consideran que resulta problemática por una serie de razones. En primer lugar, apuntan que resulta confuso acudir a la expresión “ámbito de validez”, acuñada por Kelsen, para definir la aplicabilidad interna. Es difícil determinar con

¹⁵⁵ MORESO Y NAVARRO, 1996: 125.

¹⁵⁶ *Ibíd.*:127.

¹⁵⁷ *Ibíd.*em.

exactitud lo que quiere decirse con “ámbito de validez”, teniendo en consideración que el uso del término *validez* en la *Teoría Pura del Derecho* es bastante ambiguo. Ferrer y Rodríguez advierten, con razón, que resulta de mayor simpleza y precisión señalar que una norma es internamente aplicable si regula el caso, es decir, si el caso encaja en el campo de significación de la norma en cuestión¹⁵⁸.

En segundo lugar, Ferrer y Rodríguez plantean que, para determinar la aplicabilidad interna de una norma, esto es, para establecer los casos que regula, es necesario asumir un criterio de identidad de las normas, lo cual no es resuelto por Moreso y Navarro de manera clara. Según la lectura de Ferrer y Rodríguez, Moreso y Navarro, en principio, parecen asumir que las normas deben acercarse en la mayor medida de lo posible a las unidades textuales por medio de las cuales éstas se expresan. Sin embargo, también afirman que el material jurídico puede reconstruirse de diversos modos, y que no hay razones para preferir uno de los criterios de identificación, comúnmente aceptados, frente a otro¹⁵⁹. La crítica de Ferrer y Rodríguez consiste en señalar que sin un criterio de identidad que permita identificar a las normas, no es posible determinar los casos que una norma regula. Por su parte, proponen que, dado que las normas integran un sistema complejo, para identificar a una de ellas es necesario considerar a todas aquellas excepciones que restrinjan su alcance. De esta manera, proponen la consideración holística de las normas, que incluya también a las disposiciones que establecen excepciones¹⁶⁰.

En tercer lugar, respecto a la relación entre la aplicabilidad externa y la aplicabilidad interna, Ferrer y Rodríguez advierten que debe asumirse que la aplicabilidad interna de una norma es una condición necesaria de la aplicabilidad externa. De lo contrario resultaría bastante extraño sostener que si una norma no regula un caso (no es internamente aplicable) los jueces deban aplicarla (sea externamente aplicable). Sin embargo, según señalan, la aplicabilidad interna no es un requisito suficiente para la

¹⁵⁸ FERRER Y RODRÍGUEZ, 2011: 61-62

¹⁵⁹ MORESO Y NAVARRO, 1997, 1998.

¹⁶⁰ *Ibíd.*: 62.

aplicabilidad externa, en tanto puede ocurrir que una norma sea internamente aplicable porque regula el caso, pero no lo sea externamente. Un ejemplo de esto último, es para Ferrer y Rodríguez, los casos de contradicción normativa. Argumentan que puede ocurrir que más de una norma regule un mismo caso y, por tanto, sean todas internamente aplicables, pero que establezcan soluciones contradictorias. En estas situaciones de contradicción normativa los jueces deciden aplicar una de tales normas contradictorias, utilizándola como justificación de su decisión, y dejando de lado la otra¹⁶¹. En estos casos no podría afirmarse que existe un deber concluyente para el juez respecto de todas las normas internamente aplicables¹⁶².

No ahondaré sobre la discusión entre los autores en comentario por exceder los márgenes de este trabajo. Sin embargo, puedo decir que, en mi opinión, resulta de mayor simpleza y claridad la propuesta de Ferrer y Rodríguez, de acuerdo con la cual, una norma es aplicable a un caso cuando lo regula y además existe otra norma que prescribe a los jueces el deber de aplicarla, independientemente de si la norma aplicable es considerada válida. A su vez, creo que es más claro señalar que si una norma no regula un caso (en términos de Moreso y Navarro, no es internamente aplicable) la norma no es aplicable sin más.

Ahora bien, respecto a la observación de Ferrer y Rodríguez sobre los casos de contradicción normativa, puedo agregar un matiz. En mi opinión, cuando existen dos normas que regulan un mismo caso, pero que pueden ofrecer soluciones contradictorias, más que ser una muestra de que la aplicabilidad interna es un requisito necesario, pero no suficiente para la aplicabilidad externa, refleja una cuestión de hecho. Pues ambas normas podrían ser externamente aplicables, si es que respecto de cada una existe otra norma que impone aplicarlas, o que sólo lo sea aquella respecto de la cual existe una norma de aplicación, de modo que dependerá de esta contingencia. Lo que aquí ocurre es que una

¹⁶¹ FERRER Y RODRÍGUEZ, 2011: 58-59.

¹⁶² *Ibíd.*: 65. Moreso y Navarro proponen como casos de aplicabilidad interna, pero no de aplicabilidad externa, a las normas en *vacatio legis* y los casos de suspensión de garantías constitucionales. Respecto a ello, Ferrer y Rodríguez plantean que serían más bien casos en que las normas en cuestión no son externamente aplicables, porque tampoco son aplicables internamente, en tanto las normas no regulan el caso. *Ibíd.*

norma será *aplicada* y no la otra. Es decir, el juez que conoce del caso decidirá, según su interpretación, que hay una contradicción normativa y resolverá aplicar una norma y descartar la otra. Lo que sugiero es que no es lo mismo decir que una norma sea *aplicable* (hay una norma que impone el deber de aplicarla) y decir que una norma es en los hechos *aplicada* por el juez. El desarrollo de esta última observación, y algunos otros comentarios sobre concepto de aplicabilidad es lo que viene a continuación.

4.4. ALGUNAS OBSERVACIONES A LA APLICABILIDAD COMO RESPUESTA AL FENÓMENO DE LAS NORMAS IRREGULARES.

La idea de aplicabilidad es la respuesta conceptual que Bulygin ofrece al fenómeno de las normas irregulares. A este respecto, la pregunta que se busca responder mediante la noción de aplicabilidad es ¿por qué las normas inválidas pueden igualmente tener efectos jurídicos? La aplicabilidad es una herramienta conceptual contundente, mediante la cual se constata la existencia en los sistemas jurídicos de ciertas normas de aplicación. Si la noción de fuerza obligatoria, tal como la explica Kelsen, intenta justificar normativamente por qué las normas deben ser aplicadas; el concepto de aplicabilidad, desde un punto de vista descriptivo, explica que en un sistema jurídico puede haber normas dirigidas a los órganos aplicadores que impongan el deber de aplicar otras normas existentes, sin entrar a cuestionar su validez, entendida esta última como conformidad a las normas de producción del mismo sistema jurídico.

Sin perjuicio de lo anterior, creo que, en tanto respuesta al fenómeno de las normas irregulares, se echa en falta una cuestión que considero central para dar cuenta de este fenómeno: tomar en consideración aspectos fácticos, así como de configuración y funcionamiento de los sistemas jurídicos. Por una parte, como advertía Moreso en su texto *Sobre las normas inconstitucionales*, la existencia de una norma que ordene la aplicación de otra es una cuestión contingente de cada ordenamiento jurídico¹⁶³. El

¹⁶³ MORESO, 1993: 101-102. La misma idea puede verse también en una nota de *El encaje de las piezas del derecho*. MORESO, 2001: 170, nota 4.

concepto de aplicabilidad funciona así en los sistemas jurídicos y respecto de las normas en que efectivamente existen dichas normas de aplicación.

Hay, sin embargo, otras cuestiones que considerar. Una de estas ya ha sido enunciada unas líneas atrás, esto es, las normas *de hecho aplicadas* por los jueces o los órganos de la administración, aun cuando no sean necesariamente aplicables en razón de la existencia de normas de aplicación. Las normas irregulares son normas que, no adecuándose a los requisitos para la creación normativa, producen o pueden producir igualmente efectos jurídicos. Esto puede explicarse por una cuestión fáctica, que es independiente de la existencia de normas de aplicación: las autoridades normativas son las que deciden las normas que aplicarán para la resolución de un caso. De esta manera, si las normas irregulares son aplicadas, es porque la autoridad normativa ha decidido que no sólo las normas consideradas válidas producen efectos jurídicos, sino también las normas inválidas¹⁶⁴.

Otro aspecto muy relevante a considerar para el análisis de las normas irregulares es la presencia de ciertas instituciones como la presunción de conformidad constitucional. Mediante ésta se establece que se presumen válidas todas leyes que sean aprobadas y promulgadas por el legislador, lo que significa que los órganos aplicadores no pueden cuestionar ni pronunciarse sobre la validez de las mismas, teniendo que aplicarlas si es que regulan el caso. De esta manera es que, en los sistemas jurídicos que contemplan la presunción de constitucionalidad, aun cuando ciertas normas puedan ser interpretadas como irregulares, éstas podrán tener efectos jurídicos si son aplicadas, pues la validez de las normas no puede ser cuestionada o, mejor dicho, su cuestionamiento no tendrá efectos jurídicos (al menos directos). Ahora, hay también que reconocer que, en la práctica, lo más probable es que los órganos aplicadores opten por aplicar las normas que, según su interpretación, son válidas. Al respecto hay que señalar que la presunción de constitucionalidad puede ser concebida como una norma de aplicación, en tanto establece el deber de aplicar las normas formuladas por las autoridades normativas

¹⁶⁴ En un sentido similar, véase GUASTINI, 2002: 59-63

competentes. Sin embargo, el propio Bulygin señala que las normas de aplicación son normas que ordenan la aplicación de normas en concreto para determinados casos, y no a un deber jurídico general de aplicar las normas de un sistema jurídico. El ejemplo que utiliza para normas de aplicación respecto de normas de irregulares es la sentencia de un tribunal constitucional que ordena la aplicación de una norma que ha sido sometida a su examen¹⁶⁵.

Por otra parte, en los sistemas jurídicos en los que existe la presunción de constitucionalidad, generalmente, ésta va acompañada de un determinado tipo de mecanismo de control de constitucionalidad: el control concentrado en un solo órgano (en general un tribunal constitucional) al que se atribuye la competencia exclusiva de pronunciarse sobre la validez de las normas, y cuya decisión tienen efectos *erga omnes*. Si dicho órgano decide que una norma es irregular, la expulsará del orden jurídico, imposibilitando que los órganos aplicadores puedan usarla como fundamento de sus decisiones, e impidiendo así que ésta pueda continuar produciendo efectos jurídicos. Con esto último llegamos a otro aspecto central para el análisis de las normas irregulares, que también ya he señalado previamente: los mecanismos de control de la regularidad. La configuración y funcionamiento de éstos podrán explicar el hecho que una norma sea aplicada por los jueces o la administración. Mientras una norma no sea expulsada del orden jurídico por la decisión de los órganos a los que se atribuye competencias de control, podrá producir efectos jurídicos al ser utilizada como fundamento de las decisiones de los órganos aplicadores.

Los aspectos que han sido recién mencionados no son abordados por el concepto de aplicabilidad, al menos no de forma explícita, y como puede observarse, son relevantes a la hora de analizar a las normas irregulares. En conclusión, puedo señalar que el problema del concepto de Bulygin para analizar a las normas irregulares no está en lo que Bulygin afirma, sino no en lo que omite: acentuar el aspecto contingente de las normas de

¹⁶⁵ Así lo señala en BULYGIN, 1982: 198 y 2005a: 114-115. Sobre esto me referiré también en el punto 3 de la tercera parte del trabajo.

aplicación, y considerar el aspecto fáctico de las decisiones de las autoridades normativas, así como el diseño institucional de los mecanismos de control de la regularidad.

5. EXCURSUS: VALIDEZ COMO RESULTADO INSTITUCIONAL: OBSERVACIONES A LA PROPUESTA DE ATIENZA Y RUIZ MANERO.

Una propuesta conceptual sobre la validez distinta de las que fueron expuestas anteriormente es la de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, quienes defienden una teoría al margen de la concepción kelseniana de validez como existencia específica o como obligatoriedad. Esta es presentada por los autores, principalmente, en *Las piezas del derecho*, y desarrollada en algunos artículos específicos sobre la materia¹⁶⁶.

El punto de partida de la teoría de la validez de Atienza y Ruiz Manero es su noción de “normas que confieren poderes normativos”, las cuales conciben como un tipo de norma constitutiva que establece las condiciones o antecedentes para la producción del “resultado institucional” norma válida¹⁶⁷. Lo cual explican con la siguiente fórmula

«si se da el estado de cosas *X* y un(os) sujeto(s) *Z* realizan una acción o una serie de acciones *Y*, entonces se produce el resultado institucional *R*»¹⁶⁸.

A partir de esta fórmula, en un artículo posterior, los autores plantean que la validez de las normas legisladas es un resultado institucional que requiere de cuatro elementos, expresados en las normas que confieren poderes¹⁶⁹:

1. un elemento *X* compuesto por un estado de estado de cosas, equivalente a lo que denominan “ámbitos de validez material, personal, espacial y temporal”.
2. un elemento *Z* referido a los sujetos u órganos que deben realizar una serie de acciones.

¹⁶⁶ ATIENZA Y RUIZ MANERO, 1994, 1996, 2003.

¹⁶⁷ ATIENZA Y RUIZ MANERO, 1996: 45 y ss. El concepto de norma de competencia es una cuestión bastante discutida en la teoría jurídica, sin embargo, en este punto no ahondaré sobre ello. Las principales teorías a este respecto serán mencionadas y brevemente analizadas en la tercera parte de este trabajo, entre las cuales me referiré a la de estos autores. De momento me limito a su noción de validez.

¹⁶⁸ ATIENZA Y RUIZ MANERO, 1994: 69; 1996: 64-65.

¹⁶⁹ ATIENZA Y RUIZ MANERO, 2003: 13.

3. un elemento *Y* que alude a la serie de acciones que deben realizar los sujetos u órganos, es decir, los procedimientos.
4. un elemento *C* referido al contenido o a los límites del contenido establecidos en las reglas constitucionales.

El esquema final que proponen Atienza y Ruiz Manero es el siguiente:

«si se da el estado de cosas *X* y los sujetos *Z* realizan una serie de acciones *Y* (procedimientos), y dando lugar a un contenido *C*, entonces se produce el resultado institucional *R* (esto es, en el caso que nos ocupa, una ley válida)»¹⁷⁰.

Esta noción de validez basada en un concepto de regla constitutiva es complementada con la distinción entre dos tipos de validez: una validez *constitutiva* y una validez *regulativa*. Aun cuando Atienza y Ruiz Manero no definen ninguno de los tipos de validez, establecen algunas diferencias. Según lo planteado por los autores, la principal diferencia es que, mientras la validez *constitutiva* se refiere a la existencia de las normas, la validez *regulativa* alude a si es que una norma existente contiene o no defectos en su creación, es decir, a la validez como conformidad. De esta manera, la validez regulativa presupone a la validez constitutiva, pero no viceversa¹⁷¹.

Otra diferencia que plantean es que, la validez constitutiva es un concepto clasificatorio, según el cual una norma puede ser válida o inválida (existente o no existente). En cambio, la denominada validez regulativa se refiere a la regularidad de una norma y se aplica según una escala gradual, en cuyos extremos se encontrarían, por un lado, la plena validez, y por el otro, la nulidad de pleno derecho, pasando por un punto intermedio que sería la anulabilidad. La entidad de los vicios de invalidez, según la adecuación a los elementos *X*, *Y*, *Z* y *C* señalados previamente determinaría las consecuencias de menor a mayor gravedad en la escala gradual de (in)validez regulativa: desde una nulidad de pleno derecho en los casos más graves, hasta una presencia de vicios no invalidantes, pasando

¹⁷⁰ Ibíd.: 15-16.

¹⁷¹ Ibíd.: 24-26. También en RUIZ MANERO, 2007: 108-112.

por la anulabilidad¹⁷². Los juicios de validez son, según Atienza y Ruiz Manero, juicios en que se determina si se ha cumplido con determinados requisitos establecidos en las normas que confieren poderes ¹⁷³. De esta manera, los autores asimilan los requisitos de validez con las normas de competencia¹⁷⁴.

En relación a la pertenencia y a la aplicabilidad de las normas, Atienza y Ruiz Manero subrayan que la validez es distinta a ambas. Respecto a la pertenencia, afirman que hay resultados institucionales de alcance limitado, como por ejemplo los contratos, respecto de los cuales se predica la validez o invalidez, pero que no pertenecen al sistema jurídico. Según expresan los autores, un sistema jurídico requiere que sus enunciados tengan un carácter potencialmente ilimitado. Por otra parte, sostienen que no todos los enunciados que pueden ser utilizados para justificar las decisiones institucionales son enunciados válidos. Esto, plantean, ya sea porque no derivan de una norma constitutiva o no son una consecuencia de éstas por razones de deducibilidad o coherencia. En esta línea afirman:

«Pues bien, la validez no es lo mismo que la pertenencia al sistema, puesto que, como hemos visto, los resultados institucionales de alcance limitado (como un contrato o la adquisición de una servidumbre) suelen ser calificados como válidos o inválidos, pero no pertenecen al sistema [...]. No todo lo que calificamos de válido pertenece al sistema, pues esto último supone el requisito adicional del alcance potencialmente ilimitado. Y no todos los enunciados que deben (o pueden) ser usados en una práctica justificativa como premisa de fundamentación son enunciados válidos (porque no son necesariamente el consecuente de una norma constitutiva ni derivan del mismo por razones de inferencia deductiva o de coherencia) ni enunciados pertenecientes al sistema. Podríamos decir que los enunciados válidos son un subconjunto de los enunciados que se debe (o se puede) utilizar como fundamentación y que los enunciados pertenecientes al sistema son un subconjunto de los enunciados válidos»¹⁷⁵.

En relación con la aplicabilidad plantean que una norma puede ser válida y no aplicable o inválida pero aplicable, puesto que, aun cuando puedan relacionarse, la validez y la

¹⁷² ibíd.: 30-34.

¹⁷³ ibíd.: 34.

¹⁷⁴ Cuestión discutida por autores como Ferrer (FERRER, 2000). Las distintas nociones competencia serán abordadas en la tercera parte.

¹⁷⁵ ATIENZA Y RUIZ MANERO, 2003: 29-30.

aplicabilidad se refieren a cuestiones distintas. Si los juicios de validez consisten en establecer un “resultado institucional”, según el cual una norma es válida porque reúne los requisitos impuestos por las normas de competencia, los juicios de aplicabilidad consisten en determinar si un caso está regulado por los supuestos de hecho de una norma¹⁷⁶.

5.1. ALGUNAS OBSERVACIONES A LA PROPUESTA DE VALIDEZ COMO RESULTADO INSTITUCIONAL

En mi opinión, la propuesta de Atienza y Ruiz Manero contiene algunos elementos que pueden contribuir a despejar el debate sobre el concepto de validez: distinguir la validez como conformidad de la obligatoriedad y de la aplicabilidad de las normas; marcar algunas diferencias entre la validez (en sus términos “validez regulativa”) y la existencia jurídica (en sus términos “validez constitutiva”), y también; abordar de modo separado la validez como conformidad de la pertenencia de las normas (aun cuando sea por argumentos diversos a los que he expresado). Sin perjuicio de lo anterior, me parece que es una noción que requiere de algunas aclaraciones, en tanto hay una serie de aspectos bastante confusos.

Uno de los aspectos que me parece que debiese ser precisado es la distinción entre los distintos tipos de validez. Por una parte, creo que denominar “validez constitutiva” a la existencia jurídica es algo que oscurece la distinción entre ésta y la validez. A su vez, designar como “regulativa” a la conformidad con las normas de producción y “constitutiva” a la existencia, requiere de una explicación adicional. No es un asunto meramente terminológico, pues Atienza y Ruiz Manero no explicitan cuáles son los requisitos para la existencia o “validez constitutiva” de una norma. Los autores señalan que la validez regulativa requiere del cumplimiento de todas las normas sobre producción jurídica, entre las cuales hay normas de diverso tipo: las referidas al órgano competente, las reglas procedimentales y las que regulan los contenidos. En sus términos, sería la adecuación a los elementos X, Z, Y, C lo que produce el resultado institucional “norma

¹⁷⁶ ibíd.: 34-36.

válida”. Pero ¿qué se requiere o cuál de estos elementos es necesario para afirmar la validez constitutiva? Esta es una cuestión que Atienza y Ruiz Manero no desarrollan, sino que se limitan a señalar que es un presupuesto para la validez regulativa, sin explicar lo que da lugar a la existencia jurídica de una norma¹⁷⁷.

Una cuestión similar ocurre respecto a la que denominan la “escala gradual” de los juicios de validez regulativa. Los autores afirman que depende de la entidad de los vicios, de acuerdo a la adecuación a los elementos X, Y, Z y C, pero no especifican la falta de cuál de éstos produciría una nulidad de pleno derecho, cuáles conducirían a la anulabilidad y cuáles serían los vicios de menor entidad que denominan como no invalidantes. Por su parte, respecto a estos elementos, cuando explicitan a cada uno, señalan que el elemento X, es un “estado de cosas” que comprende los “ámbitos de validez material, personal, espacial y temporal”. Esta idea tampoco resulta esclarecedora, teniendo en cuenta que al detallar al resto de los elementos señalan que el elemento Z alude a los órganos, el elemento Y a los procedimientos, y el elemento C a los límites a los contenidos establecidos en las normas superiores. Entonces, ¿qué es y que requiere concretamente ese estado de cosas X? Esto tampoco queda claro. A su vez, los autores hacen equivalentes las expresiones “ámbitos de validez” y “ámbitos de competencia”, así afirman que: «Pues bien: el estado de cosas X comprendería, en el caso de la norma que confiere poder para la producción legislativa, los diversos ámbitos de competencia (ámbitos de validez) de la norma a producir, de la ley: material, personal (los destinatarios), temporal y espacial»¹⁷⁸. La asimilación entre validez y competencia es una cuestión problemática, pues como se ha señalado previamente y será abordado más adelante con mayor detalle, la competencia es uno de los requisitos para la validez, pero no el único.

¹⁷⁷ En su texto *Una tipología de las normas constitucionales*, Ruiz Manero apunta que la validez constitutiva requiere la mera circunstancia de que una norma haya sido dictada por un órgano no manifiestamente incompetente (RUIZ MANERO, 2007: 109). Sin embargo, no desarrolla con mayor profundidad esta idea, lo cual hubiese sido interesante, pues pareciera ser una tesis similar a la del concepto de existencia jurídica como la formulación de la autoridad *prima facie* competente, explicadas algunas páginas atrás.

¹⁷⁸ ATIENZA Y RUIZ MANERO, 2003: 13.

Por último, hay que señalar que, tanto el concepto de regla constitutiva como el de norma de competencia sobre el cual Atienza y Ruiz Manero basan su noción validez, han sido objeto de algunas críticas ¹⁷⁹. Tanto la teoría de las normas de competencia de Atienza y Ruiz Manero como sus algunas de sus críticas las dejo para la tercera parte del trabajo, donde desarrollo las principales teorías sobre esa materia.

¹⁷⁹ En este sentido puede verse, por ejemplo, las objeciones formuladas por Moreso, Mendonca y Navarro (MORESO, MENDONCA, Y NAVARRO, 1995; MORESO, 2001), y las de Ferrer (FERRER, 2000: 117 y ss.).

Segunda parte

LA TESIS DE LA CLÁUSULA ALTERNATIVA TÁCITA COMO RESPUESTA AL PROBLEMA DE LAS NORMAS IRREGULARES: ¿UNA AUTORIZACIÓN?

*«Quien alza el velo y no cierra los ojos es
deslumbrado por la Gorgona del poder»*

Kelsen, H. *Gleichheit vor dem Gesetz*, "Veröffentlichung
der Deutschen Staatsrechtslehrer", 1927.

La teoría del derecho de Hans Kelsen tiene una respuesta específica para explicar las normas irregulares, la cual es conocida como la tesis de la cláusula alternativa tácita. En esta parte del trabajo reconstruiré esta tesis de Kelsen, así como las principales críticas que se le han formulado, los argumentos dirigidos a explicar la inserción de la tesis de la cláusula alternativa tácita en la teoría kelseniana, y también los argumentos dirigidos a rescatar ciertos aspectos. Finalmente formularé algunas observaciones tanto a la propuesta de Kelsen como a sus principales comentarios.

La obra de Kelsen en la que, principalmente, me centraré es la segunda edición de la *Teoría pura del derecho*¹⁸⁰ (en adelante, *RR2*) en tanto es el texto en que da mayor desarrollo a la tesis de la cláusula alternativa tácita. No obstante, habrá también referencias a otras obras, anteriores y posteriores a *RR2*, en las que Kelsen alude a esta tesis o trata temas relacionados que sirven para explicar la incorporación de ésta en su teoría del derecho.

¹⁸⁰ KELSEN, 1960a: 273-282.

Las observaciones que presentaré al final del capítulo estarán dirigidas a evaluar la tesis de la cláusula alternativa tácita como respuesta al fenómeno de las normas irregulares. Si bien es cierto que también expondré algunas críticas, éstas apuntan a una cuestión diversa de lo que ya se ha señalado por otros autores. Sostendré que el error de Kelsen está, principalmente, en el modo en que formuló esta tesis: como si tratase de una autorización. Intentaré también explicar por qué Kelsen formuló esta tesis de esta manera y no de otra que creo más adecuada, considerando otros aspectos de su teoría. Sin embargo, a diferencia de los críticos sostendré que, a pesar de haber sido formulada de un modo poco afortunado, apunta hacia un aspecto que considero central para el análisis de las normas irregulares: lo fáctico, en este contexto: las decisiones que *de hecho* pueden tomar las autoridades normativas y los efectos jurídicos de éstas. Como también la relevancia de la pregunta acerca de cómo están estructurados los sistemas jurídicos en relación a los mecanismos de control de regularidad de las normas.

1. LA TESIS DE LA CLÁUSULA ALTERNATIVA TÁCITA EN LA TEORÍA PURA DEL DERECHO DE KELSEN.

En el capítulo anterior se revisó la teoría de la validez de Hans Kelsen, como también sus principales reconstrucciones y críticas. Según se señaló, el criterio para determinar la validez de las normas jurídicas es la conformidad con las normas que regulan la producción normativa. Sin embargo, como también se indicó, Kelsen no define validez de manera unívoca. Con el término “validez” alude tanto a la ‘existencia específica’ de una norma, como a la ‘fuerza obligatoria’, es decir, la obligatoriedad de obedecer lo prescrito por una norma. Los problemas del concepto de validez de Kelsen fueron tratados en dicho capítulo, sin embargo, es preciso tenerlos nuevamente presentes.

Recordando brevemente, de acuerdo con Kelsen toda norma jurídicamente existente es válida y tiene fuerza vinculante, lo cual implica que Kelsen no concibe la existencia de normas inválidas.

«Una norma no válida es una no existente, es la nada jurídica. La expresión “ley inconstitucional”, aplicada a un precepto legal que se considera válido, es una contradicción en los términos»¹⁸¹.

Por su parte, para Kelsen la validez de una norma requiere que ésta se encuentre autorizada por la constitución:

«Una ley sólo puede ser válida fundándose en la Constitución. Si hay alguna razón para suponer que una ley es válida, el fundamento de su validez se encuentra en la Constitución»¹⁸².

De lo anterior podría concluirse que para Kelsen una norma que no resulta conforme con la constitución y/o las normas que regulan su producción no es válida y, por tanto, no existente. Sin embargo, Kelsen llega a una conclusión diversa cuando introduce la tesis de la cláusula alternativa tácita para referirse, concretamente, a la antinomia entre una ley y

¹⁸¹ *Ibíd.*: 277. Véase también KELSEN, 1945a: 185

¹⁸² KELSEN, 1960a: 277.

la constitución, y entre una sentencia judicial y una ley¹⁸³. En este contexto Kelsen se pregunta:

«Qué vale como derecho cuando una norma no corresponde a la norma que determina su producción, y especialmente, cuando determina su contenido»¹⁸⁴.

De este modo, el fenómeno que Kelsen intenta explicar consiste en que, aun cuando ciertas normas no resultan conformes con las normas sobre producción jurídica, son tratadas por el derecho como válidas, entendidas como dotadas de fuerza obligatoria. Estos fenómenos resultan problemáticos para una ciencia del derecho con pretensiones coherentistas, pues al menos hasta *RR2*, Kelsen creía que una ciencia del derecho valiosa requería una descripción del derecho de manera tal que éste resulte un orden jurídico unitario y coherente¹⁸⁵. De esta manera sostenía que la ciencia jurídica, en tanto conocimiento científico de un derecho positivo, debía presentar su objeto de estudio como un todo carente de contradicciones¹⁸⁶. La manera de conciliar lo anterior con el hecho de que en algunas ocasiones las autoridades normativas no siguen los procedimientos o contenidos indicados en las normas de producción, tuvo como resultado la tesis de la cláusula alternativa tácita.

Según plantea, cada norma que regula la producción y el contenido de las leyes y/o de las sentencias futuras obliga, *aparentemente*, al legislador o al juez a dictar una ley general o una sentencia, respectivamente, en conformidad con las primeras; pero *en realidad* se autoriza, tácitamente, al legislador y/o al juez a dictar también una ley y/o una sentencia con un contenido opuesto o de acuerdo con un procedimiento distinto al regulado por las normas de producción. Así llega a sostener que incluso las “leyes inconstitucionales” y las

¹⁸³ *Ibíd.*: 273 y ss. Previo a *RR2* Kelsen había delineado el supuesto carácter alternativo de las normas superiores en *RR1* y también en *GTLs* (en especial en el apéndice *Natural Law Doctrine and Legal Positivism*). Véase, respectivamente, KELSEN, 1934: 93-95, 112, 120; 1945b: 401-407.

¹⁸⁴ KELSEN, 1960a: 274.

¹⁸⁵ Por ello en este mismo punto Kelsen expresa: «Si hubiera algo así como un derecho contrario a derecho, la unidad del sistema de normas, que se expresa en el concepto de orden jurídico, quedaría eliminada». *Ibíd.*

¹⁸⁶ En este sentido KELSEN, 1945a: 401 y ss.; 1960a:81 y ss., 273 y ss. Sobre esto véase también BULYGIN, 1983a: 141. CHIASSONI, 2013: 16 y ss. Sobre la tesis de la coherencia se volverá más adelante.

“sentencias ilegales” están autorizadas por la constitución, otorgándoles así validez, mientras no sean eliminadas por la decisión de los órganos encargados de controlar la misma.

«La constitución faculta al legislador a producir normas generales también en un procedimiento distinto del determinado directamente por las normas de la constitución, dándoles otro contenido del que determinan directamente las normas constitucionales. Estas normas de la constitución formulan sólo una de las dos posibilidades que la constitución crea. La otra posibilidad es creada por la constitución al no delegar en ningún otro órgano, salvo el legislativo, la decisión sobre la cuestión de si una ley promulgada por ese órgano es una ley en sentido constitucional. Las disposiciones constitucionales que regulan la legislación tienen el carácter de disposiciones alternativas. La Constitución contiene una regulación directa y una indirecta de la legislación teniendo el órgano legislativo la elección entre ambas. Esta situación puede muy bien que no haya llegado a ser consiente en el constituyente o en el legislador, o por lo menos, no plenamente consiente. Pero una descripción objetiva de la situación jurídica creada- consiente o inconscientemente- por una constitución, que delega el examen de constitucionalidad de las leyes en un órgano no diferente del propio órgano legislativo, no puede llevar a ningún otro resultado»¹⁸⁷.

Por lo tanto, según Kelsen, cuando la constitución determina el procedimiento de acuerdo con el cual las leyes deben ser dictadas y/o fija restricciones al contenido de las mismas, debe interpretarse que esas disposiciones constitucionales van acompañadas de una autorización tácita de apartarse de ellas. De este modo, la constitución autorizaría al legislador a producir normas generales según un procedimiento diverso de aquel determinado directamente por las normas constitucionales y, también, a dar un contenido diferente al directamente regulado por éstas.

¹⁸⁷ KELSEN, 1960a: 279-280. En *RR1* también señalaba: «El carácter alternativo de la norma superior que regula la norma inferior excluye la posibilidad de que la norma inferior venga a encontrarse en una verdadera contradicción lógica con la superior, ya que una contradicción con la primera de las dos prescripciones alternativas, en que se divide la entera norma de grado superior, no constituye una contradicción con la completa norma configurada de modo alternativo [...] La “norma contraria a la norma” o es solo anulable, es decir, norma válida y, por tanto, norma conforme al derecho hasta su anulación, o es nula, en cuyo caso no es una norma. El conocimiento normativo no tolera una contradicción entre dos normas del mismo sistema». KELSEN, 1934: 115-116.

Kelsen plantea que, cuando en un sistema jurídico se contemplan mecanismos de control de la constitucionalidad de las normas, se opta por preferir que se siga la primera opción, es de decir, que las normas sean producidas de acuerdo con los requisitos establecidos por otras normas del sistema jurídico. Sin embargo, luego señala que incluso las normas irregulares están autorizadas por la constitución y, por tanto:

«son válidas hasta el momento en que sean anuladas por un tribunal o por un órgano competente de acuerdo con el procedimiento fijado en la constitución»¹⁸⁸.

De esta manera otorga también validez a las normas irregulares, para explicar así su existencia, es decir, sin tener que asumir la existencia de normas inválidas:

«Una norma es, pues, válida, si ha sido establecida conforme a la norma superior, es decir, de acuerdo con uno u otro término de la alternativa contenida en esa norma superior»¹⁸⁹.

La única particularidad de este tipo de norma es, según Kelsen, que son anulables, pero en tanto que normas válidas:

«Sólo una norma válida puede ser anulable, y si no lo es, significa que queda definitivamente válida»¹⁹⁰.

Sobre la anulabilidad de las normas hay que tener en cuenta que, de acuerdo con Kelsen, en realidad, sólo cabe hablar de anulabilidad y no de nulidad. Esta última vendría a ser el grado más alto de la anulabilidad, dado que siempre se requiere de una decisión. Por ello tiene sentido que, en este mismo contexto, haga la famosa referencia al Rey Midas:

«En este respecto, el Derecho se asemeja al Rey Midas. Así como todo lo que aquel tocaba se convertía en oro, todo aquello a que el derecho se refiere, toma carácter jurídico. Dentro del orden jurídico, la nulidad es sólo el grado superior de la anulabilidad»¹⁹¹.

¹⁸⁸ KELSEN, 1960a: 280.

¹⁸⁹ *Ibíd.*: 283.

¹⁹⁰ *Ibíd.*: 284.

¹⁹¹ *Ibíd.*em. En este mismo sentido véase también. KELSEN, 1945a: 190-191.

Por su parte, hay que considerar que, según el mismo autor, las denominadas “declaraciones de la inconstitucionalidad de una ley”, más que declaraciones son decisiones que tienen valor constitutivo¹⁹², en tanto es la declaración la que constituye la invalidez, en caso que así se decida. Al fin y al cabo (como se desarrollará en las observaciones a esta tesis), según Kelsen, la diferencia entre normas regulares y normas irregulares depende de la existencia de garantías jurisdiccionales de control. Esta idea la subraya también en sus escritos dedicados a las garantías constitucionales:

«Sin duda la Constitución dice y quiere decir en su texto que las leyes no deben ser elaboradas más que de tal o cual forma y que no deben tener este o aquel contenido: pero, al admitir que las leyes inconstitucionales sean también válidas, en realidad quiere decir que leyes pueden hacerse de forma distinta y que su contenido puede desconocer límites fijados; dado que las leyes inconstitucionales no pueden ser válidas más que en virtud de alguna regla de la Constitución, estas mismas leyes deben también ser de alguna forma constitucionales, puesto que son válidas. Pero esto significa que el procedimiento legislativo expresamente indicado por la Constitución y las directivas de contenido establecidas por ella no son, a pesar de las apariencias, disposiciones obligatorias, sino meramente facultativas. Que las Constituciones que carecen de la garantía de la anulabilidad de los actos inconstitucionales no sean de hecho interpretadas de esta forma es precisamente el extraño efecto»¹⁹³

Previo a analizar las críticas y comentarios que se han hecho a esta tesis de Kelsen, es preciso mencionar algunos otros aspectos de la teoría del derecho del autor que se relacionan directamente con la materia discutida en el presente capítulo. Una de las cuestiones relevantes que hay que considerar es algo que se señaló páginas atrás: hasta RR2 Kelsen creía que la ciencia jurídica debe presentar al derecho como un orden privado de contradicciones. Según sostenía, las órdenes de la autoridad deben interpretarse como un todo “dotado de sentido”:

«Más como el conocimiento del derecho, como todo conocimiento tiene que pensar conceptualmente su objeto como un todo dotado de sentido, tratando de describirlo en oraciones

¹⁹² Según Kelsen todas las sentencias tienen carácter constitutivo. KELSEN, 1960a: 246-251. Este ha sido uno de los ejes de las críticas que Bulygin ha hecho al respecto, abordadas unas páginas adelante.

¹⁹³ KELSEN, 1988: 150-151.

no contradictorias, parte del supuesto que los conflictos normativos que aparezcan dentro del material normativo que le es dado (o más correctamente: que le es propuesto) pueden y tienen que ser disueltos por vía de la interpretación. Como la estructura del orden jurídico es una construcción escalonada de normas recíprocamente supra y subordinadas donde la norma de nivel superior determina la producción de la norma de nivel inferior, se plantea el problema del conflicto normativo, dentro de un orden jurídico, en formas diversas, sea que se trate de un conflicto entre normas del mismo nivel, o un conflicto entre una norma de nivel superior y una norma de nivel inferior»¹⁹⁴.

Y más adelante señala que es la norma fundamental la que posibilita «interpretar el material propuesto al conocimiento jurídico, como un todo dotado de sentido, lo que significa que puede ser descrito en oraciones que no se contradicen lógicamente entre sí»¹⁹⁵.

De esta manera es que Kelsen concluye que la ciencia jurídica tiene que mostrar al orden jurídico como un orden unitario, en tanto todas las normas derivan de la norma fundamental¹⁹⁶, y coherente, es decir, privado de contradicciones¹⁹⁷. A fin de mostrar al orden jurídico de ésta manera, Kelsen proponía que la ciencia jurídica debía utilizar principios lógicos, en especial, el de no contradicción¹⁹⁸. Sostenía que, las nociones propias de la lógica- como la de contracción y la de inferencia- no son aplicables de manera directa a las normas, dado que éstas- al ser imperativos o directivas- no pueden ser ni verdaderas ni falsas. Sin embargo, creía que los principios lógicos eran indirectamente aplicables por medio de las aserciones de la ciencia jurídica.

¹⁹⁴ KELSEN, 1960a: 215.

¹⁹⁵ *Ibíd.*: 217. De modo similar afirmaba en *Natural Law Doctrine and Legal Positivism*: «[...] el sistema de normas jurídicas positivas, elevado sobre la norma fundamental, debe ser un conjunto dotado de sentido, un esquema comprensible, un posible objeto de conocimiento en un sentido cualquiera (asunción inevitable para una ciencia jurídica que se valga, con la finalidad de comprender, de la hipótesis de la norma fundamental), entonces la norma fundamental debe proveer a esto. Ésta debe establecer, no ya un ordenamiento justo, sino uno dotado de sentido. Con la ayuda de la norma fundamental los materiales jurídicos que han sido producidos como derecho positivo deben ser comprensibles como un todo dotado de sentido; es decir, deben prestarse a una interpretación racional». KELSEN, 1945b: 402.

¹⁹⁶ Véase también al respecto KELSEN, 1945b: 395-396; 1934: §29.

¹⁹⁷ Esta idea la reitera cuando se refiere, específicamente, al conflicto entre normas. Véase KELSEN, 1960a:273 y ss. Antes también en KELSEN, 1945a: 992.

¹⁹⁸ KELSEN, 1945b: 401 y ss.

«Dado que las normas jurídicas, siendo prescripciones, es decir, órdenes, permisos y autorizaciones, no pueden ser ni verdaderas ni falsas, se pone ahora el problema de cómo se puedan aplicar los principios lógicos- en particular el principio de no contradicción y las reglas de la deducción lógica- a la relación entre normas jurídicas [...] A este problema se responde: los principios lógicos pueden ser aplicados a normas jurídicas, si no directamente, al menos indirectamente, en la medida en que son aplicables a las proposiciones jurídicas que describen estas normas jurídicas»¹⁹⁹.

Y más adelante:

«Dos normas jurídicas se contradicen y, por ende, no pueden ser afirmadas como válidas, cuando los dos enunciados jurídicos que las describen pueden articularse en un silogismo lógico»²⁰⁰.

Postulaba así que la lógica se refleja en las aserciones respecto a la validez de una norma, de manera que una afirmación “verdadera” de la ciencia jurídica, conlleva afirmar la validez de la norma respecto a la cual se hace la aserción²⁰¹. Lo anterior implicaba también que una aserción que constata que en un sistema jurídico hay dos normas contradictorias entre sí, es ella misma una aserción contradictoria. De esta manera, Kelsen suponía erróneamente que la descripción de una contradicción implica en sí misma una contradicción. Con posterioridad a *RR2* Kelsen se da cuenta de tal error, y en obras tales como *Derogation (DER)*, *Law and Logic (LL)* *General Theory of Norms (ATN)*²⁰² asume que la ciencia jurídica puede describir conflictos entre normas sin contradecirse. Aun cuando la lógica pueda aplicarse a las aserciones descriptivas de la ciencia jurídica, ello no se refleja en las normas, de modo que la lógica no es aplicable ni de modo directo ni modo indirecto a las normas²⁰³.

En estrecha relación con lo anterior está el rol que Kelsen, en la época que publicó *RR2*, atribuía a la ciencia jurídica. Si bien es cierto que señalaba que la ciencia jurídica describe

¹⁹⁹ KELSEN, 1960a: 87.

²⁰⁰ *Ibíd.*: 88.

²⁰¹ *Ibíd.*: 87-88; 1960b: 271 y ss.

²⁰² KELSEN, 1962; 1965; 1979, respectivamente.

²⁰³ KELSEN, 1979: 195 ss., 306 ss., 350 ss., 364 ss., 378 ss.; 1965: 233 ss.; 1962: 40 y ss. Al respecto puede consultarse: CONTE, 1967: 200-201; GUASTINI, 1992:65 y ss.; 1996: 127-131; GIANFORMAGGIO, 1994: 47 y ss.; CHIASSONI, 2015.

y no prescribe normas, al mismo tiempo afirmaba que es una ciencia de carácter normativo, en tanto se refiere a normas y se expresa en enunciados deónticos²⁰⁴. La ciencia jurídica, según sostenía, podía resolver antinomias a fin de presentar al derecho de modo coherente. En las obras posteriores a *RR2* recién mencionadas (*DER*, *LL*, *ATN*), Kelsen también se da cuenta que las antinomias no son resueltas por operaciones lógicas de la ciencia jurídica, sino por las decisiones de las autoridades normativas con competencia para ello. La ciencia del derecho puede constatar antinomias, e incluso influir sobre las decisiones de las autoridades normativas, pero su resolución con efectos jurídicos directos es el resultado de una decisión de estas últimas:

«Que en el caso de dos enunciados contradictorios entre sí ambos sean verdaderos, es imposible: que en el caso de dos normas en conflicto ambas valgan, es posible. Y no puede resolverse este conflicto- como si fuera una contradicción lógica – mediante el conocimiento, es decir, la Ciencia del Derecho. Ésta puede solamente establecer la existencia de dicho conflicto, y tiene que dejar su solución al acto volitivo de la autoridad jurídica o a la inobservancia consuetudinaria»²⁰⁵.

No obstante lo anterior, autores como Ruiz Manero y Moreso plantean que, al insistir en la tesis de la cláusula alternativa tácita, Kelsen no llega a asumir genuinamente los conflictos normativos, al menos respecto de las normas de distinto nivel²⁰⁶. Al respecto, Kelsen afirma en *Derogación*:

²⁰⁴ KELSEN, 1960a: 87- 89 y 93. También en su debate con Klug (sobre la relación entre las normas y el análisis lógico) Kelsen señalaba que las proposiciones descriptivas de normas son proposiciones del ámbito del deber ser. KELSEN, 1959:38.

²⁰⁵ KELSEN, 1965: 101. En este mismo sentido afirma en *DER*: «En resumen, cabe señalar [...] que los principios de derogación no son principios lógicos, y que los conflictos entre normas continúan sin resolverse a menos que las normas de derogación sean expresamente estipuladas o sean presupuestas en silencio, y que la ciencia del derecho es tan incompetente para resolver por interpretación los conflictos existentes entre las normas, o más aun, para revocar la validez de las normas positivas, ya que es incompetente para emitir normas jurídicas («In summary, it should be pointed out [...] that principles of derogation are not logical principles, and that conflicts between norms remain unresolved unless derogating norms are expressly stipulated or silently presupposed, and that the science of law is just as incompetent to solve by interpretation existing conflicts between norms, or better, to repeal the validity of positive norms, as it is incompetent to issue legal norms»). KELSEN, 1962: 274. También esta idea se encuentra en *ATN*. KELSEN, 1979: 198, 367, 401. Sobre ello puede verse GUASTINI, 1996: 111 ss.

²⁰⁶ RUIZ MANERO, 1990: 76; MORESO 1993: 89.

«La Ciencia del Derecho al describir la ley, debe tomar en consideración que las llamadas resoluciones judiciales antijurídicas y las llamadas leyes o códigos anticonstitucionales son, de acuerdo con el Derecho, válidos siempre y cuando no hayan sido anulados por el acto de un órgano competente para resolver sobre su antijuridicidad o inconstitucionalidad de acuerdo con un procedimiento jurídico establecido por la ley»²⁰⁷.

Por su parte, respecto al caso de las sentencias ilegales, Kelsen en *ATN* torna a conectar este fenómeno con la *cosa juzgada*, señalando:

«Puesto que debe haber una razón para la validez de una norma individual, la proposición jurídica que describe la norma general que debe ser aplicada por el tribunal ha de ser formulada por la ciencia jurídica como un conjunto de alternativas, de forma que el órgano de aplicación no sólo está autorizado a establecer el acto coactivo establecido en una norma general, sino también a establecer un acto coactivo que el órgano cree que corresponde a la norma general y a establecer un acto coactivo incluso si no hay ninguna norma general que lo establece y también a no establecer acto coactivo alguno [...] aun cuando el tribunal crea que la conducta para la cual la norma general prescribe un acto coactivo se ha dado»²⁰⁸.

No pocos autores han vinculado la tesis de la cláusula alternativa tácita, así como las anteriores afirmaciones de Kelsen, al realismo jurídico. Así, por ejemplo, Juan Ruiz Manero, Eugenio Bulygin, José Juan Moreso, Paolo Comanducci, Pierluigi Chiassoni, Michel Troper. Algunos de éstos creen que estas tesis deben ser descartadas de la obra de Kelsen, por considerarlas contradictorias con los aspectos que consideran más relevantes de su teoría (Ruiz Manero, Bulygin, Moreso). Otros de ellos, sin embargo, defienden la idea de Kelsen como un exponente del realismo y resaltan las afirmaciones del autor que pueden leerse en esa línea, entre ellas, la tesis en comentario (Comanducci, Chiassoni, Troper).

Las distintas visiones sobre la teoría del derecho de Kelsen, así como la conexión entre la tesis de la coherencia y la tesis de la cláusula alternativa tácita, serán algunos de los ejes centrales de las observaciones que se formularán en este trabajo. Pues el debate en torno

²⁰⁷ KELSEN, 1962: 45V.

²⁰⁸ KELSEN, 1979: 58 xxi.

a la tesis de la cláusula alternativa tácita lleva consigo la discusión sobre una serie de otras cuestiones más generales de la teoría del derecho. No sólo hay distintos enfoques sobre la teoría del derecho Kelsen, sino que también, cada postura teórica asume distintas visiones sobre el rol de los jueces en el proceso de creación y aplicación de las normas, y distintos criterios de pertenencia de las normas a los sistemas jurídicos. Además, como se desarrollará en las observaciones, se torna relevante en esta discusión distinguir entre los conceptos de validez y existencia jurídica.

El análisis de la tesis de la cláusula alternativa tácita, así como de sus críticas y comentarios, me conducirá a sostener que el problema principal de esta tesis de Kelsen es confundir dos aspectos distintos: por una parte, la descripción de ciertas normas que, a pesar de su irregularidad, producen efectos jurídicos como consecuencia de las decisiones de las autoridades normativas; con un aspecto normativo: otorgar validez a las mismas. Sin embargo, en mi opinión, esta tesis no es descartable del todo, pues hay un aspecto que merece ser rescatado, en tanto lo considero una cuestión central para el tema aquí analizado: el análisis de las normas irregulares está estrechamente vinculado a la pregunta de cómo está estructurado un sistema jurídico en relación a los mecanismos de control de la regularidad.

2. IMPACTO DE LA TESIS DE LA CLÁUSULA ALTERNATIVA TÁCITA EN LA TEORÍA JURÍDICA: CRÍTICAS Y DEFENSA

La tesis de la cláusula alternativa tácita ha causado bastante polémica entre los teóricos del derecho, siendo considerada por la mayoría como una tesis absurda que resulta contradictoria con la propia teoría del derecho de Kelsen. En esta línea se manifiestan Juan Ruiz Manero, Eugenio Bulygin y José Juan Moreso, probablemente las críticas más desarrolladas al respecto.

Juan Ruiz Manero²⁰⁹, apoyándose en ciertas observaciones de Carlos Nino²¹⁰ y Albert Calsamiglia²¹¹, se dedica a explicar la inserción de la tesis de la cláusula alternativa tácita en la *Teoría Pura del Derecho*, así como a plantear ciertas incoherencias derivadas de sostener dicha tesis en el marco de una teoría como la de Kelsen. A grandes rasgos, Ruiz Manero propone que la tesis de la cláusula alternativa tácita es incompatible con la estructura jerárquica del orden jurídico, según la cual, las normas inferiores se encuentran sujetas a las normas superiores que regulan su producción. De seguirse esta tesis- señala- las normas inferiores no tendrían que ajustarse a las normas superiores, y las normas individuales de los jueces tampoco se encontrarían sujetas a las normas generales. Según este autor, si se tiene en cuenta la tesis de la cláusula alternativa, así como a otras tesis que Kelsen sostiene respecto a los conflictos entre normas, y sus afirmaciones sobre la interpretación auténtica, sólo existirían normas individuales de creación judicial²¹².

Bulygin²¹³ comparte la idea consistente en que, de insistirse en una tesis como ésta, se derrumbaría el proyecto Kelseniano de situarse en una posición intermedia entre el formalismo y el decisionismo, produciéndose ciertas consecuencias que considera catastróficas para la teoría de derecho. En razón de lo anterior, postula que la tesis de la cláusula alternativa tácita no debe ser tomada en serio. Las consecuencias que Bulygin

²⁰⁹ RUIZ MANERO, 1990; 1995

²¹⁰ NINO, 1985.

²¹¹ CALSAMIGLIA, 1977.

²¹² Los argumentos para sostener esta tesis, serán explicados más adelante.

²¹³ BULYGIN, 1995b; 2006

atribuye a esta tesis de Kelsen son: 1) la pérdida del contenido normativo de las normas, y; 2) la absoluta discrecionalidad de los jueces en la creación y aplicación del derecho. Bulygin explica esta tesis sobre la base de ciertas confusiones y ambigüedades conceptuales de la teoría de Kelsen, en especial, las relacionadas con el concepto de validez, como también, sobre la base del cuestionamiento del carácter constitutivo de las sentencias judiciales²¹⁴. Las críticas a la tesis de la cláusula alternativa tácita han tenido gran eco en la teoría del derecho actual, posicionándose también en esta línea autores como José Juan Moreso²¹⁵, Claudina Orunesu, Jorge Rodríguez y German Sucar²¹⁶, todos quienes rechazan la tesis en comento con argumentos similares. Otros autores, como Letizia Gianformaggio y Stanley Paulson²¹⁷, quienes recopilaron uno de los debates más importantes entre los autores recién señalados, plantean también interrogantes al respecto.

Desde otra perspectiva y en defensa de la tesis de la cláusula alternativa tácita se manifiesta Paolo Comanducci²¹⁸, para quien ésta no resulta extraña a la *Teoría Pura del derecho*, sino que- por el contrario- le parece una tesis consistente con otros aspectos de la misma. Dicha compatibilidad es explicada, principalmente, sobre la base de la distinción entre diferentes actividades interpretativas y distintos tipos de conocimientos jurídicos presentes en la teoría de Kelsen, así como diversas clases de 'superioridad' de la constitución sostenidos por el autor. Comanducci, y otros autores de la escuela genovesa, como Pierluigi Chiassoni y Giovanni Ratti²¹⁹, defienden la idea, según la cual, la cláusula alternativa tácita es una tesis de corte realista destinada a mostrar cómo funciona el derecho en la realidad.

Por su parte, todos los autores mencionados destacan que la tesis de la cláusula alternativa tácita se relaciona con la tesis de la coherencia y unidad del sistema jurídico.

²¹⁴ BULYGIN, 1995b.

²¹⁵ MORESO, 1993.

²¹⁶ ORUNESU, RODRÍGUEZ Y SUCAR, 2001.

²¹⁷ GIANFORMAGGIO Y PAULSON, 1995.

²¹⁸ COMANDUCCI, 1997; 1998; 2012.

²¹⁹ CHIASSONI, 2010, 2012a y b, 2013; 2015; RATTI, 2014.

En los puntos siguientes se revisarán los argumentos que se han formulado al respecto, tanto para criticar como defender la tesis de Kelsen, comenzando por lo primero²²⁰.

2.1. CRÍTICOS: INCOMPATIBILIDAD CON LA TEORÍA DEL DERECHO DE KELSEN

Como ya se adelantó, los críticos de la tesis de la cláusula alternativa tácita le atribuyen ciertas consecuencias que se consideran incoherentes con la propia teoría del derecho de Kelsen, y catastróficas para la teoría del derecho. A continuación, se revisarán los argumentos centrales de esta postura teórica.

2.1.1. Pérdida del contenido normativo de las normas

Según plantea Eugenio Bulygin, defender una tesis como la de la cláusula alternativa tácita tiene como consecuencia que las normas pierdan su contenido normativo. Entiende en este punto el 'contenido normativo' como la capacidad de guiar la

²²⁰ Hay una propuesta de análisis sobre la tesis de la cláusula alternativa tácita que no será abordada en este trabajo, pero que me restrinjo a enunciar brevemente. Me refiero a la de Richard Tur (véase TUR, 2013), quien ha vinculado la tesis de la cláusula alternativa tácita con el concepto de derrotabilidad. A grandes rasgos, Tur sostiene que Kelsen abraza una noción fuerte de discreción que se manifiesta en que admite que el legislador, los jueces o la administración, según sea el caso, puedan derrotar a una norma general aplicable, sustituyéndola por una norma general o individual de su propia invención. Según afirma, Kelsen concede que los jueces se aparten de lo prescrito por las normas generales por considerarlas insatisfactorias o injustas, creando una norma individual para el caso concreto (Ibíd.: 252-254). A su vez, y sobre la base de la idea de discreción, autorización y descentralización, el autor argumenta que Kelsen cree que las normas de competencia determinan los elementos institucionales, pero no materiales que debe contener una norma. El carácter alternativo de las normas lleva consigo la idea de que los órganos competentes pueden omitir, desaplicar o derrotar una norma general, saliéndose de los "marcos" que regulan los contenidos, y crear una nueva norma, ya no sólo para un caso individual, sino de carácter general (Ibíd.: 255-258). Según propone Tur, la tesis de la alternatividad encaja con una teoría derrotabilista, en tanto se faculta a que los órganos respectivos puedan pasar por alto las normas generales que regulan las materias, resultando éstas derrotadas. Como he advertido, no profundizaré sobre esta tesis, en tanto introducirme en los debates acerca del concepto de derrotabilidad, respecto del cual no existe consenso en la teoría jurídica, desbordaría los márgenes de este trabajo (interesantes discusiones sobre la derrotabilidad pueden consultarse en BAYÓN, J.C Y RODRÍGUEZ, J., 2003, y en FERRER BELTRÁN, J., Y RATTI, G., 2012). Me limito a señalar que, en mi opinión, la derrotabilidad, en tanto herramienta conceptual o construcción argumentativa, puede ser utilizada para explicar o reconstruir algunas decisiones interpretativas de los órganos con competencias normativas. Sin embargo, y teniendo en consideración el amplio debate que existe en torno a este concepto, creo que esta situación puede ser explicada, en términos más simples, con la idea de contradicción entre normas de distinto nivel, así como describiendo la actividad de interpretación que realizan los órganos con competencias normativas, en especial al momento de decidir sobre la regularidad de las normas jurídicas y el rol que en un sistema jurídico cumplen con ello.

conducta de los destinatarios de las normas²²¹. Bulygin señala que, según esta supuesta habilitación, cualquier curso de acción que se siga resultaría conforme a las normas generales, en contra de lo que afirma el propio Kelsen en el sentido de que debe ser posible infringirlas²²². De acuerdo con la tesis de la cláusula alternativa, argumenta Bulygin, las normas generales no podrían ser infringidas y, por tanto, no podrían regular el comportamiento. En razón de lo anterior, Bulygin cree que la tesis de la cláusula alternativa tácita constituye un error de la teoría de Kelsen que no debe ser tomada en consideración²²³.

Esta idea la sostiene también Juan Ruiz Manero, quien siguiendo a Carlos Nino²²⁴, apunta que la solución que propone Kelsen para el conflicto entre normas de distinta jerarquía implica que todas las normas (salvo las normas individuales que ordenan actos concretos de ejecución material) contienen tácitamente una cláusula que autoriza a no obedecer lo que estas mismas normas expresamente establecen. Lo anterior, según afirma Ruiz Manero, conlleva al «derrumbe de la concepción kelseniana del ordenamiento jurídico como sistema dinámico de normas jerarquizadas»²²⁵. Argumenta que si todas las normas (salvo la excepción que menciona) contienen la cláusula alternativa tácita, ninguna de ellas sería susceptible de ser transgredida, de manera que ninguna sería propiamente una norma²²⁶. Coincide así con Bulygin en afirmar que, si se tomara en cuenta la cláusula alternativa tácita, las normas no podrían guiar la conducta, dado que tendrían un contenido tautológico. En esta misma línea sostiene que de seguirse esta tesis las normas generales ni siquiera podrían cumplir la función de ayuda para la predicción²²⁷. Esta conclusión de Bulygin y de Ruiz Manero supone que esta tesis de Kelsen alude a una norma de conducta. Sin embargo, como se observará más adelante, la tesis de la cláusula alternativa tácita puede ser

²²¹ Al respecto puede verse BULYGIN, 1983b: 457 y ss.

²²² «Mas la posibilidad de una conducta que no corresponde a la norma tiene que darse también» KELSEN, 1960a: 24

²²³ BULYGIN, 1995b:17.

²²⁴ NINO, 1985: II, 32.

²²⁵ RUIZ MANERO, 1990: 65.

²²⁶ *Ibíd.*: 66.

²²⁷ *Ibíd.*: 67.

interpretada de otro modo, que me parece más adecuado. Sobre esto me pronunciaré en las observaciones.

2.1.2. Absoluta discrecionalidad de los jueces

Otra de las consecuencias que se ha atribuido a la tesis de la cláusula alternativa tácita es que, de seguirse, la actividad judicial de creación de una norma individual no estaría determinada por las normas generales. Ello a su vez, según se plantea, implicaría que los jueces se encontrarían en una posición de absoluta discrecionalidad en la creación y aplicación del derecho. Esto último, se señala, resulta contrario al proyecto de Kelsen de situarse en una posición intermedia entre el formalismo y el decisionismo. Es por ello que Bulygin afirma que la tesis de la cláusula alternativa tácita no debe ser tomada en serio, puesto que de lo contrario se derrumbaría la teoría del derecho de Kelsen²²⁸.

También Ruiz Manero cree que la propuesta de la cláusula alternativa tácita implica asumir una concepción del derecho “radicalmente judicialista”²²⁹. Plantea que considerar esta cláusula impediría incluso determinar quiénes son los órganos de producción jurídica. Afirma, en la línea de Nino, que si se habilita a los órganos aplicadores a dictar normas de cualquier contenido y bajo cualquier procedimiento, la alternatividad podría extenderse incluso a la propia determinación del órgano competente, toda vez que la competencia funcional estaría vinculada al procedimiento y a la materia normativa²³⁰.

Moreso también cree que la alternatividad se extiende al órgano, y que la tesis de la cláusula alternativa tácita supone una autorización para que cualquiera dicte normas de cualquier contenido, bajo cualquier procedimiento²³¹. Es preciso considerar que los autores recién mencionados incluyen en el concepto de competencia a las reglas de

²²⁸ BULYGIN, 1995b: 17. Sobre la tesis de Kelsen acerca de la creación judicial del derecho, así como las críticas de Bulygin al respecto me referiré en las observaciones finales, dada la importancia que considero que tiene la propuesta de cada autor al respecto.

²²⁹ RUIZ MANERO, 1990: 66-67. La misma idea está en CONTE, 1967.

²³⁰ NINO, 1985: II, 34. RUIZ MANERO, 1990: 67.

²³¹ Al respecto Moreso afirma: «Si cualquiera puede, con cualquier procedimiento y sobre cualquier contenido, dictar leyes de acuerdo con la Constitución, entonces la posibilidad de que la Constitución controle la legalidad es una quimera». MORESO, 1983: 90.

procedimiento y también a todo el conjunto de normas que determinan la validez de una norma. Esto explica que extiendan la alternatividad también al “órgano competente”, incluyendo en tal al procedimiento y otras normas sobre producción. Sin embargo, como se explicó, la validez es conceptualmente diversa a las normas de competencia. Sobre esto me referiré también más adelante.

2.1.3. Ambigüedad del término ‘validez’

Se ha señalado en repetidas ocasiones que Kelsen utiliza el término validez algunas veces como pertenencia al sistema jurídico y otras como obligatoriedad. Kelsen confunde así un concepto descriptivo de validez como ‘existencia específica’ de una norma, es decir, la pertenencia de ésta al ordenamiento jurídico, y un concepto prescriptivo de validez como ‘fuerza vinculante’, entendida como la obligatoriedad de hacer lo prescrito por una norma.

De acuerdo con Bulygin, si se omitiera la tesis de la cláusula alternativa tácita, se explicaría la idea de Kelsen, según la cual, una norma inconstitucional sería al mismo tiempo válida (en tanto obligatoria) e inválida (no perteneciente al sistema). Según Kelsen, sólo las normas que pertenecen al sistema son obligatorias. Según Bulygin- en cambio- las normas inconstitucionales son inválidas, pero poseerían fuerza obligatoria (entendida como aplicabilidad) mientras no sean declaradas como tales por el órgano competente para pronunciarse sobre validez. De acuerdo con Bulygin, por lo tanto, las normas inconstitucionales no existen en sentido de pertenencia, pero sí en sentido de obligatoriedad mientras no sean invalidadas²³².

Ahora bien, teniendo en cuenta los problemas del concepto de fuerza obligatoria de Kelsen, Bulygin propone su reemplazo por el concepto de aplicabilidad. Recordando brevemente lo ya señalado, Bulygin plantea que una norma es aplicable cuando el juez tiene el deber de aplicarla al caso en cuestión. Este deber no es de carácter moral, sino que está establecido por otras normas positivas que Bulygin llama “normas sobre la

²³² BULYGIN, 2006: 18-19.

aplicación”. Así, en razón de la aplicabilidad, un juez podría encontrarse obligado a aplicar una norma que no pertenece al sistema, como ocurre con las normas del derecho internacional privado y con las normas irregulares.

El profesor argentino advierte que la tesis de la cláusula alternativa tácita se explica por la confusión de Kelsen entre los conceptos de validez y obligatoriedad, dado que no permite dar cuenta que una norma sea inválida en tanto creación irregular, pero no obstante aplicable, entendiendo la aplicabilidad como un deber jurídico impuesto por otras normas del sistema. Sobre el concepto de aplicabilidad en tanto respuesta de Bulygin para explicar a las normas irregulares, me remito a los comentarios que formulé a esta propuesta de análisis en el capítulo anterior.

2.1.4. Sentencias como siempre constitutivas.

La segunda confusión de Kelsen que, según Bulygin, explica la incorporación de la tesis de la cláusula alternativa tácita en la *Teoría Pura del Derecho*, se relaciona con la idea kelseniana, de acuerdo con la cual, las sentencias nunca son meramente declarativas, sino siempre constitutivas tanto de los hechos como de las normas. El carácter constitutivo de las sentencias judiciales se encuentra en el apartado dedicado a la función judicial de *RR2*²³³. En esta materia, Kelsen afirma:

«La sentencia judicial no tiene, como se suele suponer, un carácter meramente declaratorio. El tribunal no sólo tiene que descubrir y reformular un derecho ya concluido como creación y fijo, cerrado ya el proceso de su producción. La función del tribunal no es mero descubrimiento y formulación del derecho, y en este sentido, declaratoria. El descubrir el derecho se da solamente en la determinación de la norma general aplicable al caso concreto. Y también esta determinación tiene un carácter, no puramente declaratorio, sino constitutivo. El tribunal que tiene que aplicar en un caso concreto las normas generales válidas de un orden jurídico, debe decidir la cuestión de si la norma que aplicará fue producida por la constitución, es decir, por vía de un proceso legislativo determinado por la constitución, o por vía de la costumbre en que la constitución delegara»²³⁴.

²³³ KELSEN, 1960a: 246 y ss.

²³⁴ Ibid.: 247.

Respecto a los hechos, Kelsen más adelante señala:

«El hecho no adquiere validez en el momento en que se ha determinado, sino en el instante que determine el órgano aplicador, es decir, en el instante en que se considere producido el hecho natural, según la comprobación efectuada por el órgano de aplicación de derecho. La determinación del hecho condicionante, por parte del tribunal, es, por tanto, constitutiva en todo sentido [...] Cuando se dice que un tribunal ha establecido que determinado hombre ha cometido determinado homicidio, aunque “en realidad” ese hombre no haya cometido el homicidio en cuestión [...], ello significa que el tribunal ha establecido la existencia o la no existencia de un hecho que, según la opinión de otros, terceros no competentes jurídicamente para esas comprobaciones, se han producido o no»²³⁵.

Bulygin critica las afirmaciones de Kelsen sobre el carácter constitutivo de las sentencias y propone distinguir entre la *quaestio facti* y la *quaestio juris*, para luego presentar un modelo de justificación de las decisiones judiciales. Respecto a la *quaestio facti*, Bulygin está de acuerdo con que el juez pueda determinar incluso de manera definitiva los hechos de caso, pero no está de acuerdo con que sea éste quien los cree. Según su reconstrucción de Kelsen, este último sostiene que, dado las decisiones de los jueces de última instancia no pueden modificarse, tampoco pueden ser criticadas. Al respecto, Bulygin plantea que la verdad del enunciado del juez que describe los hechos del caso es independiente de la decisión judicial, pues lo primero depende únicamente de las reglas semánticas del lenguaje y de los hechos del caso. Por otra parte, plantea que si el juez se equivoca puede ser siempre criticado, teniendo en cuenta que los jueces tienen la obligación jurídica de buscar la verdad del caso. Concluye que de lo contrario «todo el sistema jurídico se pervertiría»²³⁶.

En cuanto a la *quaestio juris*, Bulygin sostiene que Kelsen confunde dos cuestiones distintas: el carácter definitivo de las sentencias con la idea, según cual, el derecho es lo que los jueces dicen que sea. Según Bulygin, inferir lo segundo de lo primero es un error, dado que la proposición normativa que predica la pertenencia de una norma al sistema es

²³⁵ Ibid.: 249.

²³⁶ BULYGIN, 1995b: 22.

verdadera o falsa en tanto proposición empírica, independientemente de lo que decida el juez²³⁷. Propone que la pertenencia de una norma depende del hecho que la norma en cuestión haya sido emitida por el órgano competente. Concluye que los jueces no son infalibles y que tienen la obligación de afirmar que una norma es válida sólo si es válida, puesto que de lo contrario «el sistema de reglas, en referencia al funcionamiento de los tribunales, se derrumbaría»²³⁸.

Teniendo en cuenta las críticas que formula a Kelsen, Bulygin presenta un modelo de justificación de la decisión judicial, conforme al cual, los jueces deben justificar sus decisiones. Éstas, según manifiesta, deben poder inferirse lógicamente de normas generales y de la descripción de los hechos del caso. De este modo, según el profesor argentino, aun cuando la actividad de decisión del juez no pueda estar regulada por la lógica, el resultado de la decisión si puede serlo²³⁹. Propone que la justificación de una decisión judicial supone el conocimiento de la norma, de los hechos de caso y del lenguaje. Hay que tener en cuenta que Bulygin utiliza la distinción entre casos claros o fáciles y casos difíciles, señalando que la solución en los “casos claros” viene determinada por las reglas semánticas; y en los “casos difíciles” el juez toma una decisión sobre la base de la elección entre las múltiples soluciones interpretativas posibles²⁴⁰.

²³⁷ Esta idea también puede verse en BULYGIN, 1976: 385.

²³⁸ BULYGIN, 1995b: 23.

²³⁹ *Ibíd.*: 25.

²⁴⁰ *Ibíd.*: 34-35. La referencia a casos claros o fáciles y casos difíciles alude a una distinción, muy difundida en la teoría del derecho, de acuerdo con la cual, los casos claros son aquellos en los que el campo de aplicación de una norma no supone grandes problemas, en tanto resulta evidente. Se señala que, en estos casos, los jueces se limitan a tomar conocimiento de la norma y que sus enunciados pueden ser verdaderos o falsos. En los casos difíciles, en cambio, el campo de aplicación de la norma resulta dudoso, debido a que las formulaciones normativas son ambiguas y/o a que los conceptos utilizados poseen “textura abierta”. En estos casos los jueces al calificar los hechos ejercen un poder discrecional y sus enunciados interpretativos están privados de valor de verdad. Uno de los principales exponentes de esta tesis es Hart (HART, 1961: 155 y ss.; 1993: 105 y ss.), quien critica tanto al formalismo (es decir la teoría que sostienen que afirman que los jueces siempre se limitan a tomar conocimiento de las normas y su deber consiste sólo en aplicarlas) como al escepticismo interpretativo característico del realismo jurídico. De acuerdo a esta última teoría interpretativa, no existe un sentido objetivo de los textos normativos previo a la interpretación de los mismos. A grandes rasgos, según quienes sostienen un escepticismo interpretativo, los jueces pueden interpretar los textos normativos de diversas y múltiples maneras, sin que pueda atribuirse valores de verdad a las interpretaciones. De esta manera, los jueces no toman conocimiento de las normas, si no que

En un sentido similar al de Bulygin se expresa José Juan Moreso, para quien la tesis de la cláusula alternativa tácita es aplicación de dos premisas de Kelsen: 1. todas las sentencias tienen valor constitutivo y no declarativo, también de los hechos; 2. en el derecho no puede darse la nulidad absoluta, sino sólo la anulabilidad²⁴¹. Moreso también es crítico de la propuesta kelseniana respecto al valor de las sentencias. Para este autor, cuando los tribunales constitucionales se pronuncian sobre la validez de una norma lo que hacen es *declararla* y no *constituirla* (sea la validez o la invalidez)²⁴². Ahora bien, plantea que lo que *se constituye* es la eliminación de la vigencia de norma y con ello su pertenencia al sistema al jurídico en cuestión²⁴³.

Claudina Orunesu, Jorge Rodríguez y German Sucar, se han manifestado también en la línea de Bulygin, al sostener que la tesis de la alternatividad conduce al derrumbe de la teoría del derecho de Kelsen, especialmente, de la idea de la estructura jerárquica del orden jurídico, en razón de que esta cláusula autorizaría al legislador y a los jueces a emitir normas con cualquier contenido²⁴⁴. Del mismo modo que Bulygin, y sobre la base de la distinción de Hart²⁴⁵ entre el carácter definitivo de las sentencias y la corrección de las

ellos mismos deciden el significado de los textos normativos, decidiendo el contenido de las normas. Kelsen se sitúa en esta línea. También puede verse en este sentido, TARELLO, 1980, y actualmente en otros miembros de la escuela genovesa, como: GUASTINI, 1992, 2004, 2005b, 2006b, 2010b, 2012b, 2013c; CHIASSONI, 2004, 2007a y b. Sobre esto volveré en el punto 2 de la tercera parte del trabajo.

²⁴¹ MORESO, 1993: 87.

²⁴² Moreso propone también una teoría interpretativa en la línea de Hart (MORESO, 1997).

²⁴³ *Ibíd.*: 108-109. Cabe apuntar que hasta ese momento Moreso creía que la vigencia de una norma podía ser un criterio para determinar su pertenencia al sistema jurídico. En este contexto es que distingue entre *Mundos Jurídicos Óptimos* (MJO), para referirse al ideal en que las autoridades normativas emiten sólo normas válidas, y, por otra parte, los *Mundos Jurídicos Defectuosos* (MJD), aludiendo a lo que ocurre en la realidad jurídica. Instituciones como el control de constitucionalidad de las leyes son mecanismos destinados a adecuar los MJD a los MJO. *Ibíd.*: 102 y ss. Algo similar está en MORESO Y NAVARRO, 1994. Sin embargo, con posterioridad, Moreso abandona la tesis de la vigencia como criterio de pertenencia y equipara la validez con la pertenencia de una norma a un sistema jurídico. En este último sentido se manifiesta en MORESO Y VILAJOSANA, 2004.

²⁴⁴ ORUNESU, RODRÍGUEZ Y SUCAR, 2001:14.

²⁴⁵ HART, 1961: 141 y ss.

decisiones del juez, argumentan que esta tesis de Kelsen es producto de la confusión entre ambos aspectos²⁴⁶.

La reconstrucción que Bulygin hace de estas tesis de Kelsen, así como su propuesta sobre las decisiones judiciales han sido objetadas por Comanducci. Sobre estas cuestiones me pronunciaré en los comentarios finales. Sin embargo, puedo adelantar que esta discusión se relaciona estrechamente con las distintas teorías de la interpretación que asumen estos autores. De especial consideración es el rol que Kelsen atribuye a los intérpretes en el proceso de la creación de las normas. En efecto, las afirmaciones sobre el carácter constitutivo de las sentencias y, en especial, sobre las sentencias de última instancia, deben conectarse con su noción de interpretación auténtica. No creo que Kelsen apunte hacia que las sentencias no puedan ser objeto de una crítica externa, como lee Bulygin. Sino que subraya los efectos jurídicos que producen las decisiones de los intérpretes que tienen la última palabra. En este sentido, y luego de plantear el carácter constitutivo de las sentencias, Kelsen señala:

«Si este recurrir de un procedimiento a otro se encuentra limitado por el orden jurídico positivo tendremos entonces un procedimiento judicial que ya no puede ser objeto de otro, y, por ende, no puede aparecer ya en lugar del hecho de este proceso judicial realizado el hecho procesalmente verificado de ese procedimiento, teniendo que aceptarse el caso límite de un último procedimiento judicial como un hecho en sí. Así sucede cuando una sentencia del tribunal de última instancia

²⁴⁶ Orunesu, Rodríguez y Sucar afirman al respecto: «Una decisión puede ser definitiva, en el sentido que no puede ser cuestionada ante ningún otro órgano y, no obstante, ser equivocada. Los órganos de mayor jerarquía dentro del poder judicial, al resolver las disputas en torno a la inconstitucionalidad de las leyes o la ilegalidad de las sentencias dictadas por otros jueces, pueden tomar decisiones a cuyo respecto no quepa recurso alguno. Pero el carácter definitivo de tales decisiones no les acuerda corrección. Si una norma ha sido dictada en violación de la constitución, eso no cambia por el hecho de que la Corte Suprema rechace un pedido de declaración de inconstitucionalidad. Las pautas de corrección de una decisión judicial son independientes del carácter final o definitivo que pueda tener esa decisión». ORUNESU, RODRÍGUEZ Y SUCAR, 2001: 19-20. Estas observaciones han sido criticadas por Ratti, quien como Comanducci, plantea que la tesis de la cláusula alternativa tácita es una tesis realista del derecho. Ratti plantea que las críticas que se formulan a Kelsen a este respecto asumen que existen respuestas correctas con las que medir las decisiones de los órganos aplicadores, lo cual es una cuestión bastante controvertida en materia de teoría de la interpretación. Véase al respecto RATTI, 2014. Sobre ello me referiré más adelante.

adquiere fuerza de cosa juzgada. Ello significa que debe admitirse que el sentido subjetivo del acto de la sentencia de última instancia es su sentido objetivo [...]»²⁴⁷.

Esta afirmación conectada con tesis sobre interpretación puede leerse de la siguiente manera: cuando en un sistema jurídico se otorga competencia a ciertos órganos que tienen la última palabra para decidir sobre un caso, la decisión de este órgano producirá efectos jurídicos, aun cuando haya diversas interpretaciones, ya sea de los hechos, como de los preceptos normativos. Estos intérpretes determinarán de modo definitivo en el ámbito jurídico la calificación normativa de los hechos del caso, así como el contenido de las normas aplicadas.

2.1.5. Tesis de la coherencia

La tesis de la coherencia ha sido uno de los argumentos más recurrentes a la hora de explicar la incorporación de la tesis de la cláusula alternativa tácita en la teoría pura. En esta línea Ruiz Manero sostiene que la tesis de la cláusula alternativa tácita puede explicarse con otras tesis que Kelsen sostenía en *RR2*, entre ellas, la tesis según la cual una característica necesaria del sistema jurídico es la no existencia de conflictos entre normas que forman parte de éste²⁴⁸. Se indicó al comienzo de este capítulo que en obras posteriores a *RR2*, Kelsen asumió la posibilidad de conflictos entre normas. Sin embargo, de acuerdo con Ruiz Manero, mantuvo la tesis de la cláusula alternativa tácita para explicar los conflictos entre normas de distinto nivel, lo cual- según plantea- implica no asumir genuinamente tales conflictos²⁴⁹. Explica que el tratamiento kelseniano del conflicto entre normas de distinto nivel se ve viciado por «la incompatibilidad entre su deseo de

²⁴⁷ KELSEN, 1960a: 250-251.

²⁴⁸ RUIZ MANERO, 1995:248.

²⁴⁹ Es preciso apuntar que, según Ruiz Manero, Kelsen en *ATN* abandona la tesis de la cláusula alternativa tácita respecto a las sentencias judiciales irregulares, y las comienza a explicar con la institución de la *cosa juzgada*. Es decir, según la reconstrucción de Ruiz Manero, en *ATN* Kelsen plantea que las sentencias irregulares serían inválidas respecto de las normas generales, pero válidas en razón de la *res iudicata*. RUIZ MANERO, 1990: 78-79. Sin embargo, precisa Moreso, Kelsen siempre vinculó la *cosa juzgada* con la tesis de la cláusula alternativa para explicar la existencia de sentencias irregulares. Kelsen señala también en *RR2* que la *res iudicata* es una razón más para interpretar a las normas de competencia como integradas por esta habilitación. MORESO, 1993: 89.

construir un modelo lógicamente coherente de los sistemas jurídicos y su intento de acomodar dentro de este modelo ciertos aspectos anómalos de la realidad jurídica»²⁵⁰.

Ruiz Manero concluye así que Kelsen, en cuanto positivista, no puede negar el carácter ilegal de algunas normas que son, no obstante, efectivas. Frente a ello, y buscando mantener la tesis de la coherencia, adopta la solución de la cláusula alternativa tácita²⁵¹. Las observaciones que Calsamiglia, Weyland, y Moreso presentan al respecto son similares, sosteniendo que esta tesis es el resultado de dos ideas de Kelsen: por una parte, que el ordenamiento jurídico está necesariamente exento de conflictos y, por otra, su deseo de describir, conforme a su programa positivista, el derecho efectivo²⁵². Comanducci también plantea que la tesis de la alternatividad se corresponde a un intento por salvar la tesis de la coherencia del ordenamiento jurídico. Sin embargo, como se verá en seguida, arriba a unas conclusiones muy diversas a las de los autores recién señalados.

2.2. EN DEFENSA DE LA TESIS CLÁUSULA ALTERNATIVA TÁCITA

No muchos autores se han manifestado a favor de la tesis de la cláusula alternativa tácita de Kelsen. Paolo Comanducci es uno de los pocos teóricos del derecho que tiene un planteamiento distinto al de los autores mencionados en el apartado anterior. En efecto, replicando a los argumentos de Bulygin, sostiene que la tesis de la cláusula alternativa tácita es consistente con la teoría del derecho de Kelsen, y que resulta útil para explicar algunos aspectos del funcionamiento de los sistemas jurídicos modernos²⁵³. A continuación, sintetizaré sus argumentos.

²⁵⁰ RUIZ MANERO, 1990: 60.

²⁵¹ *Ibíd.*:62.

²⁵² CALSAMIGLIA, 1977:172; WEYLAND, 1986: 249; MORESO, 1993:88.

²⁵³ COMANDUCCI, 1998:139; 1997:165.

2.2.1. La cláusula alternativa tácita como una tesis interpretativa de la doctrina pura del derecho.

De acuerdo con Comanducci, la tesis de la cláusula alternativa tácita propuesta por Kelsen tiene una función análoga a la de la norma fundamental: es una construcción argumentativa que opera como una condición de posibilidad de un orden jurídico privado de contradicciones verticales. Es así un instrumento teórico que sirve para salvar la pretendida coherencia del ordenamiento jurídico²⁵⁴.

Sostiene que la cláusula alternativa tácita es una tesis interpretativa de la doctrina pura del derecho²⁵⁵, la cual contiene un enfoque epistemológico neokantiano. De esta manera no es ni el resultado de una interpretación auténtica en sentido kelseniano (es decir, la realizada por los órganos aplicadores del derecho²⁵⁶), ni tampoco es una tesis descriptiva producto del conocimiento realista del derecho²⁵⁷.

²⁵⁴ COMANDUCCI, 1998:151; 1997: 175.

²⁵⁵ Según Comanducci, en *RR2* se pueden encontrar cuatro tipos de actividades interpretativas: 1. La *interpretación del profesional del derecho*: esta interpretación determina el significado de la norma sobre la base de intereses contingentes, en que se elige el significado más convincente para el caso concreto. Es relevante como práctica social, pero no lo es desde el punto de vista del conocimiento científico del derecho; 2. La *interpretación de la doctrina jurídica*: en este caso Kelsen no describe lo que la doctrina hace, sino lo que debe hacer. La directiva de Kelsen, en ese caso, es de tipo realista: describir todos los significados posibles del documento normativo, inclusive los políticamente indeseados; 3. La *interpretación auténtica*: aquella llevada a cabo por los órganos aplicadores del derecho (legisladores, jueces, funcionarios administrativos); 4. La *interpretación de la ciencia jurídica*: es interpretación de la teoría pura del derecho. Kelsen la configura como conocimiento de normas. La ciencia jurídica- según reconstruye Comanducci a Kelsen- no se limita a describir el orden jurídico, como lo haría una teoría realista, sino que lo reconstruye con hipótesis epistemológicas, para sustentarlo como un sistema unitario sin contradicciones. La diferencia entre la interpretación de la doctrina jurídica y la interpretación de la ciencia jurídica no es explícita, dada la ambigüedad con que Kelsen utiliza la locución 'ciencia jurídica'. Sin embargo «se aclara si se centra la atención en el producto de la respectiva actividad interpretativa: el resultado de la interpretación doctrinal es una descripción del significado del texto jurídico en un sistema dado, mientras el resultado de la interpretación de la ciencia jurídica es la propia doctrina pura del derecho (que por supuesto centra también su atención en la interpretación de la doctrina jurídica como actividad)». COMANDUCCI, 1997: 148-149; 1998: 172-173.

²⁵⁶ El sentido de la interpretación auténtica de Kelsen es diverso a aquel que se utiliza habitualmente en la teoría jurídica. En el lenguaje jurídico común, la interpretación auténtica es aquella realizada por el mismo autor del texto interpretado (ej. La interpretación de la ley realizada por el propio legislador). En cambio, la interpretación auténtica de Kelsen es aquella realizada por cualquier autoridad competente para interpretar a la que ordenamiento jurídico le atribuye consecuencias jurídicas. La interpretación auténtica, en este sentido, es aquella que decide un significado que se impone al de otras interpretaciones, cualquiera sea su

Comanducci propone que en la teoría del derecho de Kelsen existirían dos niveles de conocimiento jurídico, cada uno con distintos objetos de estudio :1) el material jurídico *bruto*, identificado según el criterio de la vigencia, de acuerdo con el modelo de conocimiento realista, y 2) el material jurídico *puro*, identificado en un segundo nivel, a través de la norma fundamental y de la cláusula alternativa tácita, las cuales están dirigidas a mantener la tesis de la coherencia entre las normas de un sistema jurídico. En este segundo nivel, el sistema jurídico es reconstruido por la ciencia jurídica como instrumento de estudio y de argumentación jurídica²⁵⁸.

El análisis realista del derecho se expresa en enunciados que expresan proposiciones sobre el derecho vigente en un determinado sistema jurídico. El objeto de análisis realista del derecho recae sobre todas las normas que son producto del proceso de aplicación, así como los posibles significados de un texto normativo. Según sostiene Comanducci, este tipo de conocimiento se expresaría en *RR2*, por ejemplo, con la referencia que Kelsen hace del Rey Midas. El conocimiento formalista del derecho o de corte neokantiano, en cambio, se formula en enunciados que expresan proposiciones normativas, utilizando un criterio no empírico para la identificación de las normas de un sistema jurídico. Según Comanducci, el problema principal del conocimiento formalista es el de la coextensibilidad, es decir, la correspondencia entre el sistema de proposiciones normativas y el sistema de normas²⁵⁹. Frente a este problema, Kelsen responde que tanto el sistema de proposiciones normativas como el sistema de normas tienen que ser coherentes.

De acuerdo con Comanducci, en la *Teoría Pura del Derecho* de Kelsen pueden encontrarse ambos tipos de conocimiento jurídico. Kelsen no se habría satisfecho con el puro empirismo, es decir, las normas identificadas con el criterio de la eficacia, razón por la cual

contenido (ej. Interpretación de los tribunales superiores). En este sentido, puede verse TROPER, 1999:475-476. Una crítica de este uso del término “interpretación”, distanciado del uso común, puede verse en LOSANO, 1981. Es interesante notar que Kelsen llame a esta interpretación “auténtica” en tanto sirve de argumento a la idea de que en materia de interpretación Kelsen sostiene una teoría realista. Esto también será retomando en las observaciones finales.

²⁵⁷ COMANDUCCI, 1997: 175-176.

²⁵⁸ *Ibíd.*: 173.

²⁵⁹ En este sentido, también, CARACCILO, 1979: 35-52.

busca una característica que distinga al derecho entre los fenómenos sociales. Esta característica la encuentra en ciertas hipótesis *a priori* o argumentos trascendentales, como es la tesis de la norma fundamental y también la tesis de la cláusula alternativa tácita. Estas figuras le sirven a Kelsen para reconstruir el sistema de normas como un sistema coherente: una vez identificado (en un primer nivel) el material jurídico bruto, es decir, las normas eficaces (en que podrían encontrarse “leyes inconstitucionales” y sentencias ilegales”), la ciencia jurídica reconstruye el sistema de normas a través de la hipótesis de la norma fundamental o la de la cláusula alternativa tácita, para que el sistema jurídico aparezca, no obstante, como coherente²⁶⁰. De esta manera es que, según Comanducci, la cláusula alternativa tácita encaja con la teoría de Kelsen; es una construcción de la ciencia jurídica para explicar un fenómeno: las leyes inconstitucionales y las sentencias ilegales²⁶¹.

2.2.2. Dos tipos de superioridad constitucional: superioridad ‘estructural’ y superioridad ‘jurídica’

Otro argumento que Comanducci desarrolla para defender la compatibilidad de la tesis de la cláusula alternativa tácita con el resto de la obra de Kelsen, es la distinción entre dos tipos de superioridad constitucional presentes en *RR2*: 1) una “superioridad estructural”, de acuerdo con la cual, para que las normas sean válidas deben producirse de conformidad a la constitución, y 2) una superioridad “jurídica” que requiere: 2.a. un procedimiento institucional dirigido a rechazar la validez de las normas inferiores que

²⁶⁰ COMANDUCCI, 2012: 450-454.

²⁶¹ Esta idea de Comanducci es muy cercana a una tesis de Rodríguez que expuse brevemente en la primera parte del trabajo, según la cual, un orden jurídico puede ser reconstruido de dos maneras. Una de estas maneras es la de un *orden jurídico depurado*, en la que el criterio que se utiliza para identificar a las normas pertenecientes a un sistema jurídico es el de la legalidad y, por tanto, las normas que resultan incompatibles con las normas superiores no se consideran parte del mismo. El modo de reconstrucción alternativo es el del *orden jurídico no depurado*, en el que el criterio para identificar a las normas jurídicas es que éstas puedan producir efectos jurídicos, aun cuando puedan resultar contradictorias con las normas superiores. RODRÍGUEZ, 2011: 137 y ss. También es similar la idea de Moreso consistente en distinguir entre *mundos jurídicos óptimos* vs. *mundos jurídicos defectuosos*, sobre la cual me referiré más adelante. Véase la nota al pie de página nº 243.

entren en conflicto con la constitución, y 2.b. la efectiva actuación de dicho procedimiento²⁶².

Por consiguiente, según Comanducci, una completa superioridad constitucional requiere, además de la exigencia de que las normas sean producidas de acuerdo con la constitución, que exista un órgano y un efectivo procedimiento a través de los cuales pueda controlarse la validez de las normas. Kelsen sostendría siempre la superioridad estructural de la constitución, pero no sostendría de la misma manera la superioridad jurídica, para la cual se requiere que exista un mecanismo de control de constitucionalidad que sea efectivamente llevado a cabo²⁶³.

2.2.3. Kelsen como realista del derecho

De lo recién expuesto puede concluirse que Comanducci, al contrario que Bulygin, Ruiz Manero y Moreso, cree que la tesis de la cláusula alternativa es compatible con la teoría del derecho de Kelsen. En efecto, en la discusión que mantiene con Bulygin, critica las consecuencias que este último autor atribuye a esta tesis, en especial, la referida a la

²⁶² COMANDUCCI, 1997: 177; 1998: 152-154. La tesis de Comanducci sobre los distintos tipos de superioridad constitucional puede conectarse con la propuesta de Guastini, según la cual, hay una variedad de jerarquías normativas, entre las cuales cabe distinguir, a lo menos, entre cuatro: 1. Las *jerarquías estructurales o formales*, que se dan entre las normas sobre producción normativa, y aquellas cuya producción es regulada por las primeras. Las normas sobre producción normativa son formal o estructuralmente superiores como resultado del propio lenguaje jurídico (en tanto versan sobre las ulteriores normas producidas), así como por el hecho de que su objeto es el acto de producción de otras normas, pero no en razón de una norma positiva que establezca dicha superioridad; 2. Las *jerarquías materiales*, en cambio, son aquellas que se dan cuando una norma positiva N3 establece que las normas N2 no pueden tener un contenido incompatible con una norma N1. O bien, en caso de incompatibilidad entre las normas N2 y N1, que las normas N2 puedan ser inaplicadas o se contemple un procedimiento para su anulación. Las jerarquías materiales, a diferencia de las estructurales, requieren de una norma positiva que establezca lo anterior. Precisamente, esta diferenciación entre jerarquías estructurales y jerarquías materiales es la que se asemeja a la propuesta de Comanducci de distinguir entre una superioridad estructural y una superioridad jurídica de las constituciones; 3. Las *jerarquías lógicas*, son aquellas que se dan entre las normas que versan metalingüísticamente sobre otras, pues tal como las jerarquías estructurales, no dependen de una norma positiva, sino del lenguaje jurídico; 4. Las *jerarquías axiológicas*, por su parte, son aquellas que se dan entre dos normas, cuando una de ellas es fundamento o tiene "valor de principio" por sobre otra. GUASTINI, 1996: 376-387.

²⁶³ Hay que tener en cuenta, sin embargo, que Kelsen si manifiesta su preferencia por los sistemas jurídicos que prevean dicho mecanismo de control. En este sentido pueden verse los textos de Kelsen sobre la garantía jurisdiccional de la Constitución. KELSEN 1931; 1988.

pérdida del contenido normativo de las normas que contienen la cláusula alternativa tácita.

De acuerdo con Comanducci, aun cuando se encuentre formulada desde un enfoque neokantiano, la cláusula alternativa tácita intenta dar cuenta de lo que acaece en el mundo: que hay leyes inconstitucionales y sentencias ilegales. Según plantea, si la constitución y la ley pierden el contenido normativo, el único remedio es la crítica externa como, por ejemplo, en el sentido de Ferrajoli, quien propone la disposición de mecanismos institucionales en orden de reestablecer la legalidad²⁶⁴. En esta línea Comanducci defiende la idea según la cual:

«[...] las normas que contienen la cláusula alternativa tácita no pierden carácter normativo, porque guardan su función prescriptiva [...] confieren un poder totalmente discrecional al legislador, o bien al juez, un poder que ni el legislador ni el juez habrían tenido si la norma que contienen la cláusula alternativa tácita no perteneciera al sistema. Estas normas constituyen una delegación de poder normativo, una autorización»²⁶⁵.

En mi opinión, si bien es cierto que Kelsen pareciera intentar dar cuenta de lo que acaece en la realidad jurídica, se equivoca en los términos en que formula esta tesis. Esto porque plantea una cuestión descriptiva como si ello mismo se tratase de una norma. Una cosa es describir la existencia de ciertas normas que, aun cuando contradigan otras normas que imponen limitaciones a la producción jurídica, producen efectos. Otra cuestión muy distinta es señalar que existe una autorización para que las autoridades normativas actúen sin límite. Es por ello que, como desarrollaré en las observaciones, por una parte, los críticos de la cláusula alternativa tácita tienen razón al sostener que esta tesis resulta paradójica. Por otra parte, Comanducci tiene razón al rescatar algunos aspectos de esta tesis de Kelsen, pero siempre que se reinterprete como una descripción de lo que puede ocurrir en la realidad jurídica. Ahora bien, para ello es necesario dejar de concebirla exactamente en los mismos términos de Kelsen, es decir, como una cláusula.

²⁶⁴ Una versión más reciente de la propuesta de Ferrajoli está en FERRAJOLI, 2011.

²⁶⁵ COMANDUCCI, 2012: 454-455; 1997: 178

Retomando la discusión entre Comanducci y Bulygin, cabe tener en cuenta que los autores discrepan también sobre los criterios de identificación de las normas de un sistema jurídico. De acuerdo con Bulygin las normas irregulares no pertenecen al sistema jurídico, pero son no obstante aplicables. Recuérdese que para Bulygin la validez de una norma indica también su pertenencia a un sistema jurídico. Comanducci, en cambio, cree que el criterio de identificación de las normas no es la validez, sino un criterio empírico. El profesor italiano interpreta a Kelsen en este sentido, es decir, como realista, tomando la referencia de Kelsen al Rey Midas como respaldo. “Todo lo que toca el derecho se convierte en derecho”, de modo que las normas pertenecientes al sistema son las normas vigentes, o sea, todas las normas que produzcan consecuencias jurídicas. Es decir, las normas que puedan ser aplicadas, aunque sea sólo para anularlas²⁶⁶. Es por ello que, según el autor, a pesar del enfoque neokantiano con el que Kelsen formula la tesis de la cláusula alternativa tácita (y también la hipótesis de la norma fundamental), utiliza un criterio identificación de las normas de corte realista.

En esta misma línea, Comanducci tampoco está de acuerdo con la afirmación de Bulygin consistente en que los enunciados acerca de la validez de una norma sean verdaderos o falsos. De acuerdo con Bulygin, una proposición normativa es verdadera si es que es verdadero que la norma fue emitida por un órgano competente. Comanducci plantea, en cambio, que las expresiones ‘norma’, ‘emitida’ y ‘órgano competente’ no son expresiones empíricas sino normativas, en tanto su significado depende de la actividad interpretativa decisoria, cuyo resultado es siempre opinable²⁶⁷. Critica, asimismo, el argumento de Bulygin, según el cual, los enunciados que profieren los jueces acerca de los hechos de caso son verdaderos o falsos independientemente de su decisión. Comanducci observa que el juez no sólo tiene que describir un hecho con enunciados empíricos, sino que también calificarlos normativamente. El juez debe calificar o no calificar los hechos en los mismos términos usados por la norma aplicable. En razón de ello, según afirma, sólo puede sostenerse que un enunciado fáctico es verdadero o falso en la medida que no

²⁶⁶ COMANDUCCI, 1997: 178; 1998: 154.

²⁶⁷ COMANDUCCI, 1997: 178.

exista ninguna duda sobre el significado del predicado de la norma, cuestión bastante difícil si la norma expresa términos que admiten múltiples significados, tales como 'orden público', 'obscenidad', 'inmoralidad', entre otros²⁶⁸.

En relación a la *quaestio juris*, Comanducci plantea que Kelsen no sostiene que el derecho sea únicamente lo que dicen los jueces. Desde el punto de vista del conocimiento realista del derecho, es también lo que dice la asamblea constituyente, el legislador, el gobierno, la administración, etc. En definitiva, es derecho todo lo que los órganos que producen interpretación auténtica (en el sentido kelseniano) dicen que sea. Del mismo modo, no cree que Kelsen haya negado que un juez puede equivocarse; el mismo Kelsen lo sostiene, pero no desde el punto de vista del conocimiento formalista, sino como un representante de la doctrina o como operador del derecho²⁶⁹.

Objeta también el argumento de Bulygin, según el cual, si los jueces no buscan la verdad del caso el derecho pierde la función social de conducir la conducta humana. Frente a ello, plantea que el conocimiento jurídico explica lo que los jueces hacen, pero no lo que los jueces deben hacer. El deber del juez de buscar la verdad del caso puede ser configurado como un deber moral o un importante problema político que puede ser objeto de las predicciones de la ciencia social, pero no debe influir en el conocimiento del derecho²⁷⁰. La tarea principal de la ciencia jurídica es, según Comanducci, describir lo que *de hecho* hacen los jueces.

Recientemente, Giovanni Ratti (también miembro de la escuela genovesa) ha manifestado que la cláusula alternativa tácita puede ser interpretada como una tesis realista del derecho. Argumenta que la tesis de Kelsen está dirigida a mostrar cómo *en realidad* funcionan los sistemas jurídicos, en relación a la atribución de validez de las normas jurídicas²⁷¹. En este contexto, Ratti presenta objeciones a las críticas que se han hecho a la

²⁶⁸ COMANDUCCI, 1998: 155.

²⁶⁹ *Ibidem*; 1997:179.

²⁷⁰ COMANDUCCI, 1997: 180; 1998: 156.

²⁷¹ RATTI, 2014: 256.

tesis de Kelsen, en particular, a las planteadas por Orunesu, Rodríguez y Sucar. Estos últimos autores, como señaló algunas páginas atrás, comparten con Bulygin la idea de que la cláusula alternativa tácita traería consecuencias desastrosas para la estructura jerárquica del derecho y se dirigen, especialmente, contra la idea del carácter constitutivo de las sentencias judiciales, planteando con Bulygin, la confusión entre carácter definitivo de las sentencias judiciales y la corrección de las mismas²⁷².

Según propone Ratti, Kelsen parece defender «una tesis sustancialmente realista: una norma es válida ya sea (1) porque ha sido producida de manera regular, o (2) porque no ha sido declarada inválida, a pesar de no haber sido producida regularmente, por una decisión judicial que tiene autoridad de cosa juzgada, o (3) porque ha sido declarada válida, a pesar de no haber sido producida de manera regular, por alguna decisión judicial que tiene autoridad de cosa juzgada»²⁷³. Sobre la base de lo anterior es que Ratti sostiene que la tesis de la cláusula alternativa tácita es perfectamente razonable, y que las consecuencias que se le han atribuido son excesivas. De acuerdo con Ratti, Kelsen advierte que, aun cuando una norma pueda resultar irregular, en la práctica jurídica puede ocurrir que los órganos a cuyo cargo se encuentra el control de la regularidad la “declaren” válida, o bien, podría suceder, que declaren inválida una norma que, no obstante, ha sido creada regularmente²⁷⁴.

En la misma línea argumentativa, Ratti observa que los críticos de la tesis del carácter constitutivo de las sentencias judiciales asumen que existen respuestas correctas sobre la validez de las normas, así como que los jueces *deben* adecuarse en a éstas. Según indica Ratti, los autores confunden el carácter definitivo de las decisiones de los órganos que tienen la última palabra sobre la validez de las normas con las diversas concepciones sobre la interpretación. Advertir que los órganos a los que el sistema jurídico atribuye competencia para decidir de modo definitivo si una norma es válida o inválida, pueden *en los hechos* atribuir un significado diverso al comúnmente utilizado en la práctica jurídica, nada dice todavía sobre la corrección o incorrección de su decisión. Teniendo en cuenta

²⁷² ORUNESU, RODRÍGUEZ Y SUCAR, 2001.

²⁷³ RATTI, 2014: 256

²⁷⁴ *Ibíd.*: 257.

que la atribución de valores de verdad o falsedad (o la existencia de algún parámetro de corrección de las decisiones judiciales) es una cuestión bastante controvertida en materia de teorías de la interpretación. En esta línea, Ratti concluye que las observaciones presentadas por los críticos de Kelsen son una prescripción acerca de cómo deben fallar los órganos competentes al resolver sobre la validez de las normas jurídicas y no, en cambio, una tesis descriptiva acerca de la realidad jurídica. De esta manera es que defiende que:

[...] la tesis de la cláusula alternativa tácita no solo es teóricamente admisible, sino incluso necesaria: en efecto, no se ve como se podría explicar de otra manera, desde el punto de vista de la validez jurídica, el hecho común de que los tribunales de última instancia se apartan de los significados admisibles para elegir un nuevo significado, que antes de esa decisión se encontraba fuera del marco de los significados reseñados²⁷⁵.

La interpretación de la teoría de Kelsen como una teoría realista del derecho *versus* la interpretación de la *Teoría Pura del Derecho* como una teoría jurídica normativista es uno de los trasfondos de la discusión y una de las cuestiones a analizar en lo que sigue.

²⁷⁵ RATTI, 2014: 258.

3. OBSERVACIONES A LA TESIS DE LA CLÁUSULA ALTERNATIVA TÁCITA: ¿UNA AUTORIZACIÓN O LA DESCRIPCIÓN DE CIERTAS DECISIONES DE LAS AUTORIDADES NORMATIVAS?

A continuación, formularé algunas observaciones que considero relevantes a la hora de evaluar la tesis de la cláusula alternativa tácita como respuesta al problema de las normas irregulares.

3.1. “DISTINTOS KELSEN” TRAS LAS DISTINTAS POSTURAS DEL DEBATE

Una primera observación está dirigida a poner en evidencia una cuestión que ya se puede concluir de la discusión reconstruida: que los autores que participan del debate en torno a la tesis de la cláusula alternativa tácita tienen un enfoque distinto respecto de la teoría del derecho de Kelsen. Cada teórico aludo en especial a Bulygin y a Comanducci sitúa a Kelsen en una distinta vertiente del positivismo jurídico. Si para Bulygin la teoría pura es una teoría positivista normativista, para Comanducci, en cambio, Kelsen puede ser considerado un 'realista moderado'.

De acuerdo con Bulygin «No hay duda que la teoría pura del derecho pretenda de ser una teoría positivista y normativista»²⁷⁶, aun cuando pueda dudarse que dicho objetivo se cumpla en todas las formulaciones de Kelsen. El profesor argentino sostiene que Kelsen intenta situarse en una posición intermedia entre dos extremos: el derecho natural y el realismo jurídico²⁷⁷. Dicha medida Kelsen la encontraría al sostener dos tesis. La primera de ellas es el positivismo jurídico, esto es, la separación conceptual entre el derecho y la moral, en tanto no hay una relación conceptual necesaria entre ambos. La segunda tesis que Bulygin atribuye a teoría del derecho de Kelsen es la de normatividad, entendida en este punto

²⁷⁶ BULYGIN, 2006:103.

²⁷⁷ El propio Kelsen manifiesta su intención de situarse en una posición intermedia entre el iusnaturalismo y el realismo. Véase KELSEN, 1960a: 117-122, 219, 220.

como la separación entre el derecho y los hechos, según la cual, el derecho es un conjunto de normas que no pueden ser reducidas a hechos²⁷⁸.

Sin perjuicio de lo anterior, como el propio Bulygin apunta, hay una serie de afirmaciones de Kelsen que resultan incompatibles con la tesis de la normatividad, las cuales, según propone Bulygin, deben ser eliminadas u omitidas de la *Teoría Pura* para que ésta resulte una teoría coherente²⁷⁹. Afirma que una de esas afirmaciones es, precisamente, la tesis de la cláusula alternativa tácita, como también las relacionadas con la ambigüedad con la que Kelsen utiliza el concepto de validez.

Ruiz Manero, por su parte, subraya que el objetivo de Kelsen es situar su teoría del derecho en punto intermedio entre el formalismo y el decisionismo, pero sostiene que Kelsen no logra este objetivo²⁸⁰. Según este autor, la tesis de la cláusula alternativa tácita supone un realismo judicialista radical, y plantea que ésta no sería la única tesis de Kelsen que conduce a esta conclusión²⁸¹. Ruiz Manero propone que hay además otras ideas de Kelsen que pueden leerse en esa misma línea como, por ejemplo, su noción de interpretación auténtica. Este autor sostiene incluso que de la *Teoría Pura del derecho* se puede concluir que para Kelsen «no hay más normas que las normas individuales dictadas por los órganos de aplicación», aun cuando no haya sido ésta la tesis que Kelsen pretendía sostener²⁸².

Algunos realistas creen también, como Ruiz Manero, que la tesis de la cláusula alternativa tácita no es el único aspecto que acerca a Kelsen al realismo jurídico, enfatizando también su teoría de la interpretación. Sin embargo, a diferencia Ruiz Manero, no creen que sea un problema, sino justamente lo contrario. Para los realistas el problema está en otros aspectos de la teoría del derecho de Kelsen. Así, Comanducci ve en Kelsen a un “realista

²⁷⁸ BULYGIN, 2006:103.

²⁷⁹ *Ibíd.*: 105. Esta idea en una versión más reciente se encuentra en BULYGIN, 2012:425-426.

²⁸⁰ RUIZ MANERO, 1990: 21-22.

²⁸¹ RUIZ MANERO, 1990: 80-81, recientemente en RUIZ MANERO, 2012: 385-386. Otros autores también han subrayado la cercanía de Kelsen con el realismo jurídico. En este sentido puede verse: PAULSON, 1980: 174-174; VERNENGO, 1985: 22; WEYLAND, 1986: 23; MORESO, 1993: 90.

²⁸² RUIZ MANERO, 1990: 34.

moderado” que, no obstante, no abandona el enfoque epistemológico neokantiano, al menos hasta *RR2*. Situar a Kelsen como exponente de una teoría realista del derecho es una visión común entre los miembros de la escuela del *realismo jurídico genovés*²⁸³ de la que Comanducci forma parte. Incluso algunos ven a la teoría de Kelsen como expresión de un realismo radical así, por ejemplo, Pierluigi Chiassoni²⁸⁴.

A grandes rasgos, el realismo jurídico genovés propone que el derecho no es sino un conjunto de hechos sociales de cierto tipo. Por ello, para identificar las normas que rigen en un sistema jurídico acuden a criterios empíricos como son la vigencia y la eficacia. Las tesis más distintivas del realismo jurídico se encuentran en materia de teoría de la interpretación. El escepticismo interpretativo es característico de esta teoría del derecho, es decir, la teoría de acuerdo con la cual no hay una única interpretación correcta de los textos normativos. Los enunciados interpretativos carecen de valores de verdad, pues lo que hay son múltiples significados posibles de los textos normativos²⁸⁵. Por su parte, la actividad interpretativa de los órganos aplicadores se considera como un acto de voluntad y de decisión en el que se determina el contenido de las normas. Los órganos aplicadores participan así de la creación del derecho como, por ejemplo, cuando- en no pocas ocasiones- construyen normas no expresas²⁸⁶.

Quienes defienden la idea de un Kelsen realista, sostienen que las tesis básicas de realismo jurídico pueden encontrarse en la obra kelseniana²⁸⁷. Como se señaló algunas

²⁸³ A estos efectos puede revisarse FERRER y RATTI (eds.), 2011.

²⁸⁴ CHIASSONI, 2012a: 171 y ss.

²⁸⁵ Una tesis común entre los realistas es que, frente a un caso concreto, los jueces primero lo califican según su consideración y posteriormente buscan los textos normativos, atribuyéndoles el significado que encaje mejor con su calificación. En este sentido, VÉASE ROSS, 1958: 152; LEITER, 2007: 61, GUASTINI, 2012a: 28

²⁸⁶ Sobre la teoría interpretativa del realismo genovés puede consultarse: TARELLO, 1980, GUASTINI, 2004, 2006b, 2010a y b, 2011a, 2012b, 2013c, CHIASSONI, 2007, 2010, 2012a y b; COMANDUCCI, 2011.

²⁸⁷ En ese sentido se manifiesta Chiassoni, quien sostiene que la teoría de Kelsen, especialmente en su última etapa, se ve marcada por el empirismo y el rechazo a la metafísica, como así, por un rechazo al formalismo y al cognoscitismo en materia de interpretativa. En esta línea sostiene que Kelsen no abraza un “normativismo ingenuo”, sino que adopta un “normativismo crítico”. Véase CHIASSONI, 2010, 2012a y b, 2013, 2015. También Michel Troper ha defendido la idea de Kelsen como realista (véase TROPER, 1975; 1999; 2001; 2003), sin embargo, es crítico de la tesis de la cláusula alternativa tácita. Si bien es cierto que Troper sostiene que la superioridad de la constitución sobre las otras normas es producto de la interpretación realizada por las autoridades normativas, respecto a la cláusula alternativa tácita, sostiene que esta tesis

páginas atrás, Comanducci subraya, en esta línea, la referencia del Rey Midas como una muestra de que Kelsen apostaría por criterios empíricos para identificación de las normas jurídicas.

En mi opinión, situar toda la teoría de Kelsen en el realismo jurídico es una tarea complicada, en la que seguramente los kelsenólogos tendrían bastante que rebatir. En muchos aspectos Kelsen se aleja de esta teoría del derecho como, por ejemplo, con la tesis de la norma fundamental, la noción de fuerza obligatoria, la tesis de la coherencia de las normas de un sistema jurídico. Y ciertas tesis del autor se explican mejor desde una teoría positivista normativista, entre ellas, la propia estructura jerárquica del derecho, la idea del legislador como creador de las normas generales y los jueces como creadores de normas individuales. Sin embargo, no puede negarse que hay algunos aspectos de la teoría del derecho de Kelsen que se acercan bastante al realismo jurídico, no sólo la tesis de la cláusula alternativa tácita, sino- como han mostrado algunos autores -sobre todo en materia de teoría de la interpretación²⁸⁸. Creo que esto puede extraerse también de otras afirmaciones que hace, por ejemplo, respecto a la existencia de lagunas en el derecho.

En materia de teoría de la interpretación tiene especial relevancia a este respecto la “interpretación auténtica”. Esta noción es resaltada por los realistas²⁸⁹, y también por Ruiz

implica decir que todas las normas son sinsentidos por auto-contradictorias TROPER, 1975: 133-151. Comanducci critica la interpretación que Troper hace de la cláusula alternativa tácita señalando que, de acuerdo con Troper, la tesis kelseniana sobre la antinomia entre normas de distinto nivel, diría: Si *c*, entonces *A* debe hacer *p* y $\neg p$. Según propone Comanducci, Troper se equivoca, debido a que el conectivo de la cláusula alternativa tácita es “o” y no “y”, de manera que la tesis dice: Si *c*, entonces *A* debe hacer *p* o $\neg p$, de modo que esta tesis indica una opción y no la prescripción de conductas opuestas. COMANDUCCI, 1998: 152-153 (nota 37)

²⁸⁸ Teniendo en cuenta la distinción formulada por Guastini entre *interpretación dirigida a los textos* normativos y la *interpretación dirigida a los hechos*, aquí se hace referencia, fundamentalmente, al primer tipo de interpretación, esto es, a la atribución de significado a un texto normativo. Como señala Guastini, el objeto de este tipo de interpretación son los enunciados normativos, cuyo resultado es la identificación de normas jurídicas. La interpretación dirigida los hechos, por su parte, consiste en la subsunción de un caso concreto en el campo de aplicación de una norma previamente identificada mediante la interpretación dirigida a los textos, en otras palabras, en la inclusión de un caso particular a la clase de casos regulados por una norma. GUASTINI, 2004: 82 y ss.; 2012b: 27-57.

²⁸⁹ En este sentido puede verse, CHIASSONI, 2010, 2012a y b; GUASTINI, 2012b, 2013b y c. TROPER, 1981, 1985. Este último autor afirma que no cabe hablar de norma (entendida como significado de un acto de voluntad), antes de que los órganos jurisdiccionales lleven a cabo una “interpretación auténtica”. Según Troper, previo

Manero, para concluir la cercanía de la teoría de Kelsen al realismo jurídico²⁹⁰. Kelsen distingue entre la *interpretación cognitiva*, consistente en constatar los significados posibles de una ley; y la *interpretación auténtica o decisoria*, consistente en elegir uno de los posibles significados²⁹¹. La interpretación de los órganos aplicadores, afirma, es siempre auténtica en tanto es creadora de derecho. Así, Kelsen- como los realistas- sugiere que los órganos aplicadores deciden los significados, dando con ello lugar a las normas, de modo que la interpretación realizada por éstos crea derecho. Kelsen en la *Teoría Pura* Kelsen señala:

«La interpretación que efectúa el órgano de aplicación del derecho es siempre auténtica. Crea Derecho. Por cierto que se habla sólo de interpretación auténtica cuando la misma adopta la forma de una ley, o de un tratado internacional, teniendo carácter general, es decir, creando derecho no sólo para un caso concreto, sino para todos los casos iguales, y ello, cuando el acto considerado como interpretación auténtica constituye producción de una norma general. Pero también es auténtica, es decir, creadora de derecho, la interpretación realizada por un órgano de aplicación derecho cuando crea derecho para un caso concreto, es decir, cuando el órgano produce sólo una norma individual o ejecuta una sanción»²⁹².

a la interpretación auténtica sólo hay enunciados que devienen en normas una vez es efectuada dicha interpretación. De esta manera, propone que a partir de esta noción de Kelsen se puede concluir que el intérprete es el verdadero autor de las normas. TROPER, 1985: 93.

²⁹⁰ Sobre ello, véase RUIZ MANERO, 1990: 25-35.

²⁹¹ KELSEN, 1934: 80 y ss.; 1960a: 349-356.

²⁹² KELSEN, 1960a: 354. Esta misma idea se encuentra en otro escrito del autor donde afirma: «La interpretación auténtica, sea general o individual, es un acto creador de derecho. Esto es obvio en el caso de la interpretación general hecha por el legislador. Pero un acto de interpretación individual tiene también el carácter de acto creador de derecho. La decisión de una autoridad judicial o administrativa en la que aplica una norma general- la cual tiene varios significados- a un caso concreto, puede corresponderse únicamente con uno de esos significados y debe, por tanto, excluir a los demás. Es por la decisión que uno de tales significados de la norma aplicada se vuelve vinculante en el caso concreto; y es principalmente, aunque no sólo respecto de su función interpretativa, que la decisión judicial o administrativa tiene el carácter de acto creador de derecho». («Authentic interpretation, whether general or individual, is a law creating act. This is obvious in case of a general interpretation made by the legislator. But an act of individual interpretation has an also a law creating character. The decision of a judicial or administrative authority applying a general norm- which has several meanings- to a concrete case can correspond only to one of these meaning and must thus exclude the others. It is by the decision that one several meaning of the applied norm becomes binding in the concrete case; and it is mainly, although not only with respect to its interpretative function that a judicial or administrative decision has a law creating character»). KELSEN, 1950: xv.

En esta misma dirección sostiene que no hay interpretaciones correctas o incorrectas de la ley y que los intérpretes eligen discrecionalmente entre múltiples significados posibles²⁹³:

«Todos los métodos interpretativos desarrollados hasta ahora llevan siempre a un resultado posible, y nunca a un único resultado correcto»²⁹⁴.

En otro texto señala de modo más contundente:

«La visión, sin embargo, de que la expresión verbal de una norma tiene un único “verdadero” significado, que puede ser descubierto por una interpretación correcta, es una ficción adoptada para mantener la ilusión de certeza jurídica, para que el público al que se dirige la ley crea que hay una sola respuesta posible a la pregunta legal en el caso concreto. Desafortunadamente, lo contrario es cierto»²⁹⁵.

Asimismo, afirma que es en el momento de la decisión interpretativa de los órganos aplicadores en que configura el derecho:

«[...] la interpretación de una ley no conduce a una decisión única, como si se tratara de la única correcta, sino posiblemente a varias, todas las cuales tienen el mismo valor, aunque sólo una de ellas

²⁹³ Hay que tener en cuenta que Kelsen no distingue siempre entre textos normativos y normas como los significados los textos. Sin embargo, pareciera que, al menos en este contexto, con “ley” alude los textos y con “normas” o “derecho” a los significados de los mismos.

²⁹⁴ KELSEN, 1960a: 352. En este mismo sentido señala: «Dado que la ley está formulada en palabras y las palabras tienen con frecuencia más de un significado, la interpretación de la ley, es decir, la determinación de su significado, se hace necesaria. [...]. Los diferentes métodos de interpretación pueden establecer diferentes significados de una y la misma disposición. A veces, incluso uno y el mismo método, especialmente la denominada interpretación gramatical, conduce a resultados contradictorios. Incumbe al legislador evitar en la mayor medida de lo posible las ambigüedades en el texto de la ley; pero la naturaleza del lenguaje hace que el cumplimiento de esta tarea sea posible sólo hasta cierto punto» («Since the law is formulated in words and words have frequently more than one meaning, interpretation of the law, that is determination of its meaning, becomes necessary. [...] The different methods of interpretation may establish different meanings of one and the same provision. Sometimes, even one and the same method, especially the so-called grammatical interpretation, leads to contradictory results. It is incumbent upon the law-maker to avoid as far as possible ambiguities in the text of the law; but the nature of language makes the fulfilment of this task possible only to a certain degree») KELSEN, 1950: xiii.

²⁹⁵ «The view, however, that the verbal expression of a legal norm has only one, “true” meaning which can be discovered by corrected interpretation is a fiction, adopted to maintain the illusion of legal security, to make the law-seeking public believe that there is only one possible answer to the question of law in a concrete case. Unfortunately, the contrary is true». KELSEN, 1950: xiv.

se convertirá derecho positivo en el acto del órgano de aplicación de derecho, en especial, en el acto del tribunal»²⁹⁶.

De esta manera, al menos en materia de interpretación, Kelsen se acerca bastante a las teorías realistas del derecho²⁹⁷. Es por ello que las afirmaciones que realiza al respecto, suelen ser puestas en relieve por quienes sostienen esta teoría del derecho. Lo anterior puede ponerse en duda si se tienen en cuenta otras afirmaciones de Kelsen relativas a la función judicial. En el apartado de la *Teoría Pura* especialmente dedicado a ésta, Kelsen limita la creación judicial del derecho a normas individuales²⁹⁸. Si bien es cierto que afirma que los conceptos de creación y aplicación de derecho son correlativos, en tanto los jueces al resolver un caso siempre crean normas²⁹⁹, señala también que los jueces sólo crean normas individuales, las cuales deben estar justificadas sobre la base de normas generales previamente creadas por el legislador³⁰⁰. Ahora bien, por otra parte, también es cierto que Kelsen plantea que la creación de normas individuales por parte de los jueces es un acto de voluntad y no un mero acto de conocimiento, pues la norma general

²⁹⁶ KELSEN, 1960a: 351-352. También en esta línea afirma: «El significado de una norma jurídica que sea vinculante por la interpretación auténtica- sea general o individual- no es ni más ni menos "verdadero" que otros significados, excluidos por esta interpretación. Por la interpretación auténtica, cualquier significado de la ley así interpretada puede ser vinculante. Por lo tanto, la función de la interpretación auténtica no consiste en determinar el verdadero significado de la ley así interpretada, sino en hacer obligatorios uno de los varios significados de la ley, todos igualmente posibles desde el punto de vista lógico. La elección de las interpretaciones como un acto creador de derecho es determinada por motivos políticos. No es lo lógicamente "verdadero", es el significado políticamente preferible de la ley interpretada que se convierte en vinculante. La interpretación auténtica puede incluso atribuir a una ley un significado que una interpretación no auténtica nunca podría atreverse a mantener. Es decir, por la interpretación auténtica una norma puede ser sustituida por otra norma de un contenido totalmente diferente». («The meaning of a legal norm which becomes binding by authentic- general or individual-interpretation is neither more nor less "true" than other meanings, excluded by this interpretation. By authentic interpretation any meaning of the norm thus interpreted may become binding. Hence, the function of authentic interpretation is not to determinate the true meaning of the legal norm thus interpreted, but to render binding one of the several meanings of the legal norm, all equally possible from the logical point of view. The choice of interpretations as a law-making act is determinate by political motives. It is not the logically "true", it is the politically preferable meaning of the interpreted norm which becomes binding. Authentic interpretation may even attribute to a legal norm a meaning which a non-authentic interpretation could never dare to maintain. That is to say, by authentic interpretation a legal norm may be replaced by another norm of totally different content»). KELSEN, 1950: xv.

²⁹⁷ En este sentido se pronuncia también Ruiz Manero (RUIZ MANERO, 1990: 25 y ss.), quien se ha referido también a la visión genovesa de Kelsen como realista (RUIZ MANERO, 2014).

²⁹⁸ Estas ideas las desarrolla en KELSEN, 1960a: 246 y ss.

²⁹⁹ *Ibíd.*: 240-243.

³⁰⁰ *Ibíd.*: 251-253. También en KELSEN 1941: 267.

indicaría un marco de posibilidades de elementos abstractos que el juez debe concretizar³⁰¹. Estas afirmaciones conducen a Ruiz Manero a concluir que, al fin y al cabo, para Kelsen son los órganos jurisdiccionales los que crean las normas.

Al respecto Bulygin observa- con razón- que es exagerado decir que las denominadas “normas individuales” son creación de derecho³⁰². Por una parte, porque cuestiona el propio carácter de normas de éstas, en tanto una característica central de las normas pareciera ser la generalidad. Por otra parte, hay que tener en cuenta que, de acuerdo con el propio Kelsen, las normas individuales son deducidas y justificadas a partir de normas generales³⁰³. Bulygin argumenta que las sentencias constan de dos partes: unos considerandos y una parte resolutive, en que sólo la segunda vendría a ser una norma individual. Sin embargo, señala que la parte resolutive está precedida por considerandos, en los que el juez está obligado a justificar su decisión sobre la base de normas generales. Este deber del juez de justificar sus decisiones lo diferenciaría del legislador. Esto, porque si bien en algunas ocasiones los textos legislativos contienen una parte previa en la que se justifica la decisión del legislador, éste no está obligado a hacerlo de la misma manera que el juez. En presencia de una norma general preexistente legislada (o consuetudinaria), los jueces deben justificar sus decisiones en base a éstas³⁰⁴. De esta manera, de acuerdo con Bulygin el problema de Kelsen al respecto es que su noción de “sentencia” o de “norma individual” pasa por alto los considerandos y sólo toma en cuenta la parte resolutive³⁰⁵.

³⁰¹ KELSEN, 1960a: 253, 254. Para una crítica a la concepción de Kelsen de normas generales y normas individuales puede consultarse GIANFORMAGGIO, 1994: 81 y ss.

³⁰² ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1971: 213 nota 16; BULYGIN, 2003: 14 ;2005b: 34

³⁰³ Siguiendo a Bulygin, las *normas generales* son aquellas expresiones que correlacionan casos genéricos con soluciones genéricas. Las *normas individuales*, en cambio, son expresiones que correlacionan una cierta descripción de un caso individual con una solución individual. Por su parte, un *caso genérico* es una propiedad o conjunto de propiedades que pueden ejemplificarse en un número indefinido de casos individuales. Un *caso individual* es un evento concreto ubicado en el tiempo y en el espacio, cuyos protagonistas son individuos. *Soluciones genéricas* son tipo o clase de acciones caracterizadas normativamente como obligatorias, prohibidas o permitidas. *Soluciones Individuales* son actos u omisiones realizados por individuos determinados, localizados espacial y temporalmente, calificados como obligatorios, prohibidos o permitidos. BULYGIN, 2003: 11-13. Estas definiciones están desarrolladas con mayor detalle en NS. ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1971: 51-58.

³⁰⁴ BULYGIN, 2003: 13. Al respecto véase también ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1971: 211 y ss.

³⁰⁵ BULYGIN, 1967: 362.

La propuesta de Bulygin sobre la creación judicial del derecho es, a grandes rasgos, la siguiente: los jueces crean derecho sólo cuando crean normas generales, lo cual ocurre en determinadas situaciones³⁰⁶. Además de ciertos acuerdos plenarios de las cámaras de apelación y ciertas sentencias de los tribunales supremos, los jueces ordinarios crean normas generales cuando llenan lagunas y cuando resuelven contradicciones entre normas, dado que en ambos casos modifican el derecho existente. Respecto a las contradicciones, Bulygin sostiene que cuando los jueces resuelven un conflicto entre normas modifican las normas existentes, dado que establecen un orden jerárquico entre las normas en conflicto: no aplican la norma que consideran menos relevante. Esto último, según plantea Bulygin, equivale a una derogación parcial (introduce una excepción) o total, y la derogación es un acto típicamente legislativo³⁰⁷. No obstante, de acuerdo con Bulygin, las normas generales creadas por los jueces no son idénticas a las normas generales legisladas. Argumenta que las normas creadas por los jueces, en principio, sólo obligarían a las partes. Sin embargo, constituyen un precedente que podría desembocar en una jurisprudencia uniforme y ser reconocidas como una norma general de origen jurisprudencial³⁰⁸.

En resumen, Bulygin plantea que los jueces ordinarios sólo crean derecho cuando crean normas generales, lo cual ocurre sólo en algunas ocasiones: en caso de lagunas y contradicciones entre normas, en las cuales modifican el derecho existente. Según Kelsen, en cambio, los jueces siempre crean derecho (normas individuales) y no admite la existencia de lagunas en sentido propio³⁰⁹, ni tampoco admitía en *RR2* las contradicciones entre normas, pues nuevamente hay que considerar la idea de Kelsen según la cual los sistemas jurídicos son completos y coherentes.

³⁰⁶ BULYGIN, 1967: 355-369; 2005b: 35, 43.

³⁰⁷ BULYGIN, 2003:23.

³⁰⁸ BULYGIN, 2005b: 43.

³⁰⁹ Véase KELSEN, 1960a: 252-258.

Respecto a las lagunas normativas, según sostiene Bulygin³¹⁰, éstas se producen cuando el sistema jurídico en cuestión no contiene una norma general preexistente que solucione un caso jurídicamente relevante, en base a la cual el juez pueda fundamentar su decisión. Cuando ello ocurre, los jueces crean una norma para solucionar el caso. Según plantea el autor argentino, frente a una laguna normativa, tanto la sentencia denegatoria como la de condena es creadora de derecho³¹¹. En relación a esto último, Bulygin mantiene un debate con Ruiz Manero y con Fernando Atria³¹². Pues según sostiene el primero de los autores, ante una laguna, los jueces no tienen una obligación específica, de manera que cumplen con su obligación general de dictar sentencia ya sea dando lugar o bien rechazando la demanda, creando en ambos casos una norma según su discrecionalidad. Ruiz Manero y Fernando Atria, en cambio, creen que en tales casos los jueces si tienen una obligación específica: deben rechazar la demanda.

Sobre el tema que aquí se analiza resulta más atingente el debate entre Bulygin y Ruiz Manero sobre la postura de Kelsen. Pues, de acuerdo con la reconstrucción de Alchourrón y Bulygin, en *RR1* Kelsen argumenta la completitud del sistema de normas en base al llamado “principio de la no prohibición”, según el cual, todo lo que no está prohibido en el derecho está permitido, entendiendo “permitido” en un *sentido fuerte*. Esto significa que en un sistema jurídico todas las conductas están reguladas por una norma jurídica, ya sea por una norma específica que las prohíba, o bien en base a una “norma general negativa”, presente en todo orden jurídico, que permitiría todas las conductas que no están prohibidas por otra norma específica del sistema. Los autores critican lo anterior señalando que la existencia de una norma que permita toda conducta que no esté

³¹⁰ Alchourrón y Bulygin distinguen entre lagunas normativas, por una parte, y lagunas de conocimiento o de reconocimiento, por la otra. Las lagunas normativas son un problema conceptual que se suscita en el nivel de los casos genéricos y las normas generales. Las lagunas de conocimiento y de reconocimiento, en cambio, son un problema empírico-semántico que se produce en el momento de la aplicación de las normas generales a casos individuales. En estos últimos casos, los problemas se relacionan con falta de información acerca de los hechos (lagunas de conocimiento), o por la indeterminación semántica de los conceptos que caracterizan a los casos genéricos, lo que produciría dificultades a la hora de subsumir el caso individual en el caso general. Véase ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1971: 59 y ss.

³¹¹ ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1971: 217- 218.

³¹² Sobre esto puede revisarse. ATRIA, BULYGIN (et. al), 2005.

prohibida por otra norma del sistema es una cuestión contingente. Si bien es cierto que en el derecho penal suele existir una regla de la no prohibición o del *nullum crimen*, en el derecho civil y en otras ramas del derecho no suele suceder así, es decir, no hay una norma de este tipo. Concluyen así que, de la ausencia de una norma positiva de prohibición no se puede inferir otra norma positiva que la permita, lo que sería una permisión en sentido fuerte³¹³.

Según la misma reconstrucción, en *RR2* Kelsen fundamenta la completitud del derecho no en base a una norma general negativa, sino a una especie de regla de clausura en el sistema de los jueces, de acuerdo con la cual, cuando no hay una norma aplicable, la conducta en cuestión debe considerarse como débilmente permitida, esto es, no prohibida. Esta respuesta también es criticada en tanto inocua, pues sólo se señala algo obvio: una proposición que constata que no hay una norma prohibitiva. Sin embargo, según Alchourrón y Bulygin, ello no es incompatible con la existencia de lagunas³¹⁴. Según estos autores, no obstante que Kelsen no admite la existencia de lagunas, se infiere de su obra que, cuando no hay una norma específica que resuelva un caso, los jueces tienen discrecionalidad para resolver. Adoptar una versión débil del principio de prohibición, como lo haría Kelsen con posterioridad a *RR2*, implica asumir que el juez puede en estos casos tanto acoger como rechazar la demanda, en base a la argumentación que decida el mismo³¹⁵.

Esta reconstrucción de la postura de Kelsen frente a las lagunas ha sido criticada por Ruiz Manero, para quien Kelsen siempre, es decir tanto en *RR2* como en las obras posteriores a ésta, habría sostenido una *versión fuerte* del principio de prohibición. De lo anterior, Ruiz Manero concluye que, según Kelsen, a falta de una norma específica aplicable, los jueces

³¹³ ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1971: 174 y ss. En un sentido similar se pronuncia Guastini, quien señala que resulta sensato usar la negación de una modalidad deóntica (“lo que no está prohibido”) para formular una proposición normativa que niega la existencia de una norma. Pero no es sensato usarla en el discurso prescriptivo para formular una norma permisiva (“está permitido”). De este modo, una cláusula general de este tipo puede constatar la no existencia de una prohibición, pero no formular una norma permisiva. Esta cláusula no es derecho positivo. GUASTINI, 2011a: 144-145.

³¹⁴ ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1971: 215; Esta misma idea está en BULYGIN, 2003, 2005b.

³¹⁵ ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1971: 176 y ss. BULYGIN: 2005b: 35-37.

sí tienen una obligación específica: deben rechazar la demanda³¹⁶. Para fundamentar su conclusión, Ruiz Manero cita afirmaciones respecto a las lagunas de Kelsen, tanto de *RR2* como de *GTN*, entre las cuales destaco algunas y añado otras que considero relevante para analizar la postura de Kelsen al respecto:

«[...] el orden jurídico no sólo regula positivamente la conducta humana, al ordenar determinado comportamiento, quedando ese comportamiento como obligatorio, sino también negativamente en tanto permite determinada conducta en tanto no la prohíbe. Lo que no está no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido»³¹⁷.

Más adelante, refiriéndose a las posturas que afirman la existencia de lagunas, Kelsen señala:

«Esta teoría es errada, puesto que reposa en la ignorancia del hecho de que cuando el orden jurídico no estatuye ninguna obligación a cargo de un individuo, su comportamiento está permitido. La aplicación del orden jurídico válido no es lógicamente imposible en el caso que la teoría tradicional supone una laguna. Puesto que si bien en el caso que no sea posible la aplicación de una norma jurídica aislada, es posible en cambio la aplicación del orden jurídico, y ello también constituye aplicación del Derecho» [...] un orden jurídico siempre es aplicable y efectivamente es aplicado cuando el tribunal tiene que rechazar fundándose en que el orden jurídico no contiene ninguna norma general que imponga al demandado la obligación pretendida por el demandante»³¹⁸.

A su vez, en *GTN*, Kelsen afirma:

«un comportamiento que no es objeto de una norma jurídica, es decir, que no está prescrito ni prohibido juicemente, es libre [...] Si se distinguen en este sentido una reglamentación positiva y otra negativa del comportamiento humano por parte del ordenamiento jurídico, todo comportamiento humano, sometido a un ordenamiento jurídico, está regulado jurídicamente de forma bien positiva, bien negativa. En este sentido se puede hablar entonces de una completitud del ordenamiento jurídico [...] Estableciendo que un acto coercitivo, entendido como sanción, debe ser prohibido por el ordenamiento jurídico, este último dispone que, en ausencia de un tal

³¹⁶ RUIZ MANERO, 1990: 38-45.

³¹⁷ KELSEN, 1960a: 252. Una idea similar está en las páginas 28.29,45.

³¹⁸ KELSEN, 1960a, 255-256

comportamiento, es decir, en el caso de un comportamiento jurídicamente libre en cuanto permitido de forma negativa, no debe realizarse ningún acto coercitivo entendido como sanción»³¹⁹.

Creo que de estas afirmaciones de Kelsen lo que puede concluirse es que Kelsen no acepta la existencia de las lagunas, al menos en sentido propio, es decir, como propiedades de los sistemas jurídicos³²⁰. Hay que tener en cuenta que, según Bulygin, Kelsen acepta implícitamente la creación de normas generales por parte de jueces en caso de lagunas axiológicas³²¹, basándose en la siguiente afirmación de la *Teoría Pura*:

«Pero también es posible que el orden jurídico autorice al tribunal en caso de que no exista una norma general que impone un deber al demandado [...] a no rechazar la demanda, si la ausencia de una norma general tal es considerada por el juez como injusta o inequitativa, es decir, insatisfactoria. Esto significa que el tribunal está autorizado para crear para el caso individual una norma jurídica individual, cuyo contenido no está predeterminado por una norma general que considera “deseable” o “justa”, que el legislador positivo ha omitido crear. Sólo la aplicación de una norma general tal, no positiva, justifica la norma individual creada por el legislador»³²².

En mi opinión, incluso teniendo en cuenta esta afirmación, Kelsen en estricto rigor no asume la existencia de lagunas como propiedades de los sistemas jurídico. Y esto no sólo,

³¹⁹ KELSEN, 1979, 204-205 (citado por RUIZ MANERO, 1990: 43)

³²⁰ Según plantea Alchourrón y Bulygin, las lagunas son propiedades contingentes de los sistemas jurídicos que pueden darse o no dependiendo de cómo estén configurados. ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1971, 64 y ss. Una postura distinta es la de autores que creen que los sistemas son necesariamente incompletos. Así, por ejemplo, Hart sostiene: «Podemos decir que las leyes padecen de una incurable insuficiencia y que tenemos que decidir racionalmente los casos de penumbra teniendo en mira finalidades sociales». HART, 1958: 38-39: Véase también, HART, 1961: cap. VII. Carrió defiende una tesis parecida, en tanto cree que las lagunas son propiedades objetivas de los sistemas jurídicos. Cuando critica la tesis de la completitud señala: «El Derecho, o sea un orden jurídico determinado, *tiene lagunas*, en el sentido de que hay casos que no pueden ser resueltos con fundamento exclusivo en sus reglas o en alguna combinación de ésta» CARRIÓ, 1965:47. De acuerdo con Alchourrón y Bulygin esta postura es equivocada, dado que los casos de penumbra no tienen que ver con la completitud del derecho. Se confunden problemas conceptuales de lagunas normativas con problemas de aplicación a casos individuales. Los casos de penumbra se relacionan con lagunas de reconocimiento o problemas semánticos, de modo que, aun cuando un sistema jurídico sea completo y solucione todos los casos genéricos, podrían presentarse casos de penumbra en la aplicación de casos individuales. ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1971: 64-68.

³²¹ BULYGIN, 2003: 22. Alchourrón y Bulygin apuntan en *NS* que hay una laguna axiológica cuando un supuesto de hecho está regulado por una norma del sistema jurídico, pero se estima que la regulación efectuada por el legislador es inadecuada, debido a que omitió considerar una propiedad relevante que, de haberla previsto, habría optado por una solución distinta. ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1971: 158.

³²² KELSEN, 1960a: 253.

como señala Bulygin, por la tesis de la completitud y la tesis de la coherencia posteriormente descartada, sino sobre todo porque lo que sugiere es que si “aparecen” lagunas en los sistemas jurídicos es porque éstas son creadas por los intérpretes. Las siguientes afirmaciones pueden resultar esclarecedora:

«Viendo las cosas más de cerca, aparece que la existencia de una “laguna” sólo es admitida cuando la falta de semejante norma es considerada por el órgano de aplicación como indeseable desde un punto de vista jurídico político, poniendo de lado, por esta razón jurídica política, la aplicación del derecho válido, en tanto visto como inconveniente o injusto por el órgano de aplicación [...] el juicio según el cual una norma jurídica de determinado contenido sea inconveniente o injusto, configura un juicio de valor sumamente relativo, que de ninguna manera excluye el juicio de valor contrario»³²³.

Luego añade:

«Puesto que el juez- y especialmente, el juez como funcionario colocado bajo control de un tribunal superior-, que no se incline fácilmente a tomar sobre sí la responsabilidad de una innovación creadora en el derecho, sólo aceptará muy excepcionalmente la presencia de una laguna, haciendo uso muy escaso de la autorización que se le ha otorgado de desempeñarse en el lugar del legislador»³²⁴.

De este modo, según Kelsen las lagunas son ficciones o construcciones argumentativas de los intérpretes, y lo que sostengo a este respecto, es que Kelsen es más cercano al realismo jurídico, pues en este punto hay que conectar estas afirmaciones con su tesis en materia de interpretación reproducidas algunas páginas atrás. De acuerdo con los realistas las lagunas son creadas por los intérpretes, quienes *deciden* tanto la existencia de una laguna, como el contenido de la norma general³²⁵. Kelsen - como los realistas- cree que las

³²³ *Ibíd.*: 255.

³²⁴ *ibíd.*: 257.

³²⁵ Así, de acuerdo con Guastini las lagunas son producto de una operación intelectual, una *construcción jurídica* de los operadores jurídicos. Véase GUASTINI, 2013c:100-101. En este mismo sentido puede verse GUASTINI, 2006a: 277-296; 2011b. Una idea similar está en CHIASSONI, 2012a:145-161.

lagunas no son propiedades de los sistemas jurídicos, sino que éstas dependen- son creadas- por las decisiones de los intérpretes³²⁶.

Ahora bien, con la afirmación de Kelsen sobre la existencia de una cláusula general negativa supuestamente presente o implícita en todos los ordenamientos jurídicos, creo que sucede una cuestión similar a la tesis de norma fundamental y de la cláusula alternativa tácita: no existen como normas positivas, sino que son hipótesis o supuestos destinados a justificar la tesis de la coherencia y de la completitud de los sistemas jurídicos. Ahora bien, si se tiene en cuenta ciertas afirmaciones como las recién citadas respecto a las lagunas en las que subraya el rol de los intérpretes como creadores de las mismas, sumado a sus tesis en materia de interpretación- tal como ocurre con la tesis de la cláusula alternativa tácita- se le puede acercar a realismo jurídico.

Sin perjuicio de todo anterior, no es mi objetivo situar la teoría del derecho de Kelsen en alguna u otra teoría jurídica, dejo esa tarea a los expertos en la obra del autor. Creo, no obstante, importante destacar que no son pocos los aspectos de la teoría de Kelsen que se corresponden más bien a una teoría normativista, pero tampoco- como se ha intentado mostrar- son tan pocas las afirmaciones que lo acercan al realismo jurídico. Como así, que cada una de las visiones resalta los aspectos de la *Teoría Pura* que encajan mejor con su propuesta.

En esta línea se ha interpretado la tesis de la cláusula alternativa tácita, es decir, como una tesis afín al realismo jurídico. Incluso los críticos de esta tesis- aun cuando son partidarios de descartarla- así lo han planteado. Sin embargo, en mi opinión, tal como esta tesis fue formulada por Kelsen, no es propiamente una tesis realista, aun cuando contiene elementos que podrían interpretarse de ese modo, especialmente, si se vinculan con otras tesis que Kelsen que han sido expuestas previamente. Propongo que la tesis de la cláusula

³²⁶ Una interesante observación al respecto me la ha señalado Jordi Ferrer, quien ha advertido que, desde un punto de vista realista del derecho, puede sostenerse que hay lagunas en los sistemas jurídicos, siempre que entendamos que el sistema jurídico está formado por las normas que son el resultado de la interpretación efectuada por los intérpretes con competencias normativas. En ese caso, se hace compatible decir que las lagunas están en los sistemas jurídicos en tanto resultado de la interpretación vigente.

alternativa tácita podría encajar con una teoría realista del derecho si es que Kelsen la hubiese formulado de otro modo: como una descripción de cómo funcionan los sistemas jurídicos, pero no como una autorización o norma supuesta.

La tesis de la cláusula alternativa tácita podría así interpretarse como una tesis que apunta hacia lo que sucede en la realidad jurídica: que las autoridades normativas de hecho formulan normas irregulares, y que mientras no sean invalidadas pueden producir igualmente efectos jurídicos. Como así, que todo lo anterior depende de los mecanismos de control establecidos en el mismo sistema jurídico. Sin embargo, creo que hay que reconocer dos cosas: la primera es que esta tesis- tal como fue formulada por Kelsen- resulta problemática en tanto confunde aspectos descriptivos con aspectos normativos. La segunda- y que explica lo anterior- es que el error principal de esta tesis es concebirla como una autorización y no simplemente como una descripción de lo que puede suceder *de facto*. Ese punto será retomado en las siguientes observaciones, en tanto creo que es el problema central de la tesis de la cláusula alternativa tácita.

3.2. EL ERROR PRINCIPAL DE ESTA TESIS: FORMULARLA COMO SI SE TRATASE DE UNA AUTORIZACIÓN/NORMA

Una importante anotación respecto a la tesis de la cláusula alternativa tácita es la de Letizia Gianformaggio³²⁷, quien se pregunta por qué razón Kelsen distinguía entre normas que contienen la cláusula alternativa y las que no la contienen. La respuesta de Kelsen es que las primeras son invalidables de acuerdo con un procedimiento especial, en el caso que exista un mecanismo de control de constitucionalidad a cargo de un órgano diverso al legislador. Según Gianformaggio esto resulta paradójico, considerando que todas las normas son 'condicionalmente válidas', y no sólo las normas que contienen la cláusula alternativa tácita³²⁸. Esta observación de Gianformaggio resulta acertada si se tiene en cuenta que todas las normas podrían ser anuladas por un órgano con competencia para pronunciarse sobre la validez de las mismas. En efecto, puede ocurrir

³²⁷ GIANFORMAGGIO, 1995.

³²⁸ *Ibíd.*: 270-271.

que una norma producida en conformidad con todas las normas que regulan su creación, sea invalidada por los órganos de control porque lo interpretan de ese modo. O bien, que una norma que no satisfaga tales criterios sea considerada válida por éstos³²⁹. Teniendo en cuenta lo anterior, cabe preguntarse entonces ¿a qué quería apuntar Kelsen con esta distinción?

No puede negarse que planteada como una cláusula que faculta a formular normas contrarias a otras normas del propio sistema que regulan la producción normativa, esta tesis resulta paradójica. En este sentido creo que los críticos tienen razón al respecto. Ahora, no es exacto señalar que es una tesis contradictoria con la estructura jerárquica propuesta por el Kelsen, porque precisamente lo que éste plantea es que las normas irregulares están autorizadas por la propia constitución por esta `vía indirecta`, o norma supuesta o tácita.

Kelsen propone que existe una norma constitucional no expresada que otorga fuerza obligatoria a las normas irregulares mientras no sean anuladas. Bulygin advierte, con razón, que el defecto teórico de Kelsen comienza con confundir la obligatoriedad de una norma con la conformidad de ésta a las normas sobre producción normativa. Según Kelsen, la validez-obligatoriedad implica o presupone la validez-conformidad a las normas superiores, de modo que si una norma es obligatoria es porque resulta conforme. Ahora bien, ¿conforme a qué? y aquí la respuesta de Kelsen es la tesis de la cláusula alternativa tácita: o bien a la parte explícita de la constitución (normas explícitas que regulan la producción normativa), o bien a la parte tácita de las normas superiores (esta supuesta norma no expresada que concede fuerza obligatoria a las normas irregulares). Esta tesis interviene así para explicar la validez entendida como obligatoriedad de las normas que no satisfacen los requisitos impuestos por las normas de producción jurídica, es decir, a la validez como conformidad con las normas de producción.

³²⁹ En este sentido, véase también MORESO, 1993:91.

Por otra parte, Comanducci tiene razón en que es una tesis análoga a la tesis de la norma fundamental, en tanto es un supuesto para salvar la pretendida coherencia del sistema de normas, pero que al mismo tiempo parece apuntar a dar cuenta de lo que acaece en la realidad jurídica. ¿Cómo se explica lo anterior? Creo que la extrañeza de esta teoría se explica si se tiene en cuenta lo que fue señalado al final del comentario anterior: el error principal de Kelsen fue formular esta tesis como si se tratara de una autorización, es decir, de una norma. Concebida como una autorización es una tesis funcional a la tesis de la coherencia, que le impide cumplir de modo adecuado una importante función a la que parecía apuntar: dar cuenta de la realidad jurídica.

Adolf Merkl, quizás el más insigne colega de Kelsen, hizo una importante observación respecto a la cláusula alternativa tácita, que puede servir de refuerzo al argumento que sostengo:

«La supuesta norma, de acuerdo con la cual cualquier desviación de aquello que está autorizado (...) crea Derecho cuando no hay ya ningún medio de impugnación disponible, en realidad no existe»³³⁰.

En efecto, no hay en los sistemas jurídicos una norma positiva que autorice a los órganos con competencias normativas a dictar normas irregulares. No existe de manera expresa y difícilmente podría derivarse de otras normas, al menos en los sistemas jurídicos que contienen normas que regulan la producción normativa. De ahí el error de Kelsen en formular la tesis de la cláusula alternativa tácita como una autorización, porque no hay tal norma. Y si ésta existiera como norma positiva sería absurdo que existan al mismo tiempo normas sobre producción jurídica.

Si bien es cierto que Merkl advierte que la cláusula alternativa tácita en cuanto tal no existe, no admite la existencia de normas irregulares, negándoles el carácter de normas jurídicas. Equipara- como Kelsen- la validez con la existencia³³¹, lo que le impide explicar

³³⁰ MERKL, 1918:113.

³³¹ En este sentido señala: «El mínimo alejamiento de los requisitos (establecidos por las normas de autorización) aparece como un vicio jurídico que tiene como consecuencia la nulidad del acto en cuestión en el sentido de inexistencia jurídica». MERKL, 1931: 293.

este fenómeno. Sin embargo, admite que devengan en normas jurídicas *a posteriori* en razón de la cosa juzgada, entendida no sólo respecto de las sentencias judiciales, sino también a todas las normas subordinadas a otras³³².

Otra importante observación al respecto es la de Inés Weyland, quien afirma que Kelsen confunde las normas válidas con las normas en vigor, intentando establecer un mismo criterio para identificar ambas³³³. Moreso también se da cuenta de ello y en este contexto presenta la distinción entre Mundos Jurídicos Óptimos (MJO) y Mundos Jurídicos Defectuosos (MJD), para proponer a la vigencia como criterio de identificación de las normas que en la realidad producen efectos jurídicos³³⁴. Sin embargo, hay que recordar que- como se señaló páginas atrás- en textos posteriores Moreso modifica su planteamiento, inclinándose por la validez (entendida como legalidad) como el criterio de pertenencia de las normas de un sistema jurídico³³⁵. Ahora bien, todos los autores antes citados descartan del todo la tesis de la cláusula alternativa tácita en razón de su incompatibilidad con la estructura jerárquica, sin observar que el problema principal es que haya sido concebida como una norma supuesta, pero que se pueden rescatar algunos importantes aspectos.

En mi opinión, no sería una tesis problemática si es que hubiese sido formulada como si describiera- no que hay una norma supuesta que *habilita* a emitir normas contradictorias con las normas que regulan la producción jurídica del propio sistema- sino que *de hecho* los órganos con competencias normativas formulan normas que, aun cuando no satisfagan los criterios de validez, producen consecuencias jurídicas en tanto normas vigentes, mientras no sean invalidadas.

³³² MERKL, 1931: 291, 292. En este contexto, es decir, al analizar a las normas irregulares es que Merkel alude a “los dos rostros del derecho” y distingue entre el derecho a los ojos del conocimiento jurídico y el derecho a los ojos de los órganos aplicadores”.

³³³ WEYLAND, 1986: 268.

³³⁴ MORESO, 1993: 24 y ss.

³³⁵ Ver *supra* nota al pie de página nº 243 y nº 261.

¿Por qué Kelsen concibió esta tesis como autorización? Una respuesta se relaciona con lo que ya han apuntado otros autores: La cláusula alternativa tácita- así concebida- está destinada a mantener la tesis de la coherencia, incluso frente a la existencia de normas irregulares, cuestión que Kelsen no reconoce, dado que asume que todas las normas son válidas-conformes, para explicar así que están dotadas de fuerza vinculante. Pero, por otra parte, no reniega de las decisiones que en los hechos toman las autoridades normativas. Es en este sentido, creo, que Comanducci tiene razón al sostener que la tesis de la cláusula alternativa tácita es análoga a la tesis de la norma fundamental: no existe como norma positiva, es una suposición, a mi entender ambas problemáticas e innecesarias. Tanto la tesis de la cláusula alternativa tácita como la de la norma fundamental son instrumentos teóricos que Kelsen utiliza para reconstruir a las normas de un sistema jurídico como todas coherentes entre sí³³⁶ y dotadas de fuerza vinculante. Puede resultar esclarecedora la siguiente afirmación de Kelsen:

«La norma fundamental hace [...] posible interpretar el material impuesto al conocimiento jurídico como un todo lógico, es decir, permite describir este material en proposiciones no contradictorias [...] en la misma ley se encuentran dos disposiciones contradictorias [...] Se presentan entonces las siguientes posibilidades para resolver el conflicto: o bien se pueden entender ambas disposiciones en el sentido que se deja la elección entre las dos normas al órgano autorizado por la ley a la aplicación [...] o bien [...] las dos normas se contradicen solo en parte y es posible interpretarlas en el sentido que una norma limita la validez de la otra [...]

Por consiguiente, la tesis de la coherencia fue un impedimento para que Kelsen respondiera de modo apropiado al fenómeno de las normas irregulares. La tesis de la coherencia puede ser -a lo sumo- un ideal racional³³⁷, pero no una tesis adecuada para describir la realidad jurídica, es decir, las normas vigentes (si es que se constata que pueden resultar contradictorias con otras normas vigentes del mismo sistema jurídico). Afortunadamente, y como se ha advertido en repetidas ocasiones, Kelsen con posterioridad a *RR2* asumió la posibilidad de contradicciones entre normas.

³³⁶ En este sentido, CHIASSONI, 2015.

³³⁷ Véase ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1971:102.

3.3. OTRO PROBLEMA: AUSENCIA DE LA DISTINCIÓN ENTRE VALIDEZ Y EXISTENCIA JURÍDICA

Que Kelsen no haya explicado la tesis de la cláusula alternativa de la manera recién propuesta (como una descripción de la realidad jurídica) puede explicarse también por otros problemas de su teoría que, a diferencia de la tesis de la coherencia, no resolvió. Me refiero concretamente a la falta de distinción entre validez y existencia jurídica.

En el capítulo anterior se reconstruyeron las críticas hacia el concepto de validez de Kelsen, quien la identifica tanto con la existencia de una norma como con la fuerza obligatoria. A su vez, en este capítulo se explicó que uno de los argumentos principales de Bulygin para criticar y explicar la incorporación tesis de la cláusula alternativa tácita en la teoría de Kelsen es la identificación de la validez con la obligatoriedad. También se expuso la propuesta de Bulygin de reemplazar el concepto de fuerza obligatoria por el de aplicabilidad y de analizar las normas irregulares a través de dicho concepto.

Sin perjuicio de lo anterior, la tesis de la cláusula alternativa tácita puede explicarse también por la identificación de los conceptos de validez y existencia jurídica. Al no concebir la existencia de normas inválidas, Kelsen construye la tesis de alternatividad para dar cuenta de este fenómeno. Si el criterio para determinar la validez de una norma consiste en la conformidad con las normas que regulan la producción normativa, y esto es identificado con la existencia de una norma, entonces sólo pueden existir normas válidas. Pero entonces ¿cómo se explica el hecho que las autoridades normativas formulen normas que no cumplen con los requisitos expresados en las normas de producción, y que éstas puedan producir consecuencias jurídicas? En este contexto, la tesis de la cláusula alternativa tácita se incorpora para otorgar validez a las normas irregulares por esta supuesta “vía indirecta” mientras no sean anuladas, de modo que todas las normas existentes sean válidas.

En consecuencia, no asumir la existencia de normas inválidas puede explicar que Kelsen haya formulado la tesis en comento como si tratara de una autorización. Las normas irregulares estarían también autorizadas por la constitución, lo cual es bastante extraño,

considerando- como se señaló- que dicha cláusula no es una norma positiva. Si Kelsen hubiese distinguido entre validez y existencia jurídica de una norma, no habría necesitado suponer una cláusula que valide las normas de cualquier contenido y procedimiento. Asumiendo que la existencia jurídica de una norma es distinta a su validez, podría haber constatado que *de facto* existen normas inválidas que, no obstante, pueden producir jurídicos. La permanencia en los sistemas jurídicos de las normas irregulares y, por tanto, la posibilidad de que continúen produciendo consecuencias jurídicas, dependerán de las garantías de control que el propio sistema jurídico establezca.

3.4. UNA ACLARACIÓN: LA TESIS DE LA CLÁUSULA ALTERNATIVA TÁCITA SUBRAYA LA COMPETENCIA DEL ÓRGANO

Uno de los argumentos más recurrentes de los críticos de la cláusula alternativa tácita es que, de ser tomada en serio, las normas perderían el “contenido normativo”, entendido a este respecto como la capacidad de las normas de guiar la conducta. Como se indicó previamente, lo que se señala por los críticos es que las normas tendrían un contenido tautológico, puesto que ordenarían realizar una determinada conducta y también la conducta opuesta, de manera que no podrían ser cumplidas ni violadas.

Según plantea Guastini³³⁸, esta interpretación de la tesis de Kelsen supone que ésta alude a normas de conducta, es decir, a normas que regulan el comportamiento. El autor italiano expone que la tesis de la cláusula alternativa tácita puede ser interpretada de dos maneras. Una es la recién señalada, es decir, como referida a normas de conducta, caso en el cual éstas no establecerían obligación alguna. Utilizando el ejemplo de Guastini, y de acuerdo con esta interpretación, en un sistema jurídico en que existe una ley constitucional que prohíba las leyes penales retroactivas, al incorporar la cláusula alternativa tácita, ésta en realidad diría: “La ley penal debe ser no retroactiva o retroactiva”. En este caso, podría sostenerse que la norma carece de contenido normativo, en tanto establece la obligación de hacer una cosa y/o su opuesto. Sin

³³⁸ Véase GUASTINI, 2016.

embargo, explica Guastini, hay una segunda interpretación posible, según la cual la tesis de la cláusula alternativa tácita alude sólo a normas de competencia, en tanto, por medio de ésta se otorgaría un poder al legislador y al juez para decidir el contenido y el procedimiento de las normas sin límite, a menos que el sistema jurídico contemple mecanismos institucionales de control a cargo de un órgano diverso al legislador. Así, en el ejemplo, la prohibición constitucional de dictar leyes penales retroactivas sería aparente, porque en realidad el legislador carecería de estos límites, salvo que se disponga de los mecanismos de control mencionados³³⁹.

En mi opinión, la interpretación adecuada de esta tesis de Kelsen no es la primera, es decir, que en razón de la cláusula alternativa se ordenarían conductas opuestas, lo cual implicaría la pérdida del contenido normativo, así como también, que la alternatividad podría extenderse hasta la competencia del órgano. Ahora bien, no obstante que no es del todo exacto sostener que cláusula alternativa *recae* sobre normas de competencia, debido a que con ello podría entenderse que la alternatividad incide en la competencia del órgano, creo que la segunda interpretación refleja de mejor manera lo que intenta mostrar Kelsen con esta tesis. Esto porque apunta hacia lo siguiente: al legislador y a los jueces se les concede, en la práctica, un poder para formular normas sin ningún límite, si es que sus decisiones no están sometidas a un control que sea ejercido por un órgano diverso a los mismos. Es decir, que los órganos con competencias normativas pueden formular normas que resultan contradictorias con otras normas que regulen la producción normativa, salvo que exista un órgano distinto al legislador (o al juez, dependiendo del ámbito) a cuyo cargo se encuentre el control de constitucionalidad. Este último podrá invalidarlas, de modo que, será quién en la práctica tenga la última palabra sobre la regularidad o irregularidad de las normas.

Creo que esto es lo que Kelsen busca mostrar con la tesis de la cláusula alternativa tácita, teniendo en cuenta que lo que permanente destaca en este punto es que la cuestión de la regularidad depende de quién sea el organismo a cuyo cargo se encuentra el control de

³³⁹Ibíd.: 407.

constitucionalidad. De esta manera, no es que alternatividad recaiga sobre las normas de competencia, sino que subraya que será el órgano con competencia normativa el que decida el contenido y el procedimiento de las normas que formula, o bien, será el órgano con competencias de control, si es que existe, quien decida finalmente sobre lo anterior.

Cabe advertir que, según Kelsen, las normas de competencia son también de carácter prescriptivo, pues éstas establecen obligaciones indirectas: cumplir con las obligaciones impuestas por las normas que se formulan en ejercicio de esa competencia³⁴⁰. Esto refuerza esta interpretación de la tesis de la cláusula alternativa: en razón de la cláusula alternativa tácita, las normas dictadas por los órganos a quienes se atribuyen poderes normativos, aun cuando ésta puede resultar irregulares, son obligatorias, salvo que sean invalidadas por los órganos que tengan la última palabra sobre ello. Por otra parte, contra el argumento de que la alternatividad se extiende también al órgano, hay que considerar que, según Kelsen, el requisito del órgano competente tiene un lugar privilegiado frente al resto de los requisitos para la producción normativa, en tanto requisito mínimo para la existencia de una norma. En esta línea señala:

«Como se indicara ya, la producción de una norma inferior a través de una norma superior, puede estar determinada en dos direcciones. La norma superior puede determinar tanto el órgano que produzca la norma, como el procedimiento en que se produzca, pudiendo determinar también el contenido de la norma. Inclusive cuando la norma superior sólo determina el órgano, es decir, el individuo que producirá la norma inferior, dejando a la apreciación de ese órgano la determinación del procedimiento y la determinación del contenido de la norma que debe producirse, la norma superior es aplicada en la producción de la inferior: la determinación del órgano es el mínimo de aquello que tiene que determinarse en la relación entre una norma superior y una inferior. Puesto que la norma que no se encuentra determinada en manera alguna en cuanto a su producción por una norma superior, no puede valer como una norma implantada dentro del orden jurídico, no perteneciéndole en consecuencia [...] Todo acto de producción del derecho tiene que ser un acto e aplicación del derecho: es decir tiene que ser aplicación de una norma jurídica previa al acto, para que pueda valer como un acto de la comunidad jurídica. De ahí que deba concebirse la producción

³⁴⁰ Sobre la concepción de Kelsen acerca de las normas de competencia y algunos de los debates que hay en torno a este término, me referiré en la tercera parte del trabajo.

de derecho como aplicación de derecho, inclusive cuando la norma superior sólo determina el elemento personal. El individuo tiene que cumplir la función de producción del derecho. Esta norma superior, determinante del órgano, es la que recibe aplicación en todo acto de ese órgano»³⁴¹.

Asumiendo que esta es la interpretación más adecuada de la tesis de la cláusula alternativa tácita, al parecer lo que Kelsen indica es que, si no se otorga competencia a un órgano distinto al legislador para revisar la regularidad de las normas, en la práctica es “como si” el legislador (o los jueces respecto a las sentencias) estuvieran autorizados a formular las normas que ellos mismos determinen, aun cuando aparentemente otras normas limiten la producción normativa.

Sin embargo, insisto en lo señalado previamente: hubiese sido conveniente que Kelsen no se refiriese a una cláusula tácita o autorización supuesta, sino que simplemente explicara que la regularidad de las normas, en la práctica, depende de los mecanismos de control establecidos por el propio sistema. En este caso, una tesis tan polémica como ésta, explicaría sin tanta confusión cómo funcionan los sistemas jurídicos en la realidad.

3.5. UN ASPECTO QUE RESCATAR: LA VINCULACIÓN CON LOS MECANISMOS DE CONTROL DE LA REGULARIDAD

Luego de señalar que las disposiciones constitucionales tienen una regulación directa y una indirecta, Kelsen señala que, si el examen de constitucionalidad no se delega en un órgano distinto al legislador, no se puede concluir otro resultado que la autorización tácita para formular normas irregulares. Distinta es la situación cuando se contemplan dichos mecanismos de control, destacando que:

«[...] es esencialmente diferente cuando la constitución delega en otro órgano, distinto al legislativo el examen o resolución de la pregunta de si una ley corresponde a las determinaciones constitucionales que directamente regulan la legislación, facultándole a anular la ley que considere

³⁴¹ KELSEN, 1960a: 245 (el subrayado es mío).

“inconstitucional”. Esta función puede ser conferida a un tribunal especial, o a u tribunal supremo, o a todos los tribunales”»³⁴².

Enseguida, Kelsen explica los distintos mecanismos de control de constitucionalidad: control difuso con efecto entre partes, control concentrado con efecto *erga omnes*, y la responsabilidad personal del órgano; acentuando siempre que la pregunta por la regularidad de una norma y los efectos jurídicos que puede producir dependerá del tipo de mecanismo:

«Queda delegada como arriba se describe, en todos los órganos facultados de aplicar las leyes, especialmente, en los tribunales, cuando el examen de constitucionalidad no está expresamente excluido de esa facultad. Cualquier tribunal está facultado para examinar la constitucionalidad de la ley que ha de aplicar en un caso concreto, si el tribunal puede, cuando considere la ley “inconstitucional” corrientemente hacer a un lado la aplicación de la ley a u caso concreto, es decir, quitar validez para el caso concreto. La ley mantiene validez para todos los restantes casos a los se refiere, y debe ser aplicada por los tribunales en todos los casos mientras no excluyan la aplicación en un caso concreto».

[...]

«Si el examen de constitucionalidad de las leyes queda reservado a un único tribunal, éste puede estar facultado para quitar validez a la ley reconocida como “inconstitucional”, no sólo para el caso concreto. Sino para todos los casos a los cuales la ley se refiere, es decir, quitar la validez a la ley misma»³⁴³.

Kelsen señala que, cuando en un sistema jurídico se contemplan algunos de estos mecanismos de control (sea difuso o concentrado) la constitución privilegia que las leyes sean dictadas en conformidad a las normas sobre la producción jurídica. Ello también sucede cuando se establece la responsabilidad personal de los órganos con competencias normativas por la legalidad de las normas que produzcan³⁴⁴. Aun cuando su formulación no resulta afortunada por las razones señaladas, no creo que la tesis de cláusula

³⁴² *Ibíd.*: 279-280.

³⁴³ *Ibíd.*: 281.

³⁴⁴ *Ibíd.*: 282.

alternativa tácita deba ser descartada del todo. Con esta tesis Kelsen parecía apuntar a una importantísima cuestión: la discusión sobre la regularidad o irregularidad de una norma se encuentra estrechamente ligada a la pregunta de quién tiene la última palabra al respecto, es decir, de si existe un órgano con competencias para controlar la regularidad de las normas, y en tal caso, de las decisiones que éste tome. En esta línea Kelsen afirma:

«[...] la pregunta referente a si una norma producida por un órgano jurídico corresponde a la norma superior que determina la forma de su producción o también su contenido, no puede separarse de la pregunta sobre quién esté facultado por el orden jurídico para resolver la pregunta previa»³⁴⁵.

En mi opinión, los mecanismos de control de la regularidad son un aspecto central para el análisis de las normas irregulares. Por ello es que, si esta tesis de Kelsen hubiese sido expresada de modo menos confuso (es decir, no como cláusula, sino como una descripción de lo que puede suceder en los hechos), en lugar de ser tan polémica, se advertiría que los sistemas jurídicos en los cuales exista un mecanismo de control de constitucionalidad de las leyes a cargo de un órgano diverso al legislador, será éste quien tenga la última palabra sobre la validez o la invalidez de las normas jurídicas y, por tanto, quien efectúe una interpretación de la constitución con consecuencias jurídicas directas. En cambio, en los sistemas jurídicos en que no exista un control de constitucionalidad radicado en un órgano distinto al legislador, será este mismo quien decida todo lo

³⁴⁵ *Ibíd.*: 274. Esto también podría extraerse de sus afirmaciones en materia de interpretación. Así, por ejemplo, cuando distingue entre la interpretación de la ciencia jurídica y la interpretación auténtica. Sobre todo, cuando Kelsen destaca la importancia de las decisiones de quienes tienen competencias jurídicas para interpretar la ley, en especial, los órganos de última instancia. Así, cuando afirma: «La interpretación como una función jurídica sólo es posible como interpretación auténtica. Cualquier otra interpretación de una norma jurídica es una actividad intelectual que puede tener una gran influencia sobre la función de creación del derecho y la función de aplicación del derecho, pero no tiene importancia jurídica en sí misma. La interpretación como una función jurídica puede ser realizada solamente por quienes están autorizados para interpretar la ley: los órganos creadores y aplicadores del derecho» («Interpretation as a legal function is possible only as authentic interpretation. Any other interpretation of a legal norm is an intellectual activity which may have great influence on the law-creating and law applying function, but has no legal importance in itself. Interpretation as a legal function can be performed only by those whom the authorized to interpret the law: the law-creating and the law applying organs»). KELSEN, 1950: xv-xvi.

anterior, de modo que las normas serán emitidas según el procedimiento y contenido que el mismo decida.

En conclusión, el problema de esta tesis está en su propio nombre “cláusula alternativa tácita”. No hay cláusula tal, sino simplemente cuestiones fácticas y de configuración de los sistemas jurídicos. Kelsen confunde aspectos descriptivos con aspectos normativos, introduciendo hipótesis innecesarias, transformando una descripción de la realidad jurídica en una autorización supuesta. Ahora bien, insisto en que también es importante destacar que, a pesar de una formulación poco adecuada, esta tesis advierte una cuestión primordial para análisis de las normas irregulares: que está estrechamente vinculado a pregunta de quién efectúa una interpretación con efectos jurídicos directos sobre la regularidad o irregularidad de las normas, es decir, quién decide.

Tercera parte

ELEMENTOS PARA UNA NOCIÓN DE NORMA IRREGULAR

En esta última parte del trabajo propondré algunos elementos e ideas que considero centrales para el análisis de las normas irregulares, los cuales son los siguientes:

1. La irregularidad de una norma es relativa a las normas sobre producción jurídica (entendidas en un sentido amplio) del mismo sistema jurídico.
2. La irregularidad es el producto de una decisión interpretativa, esto es, el resultado de una actividad de atribución de significado.
3. La aplicación de hecho de normas irregulares es una cuestión diversa a lo que se describe mediante el concepto de aplicabilidad.
4. Los mecanismos de control de la regularidad son el aspecto de los sistemas jurídicos que explica el hecho que una norma irregular produzca efectos mientras ésta no sea expulsada del mismo mediante la decisión del órgano competente.

A continuación, cada una de estas tesis serán desarrolladas. Previo a ello, debo advertir que no abordaré en profundidad todos los problemas en torno a la noción de competencia, de las teorías de la interpretación y del concepto de aplicabilidad, sino en aquello que sea necesario para el desarrollo de los argumentos de este trabajo. Tampoco me referiré de manera extendida a un sistema jurídico en concreto, sino que aludiré a algunos de ellos a efectos de proporcionar ciertos ejemplos, especialmente, en el cuarto punto relativo a los mecanismos de control.

1. IRREGULARIDAD RELATIVA A LAS NORMAS SOBRE PRODUCCIÓN JURÍDICA:

La irregularidad de una norma se determina por la falta de conformidad con otras normas del mismo sistema jurídico. Ahora, ¿en relación a qué tipo de normas se define la irregularidad? Esta es una cuestión respecto de la cual no hay claridad en la teoría jurídica. Una parte importante de los teóricos del derecho define a las normas irregulares como aquellas que no se adecuan a las normas de competencia, así y mencionándolos a modo de ejemplo, las conciben autores como G.H. von Wright, Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin y José Juan Moreso³⁴⁶. A continuación, analizaré la idea de norma irregular recién mencionada, para la cual, necesariamente, me referiré a algunas de las principales nociones de competencia. Sostendré que no conviene definir a las normas irregulares en relación a las normas de competencia, dado que la irregularidad de una norma puede provenir no sólo de la falta de competencia, sino por la inadecuación a cualquiera de las normas que establecen requisitos para la producción normativa. Esto implicará asumir una noción de competencia más acotada que el que asumen los autores que definen la regularidad en relación a la misma. Propondré definir a las normas irregulares en relación a las normas sobre producción jurídica, entendidas en sentido amplio, como una serie de normas de carácter heterogéneo que inciden sobre la creación normativa, y no sólo las referidas al órgano competente.

1.1. SOBRE LAS TESIS QUE DEFINEN A LAS NORMAS IRREGULARES EN RELACIÓN A LAS NORMAS DE COMPETENCIA

Se ha señalado que algunos teóricos del derecho asumen que las normas irregulares son aquellas normas que han sido formuladas por quienes no son autoridades competentes en un sistema jurídico de referencia. Así puede desprenderse del concepto de normas de competencia de G.H. von Wright³⁴⁷, también de la propuesta de Carlos

³⁴⁶ VON WRIGHT, 1963; ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1979; MORESO, 1994.

³⁴⁷ VON WRIGHT, 1963.

Alchourrón y Eugenio Bulygin³⁴⁸, quienes siguen la línea trazada por H.L.A. Hart³⁴⁹, entre otros que se plantean de modo similar³⁵⁰. Esto se explica porque dichos autores entienden que, para que una autoridad competente actúe como tal, se requiere el cumplimiento de todas las condiciones de validez expresadas en las respectivas normas de un sistema jurídico. Incluyen así en la noción de competencia tanto a las normas que atribuyen poderes normativos a determinados sujetos u órganos, como a las reglas de procedimiento y también a las normas materialmente superiores que regulan los contenidos de la producción normativa. Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero van incluso más allá que la postura recién señaladas cuando plantean que un concepto de norma de competencia debe dar cuenta del fenómeno de las normas irregulares³⁵¹.

Por otra parte, hay autores que asumen que el concepto de “órgano competente” incluye, a lo menos, a las reglas de procedimiento. Esto sugiere Alf Ross al referirse sobre la materia³⁵² y, en una línea similar, José Juan Moreso en *Sobre las normas inconstitucionales*, quien afirma de modo tajante que los procedimientos son definitorios del órgano competente. En sus palabras:

«[...] procedimiento y órgano son difícilmente distinguibles. Son los procedimientos los que determinan si se está en presencia del órgano competente. El Parlamento sólo actúa como órgano legislativo competente cuando sigue los procedimientos señalados por la Constitución. De lo contrario, no es el órgano legislativo, según la Constitución»³⁵³.

³⁴⁸ ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1979, BULYGIN, 1967, 1988.

³⁴⁹ HART, 1961.

³⁵⁰ Así, por ejemplo, se desprende también de la noción de competencia de Rafael Hernández Marín. Véase HERNÁNDEZ MARÍN, 1984, 1996, 1998.

³⁵¹ ATIENZA Y RUIZ MANERO, 1996: 47 y ss. Esta observación ha sido criticada por autores como Ricardo Caracciolo, Jordi Ferrer y José Juan Moreso, quienes observan que el hecho que los tribunales apliquen normas irregulares se explica por una cuestión fáctica y no por el carácter de las normas de competencia. Véase CARACCILO, 1995: 217, FERRER, 2000:67, 116-120. MORESO, 2001: 170. Sobre esto volveré más adelante.

³⁵² Véase ROSS, 1968: 93.

³⁵³ MORESO, 1993: 85. Ahora bien, posteriormente Moreso incluye en la noción de “órgano competente” no sólo a las reglas de procedimiento, sino también a todas reglas que establecen condiciones de la validez. En este sentido, en el texto que elabora junto a Vilajosana, señala: «La idea de norma válida como dictada por un órgano competente es merecedora de algunas aclaraciones: [...] Que el órgano sea competente significa en este contexto que tal órgano respeta las normas procedimentales y materiales que regulan la posibilidad de que el órgano cree normas.» MORESO Y VILAJOSANA, 2004: 118. Raz también cree que el procedimiento es

Todas estas ideas han sido criticadas por Jordi Ferrer³⁵⁴, para quien la irregularidad de una norma puede provenir no sólo de la falta de seguimiento de las normas de competencia. Esto se explica, principalmente, porque para este autor la competencia es más estrecha que la validez: para que una norma sea válida requiere, por supuesto, que éstas sean formuladas por la autoridad competente, pero éste no es único requisito de la validez. Bajo la concepción de Ferrer, las normas de competencia son exclusivamente aquellas que aluden a los sujetos u órganos a quienes se atribuyen poderes normativos, lo cual es una condición necesaria, pero no suficiente para la validez.

En lo que sigue me referiré someramente a las distintas concepciones sobre las normas de competencia, a fin de evaluar la idea según la cual la irregularidad de las normas se define en relación éstas. Al final de este apartado propondré que resulta de mayor conveniencia utilizar un concepto como el de “normas sobre producción jurídica” de Riccardo Guastini, o el de “normas acerca de la competencia” de Jordi Ferrer para introducir una noción de normas irregulares.

1.1.1. Distintas concepciones sobre las normas competencia

El concepto de normas de competencia es bastante controvertido en la teoría jurídica. Hay, por una parte, un extenso debate acerca de su carácter, es decir, sobre qué tipo de norma son las normas de competencia: si son normas que imponen obligaciones indirectas, o son normas que establecen permisos, o si es que no son clase alguna de regla prescriptiva y son, en cambio, definiciones o reglas constitutivas de algún tipo. También se discute sobre lo que está incluido en la noción de competencia: si sólo las normas que atribuyen competencia a determinados sujetos u órganos, o éstas junto a las reglas de procedimiento (en tanto se consideran como definitorias del órgano), o bien las anteriores sumadas todas las reglas que establecen condiciones de validez.

lo que permite distinguir a un órgano competente de las actuaciones que sus miembros realizan como privados. RAZ, 1970: 59. Una crítica a esta idea puede verse en FERRER, 2000: 127-129 quien la considera una exageración. Sobre esto volveré más adelante.

³⁵⁴ FERRER, 2000.

Sin pretender en este trabajo realizar un examen minucioso, a grandes rasgos, se distingue entre tres grandes concepciones acerca del carácter de las normas de competencia: 1. aquella, según la cual, las normas de competencia son *normas que imponen obligaciones* indirectas; 2. las que conciben a las normas de competencia como *normas permisivas*, conocida como la *tesis permisivista* y; 3. las *teorías no reductivistas*, según las cuales, las normas de competencia no son reglas imperativas de tipo alguno y son, ya sea 3.1. definiciones, tesis denominada como *no reductivista conceptualista*, o bien; 3.2 algún tipo de regla constitutiva, pero no definiciones, conocida como *la tesis no reductivista no conceptualista*. Expondré, a continuación, los principales argumentos de cada una de estas teorías.

Normas de competencia como normas que establecen obligaciones indirectas.

Según esta concepción, las normas de competencia son aquellas que prescriben cumplir con las normas dictadas a partir de éstas, razón por la cual, se señala que son normas que establecen obligaciones indirectas. El principal exponente de esta tesis es Hans Kelsen y, en una línea similar, se plantea al respecto Carlos Nino³⁵⁵. Según propone Kelsen, una característica central del derecho, así como de las normas jurídicas que lo componen, es el elemento coactivo, lo cual se expresa en la imposición de sanciones³⁵⁶. Ahora bien, cuando Kelsen se refiere a las normas de competencia señala que éstas conceden un poder jurídico o una capacidad para producir normas³⁵⁷. Según apunta el mismo autor, las normas de competencia no regulan conductas a través de la imposición de sanciones, sino que facultan a realizar un acto jurídico con determinadas consecuencias

³⁵⁵ NINO, 1985, 1986. Nino plantea que las normas de competencia son “normas en blanco” que imponen la obligación de cumplir con las normas dictadas en función de las normas de competencia. Éstas serían normas “en blanco” en tanto la especificación de la conducta obligatoria quedaría pendiente y dependería de la voluntad de otros. NINO, 1985: 86; 1986:48.

³⁵⁶ KELSEN, 1945a: 144 y ss.; 1960a: 38-70.

³⁵⁷ A grandes rasgos, Kelsen define a la competencia como un poder jurídico, el cual consiste en una facultad o capacidad de producir normas jurídicas. Véase KELSEN, 1960a: 157- 161.

jurídicas³⁵⁸. La forma de conciliar esto último con el carácter coactivo definitorio de las normas ha sido a través de dos reconstrucciones:

- a. Las normas de competencia son *fragmentos o partes de normas*. Una norma completa estaría formada por la disposición que regula una conducta, imponiendo una sanción en caso de incumplimiento, así como por todas aquellas disposiciones que condicionan su validez. Las normas dependientes o incompletas serían aquellas que no imponen sanciones (como las de competencia, las permisiones o las normas derogatorias), pero que de alguna u otra manera establecen condiciones de validez de las normas que imponen un deber bajo amenaza de sanción³⁵⁹. De este modo, según esta interpretación, las normas de competencia serían parte de las normas creadas a partir de éstas.
- b. Las normas de competencia establecen *obligaciones indirectas*: si bien es cierto que las normas de competencia no imponen sanciones de modo directo, tienen indirectamente un carácter prescriptivo, en tanto ordenan cumplir con lo prescrito por las normas creadas en razón del ejercicio de esa competencia³⁶⁰. Como explica

³⁵⁸ KELSEN, 1960a: 68, 157 y ss.; 1945a: 105 y ss.

³⁵⁹ En esta línea Kelsen señala: «La definición del derecho como un orden coactivo puede también sustentarse, pese a las normas que facultan una conducta carente del carácter de acto coactivo, o que permiten positivamente tal conducta, en cuanto tales normas son normas no independientes que se encuentran en unión esencial con normas que estatuyen actos coactivos. Un ejemplo típico de estas normas, que han sido traídas a cuento como argumento contra la adopción del momento coactivo en el concepto de derecho, son las normas del derecho constitucional. Las normas constitucionales- se argumenta-, que regulan los procedimientos legislativos, no prevén sanciones para el caso de no ser observadas. Un análisis más detenido muestra, empero, que se trata de normas no independientes que sólo determinan una de las condiciones bajo las cuales han de dictarse y cumplirse los actos coactivos por otras normas. Se trata de normas que facultan al órgano legislativo a producir normas, sin obligarlo a ello y, por lo tanto, no parecen como sanciones necesarias» KELSEN, 1960a: 64. Unas páginas más adelante, al referirse específicamente a las normas no independientes, señala: «La segunda norma, mediante la cual se limita el dominio de validez de la primera es una norma no independiente, puesto que aquella sólo tiene sentido junto a ésta. Ambas constituyen una unidad [...] También las normas que facultan determinada conducta son normas no independientes, mientras se entienda por “facultar” otorgar a un individuo un poder jurídico, es decir, conferirle el poder de producir normas jurídicas. Puesto que sólo determinan una de las condiciones a las cuales, una norma independiente, enlaza el acto coactivo». *Ibíd.*: 68.

³⁶⁰ En este sentido Kelsen afirma: «La norma de la constitución que faculta la producción de una norma general, establece la condición bajo la cual la sanción se encuentra ligada. El enunciado jurídico que describe esa situación reza: “Cuando los individuos autorizados a legislar hubieren promulgado una norma general según la cual quien cometiera hurto debe ser penado de determinada manera, y cuando el tribunal autorizado al respecto en la legislación procesal penal hubiere verificado, mediante uno de los

Ferrer³⁶¹, esta explicación es complementaria de la anterior: las normas de competencia concebidas como normas que establecen obligaciones indirectas, serían parte de una norma completa³⁶².

Esta tesis ha sido objeto de múltiples críticas, sobre todo, provenientes de autores que objetan, de modo general, las teorías imperativistas del derecho, es decir, aquellas que conciben al derecho como un conjunto de órdenes respaldadas por una amenaza o sanción³⁶³. Los críticos de esta posición, respecto a las normas de competencia, defienden ya sea una tesis permisivista, o una tesis no reductivista, ambas explicadas en los siguientes puntos. Una de las objeciones más recurrentes a las tesis de las normas de competencia como normas que establecen obligaciones indirectas, consiste en señalar que difícilmente se puede exigir el cumplimiento de normas que, por ejemplo, fijan la mayoría la edad o determinan los días festivos, o establecen la calidad de heredero, pues estas normas no encajan dentro de las prescripciones, en tanto no imponen sanciones ni de modo directo ni indirecto. Por otra parte, se señala que, concebir las normas de competencia como obligaciones indirectas, implica que mientras la competencia no sea ejercida -y, por tanto, la conducta obligatoria no sea especificada por el órgano declarado

procedimientos específicos de la legislación procesal penal, que un hombre determinado ha incurrido en hurto y además, cuando ese tribunal hubiere impuesto la pena legalmente determinada, entonces, un órgano deberá ejecutar la pena". Esta formulación del enunciado jurídico que describe el derecho muestra que las normas de la constitución que autorizan la producción de normas generales [...] son normas no independientes, puesto que sólo determinan las condiciones bajo las cuales se han de llevar a cabo las sanciones penales». KELSEN, 1960a: 69.

³⁶¹ FERRER, 2000: 31.

³⁶² El mismo Kelsen enfatiza: «De lo dicho resulta que el orden jurídico, aunque de ninguna manera todas sus normas estatuyen actos coactivos, puede con todo ser caracterizado como un orden coactivo, en cuanto todas las normas que de por sí no estatuyen actos coactivos, y que, por tanto, no imponen obligaciones, sino que sólo facultan o permiten positivamente la producción de normas, son normas no independientes que sólo valen en conexión con una norma que estatuye un acto coactivo [...]» KELSEN, 1960a: 70. Esta tesis de las normas de competencia como normas que establecen obligaciones de modo indirecto fue reforzada por el autor en su *Teoría General de las Normas*. Véase KELSEN, 1979: 103 y ss. y 260 y ss.

³⁶³ Antes de Kelsen, algunos de los principales exponentes de las teorías imperativistas del derecho fueron John Austin (AUSTIN, 1832) y Jeremy Bentham (véase BENTHAM, 1970), quienes subrayaron el elemento coactivo como el rasgo definitorio del derecho. Hart es uno de principales autores que a lo largo de *El concepto de Derecho* se dedica a formular una serie de críticas a las teorías imperativistas. Si bien es cierto que Hart dirige sus objeciones, principalmente, a la tesis que Austin expuso en *The Province Of Jurisprudence Determined* la extiende, aun con matices, a la *Teoría Pura del Derecho* de Kelsen. Las críticas de Hart a este modelo fueron la base de su propuesta. Véase HART, 1961.

competente-, entonces no sería posible concebir una conducta que cumpla o infrinja la norma de competencia. De este modo, concebidas como prescripciones, las normas de competencia no podrían ser cumplidas ni infringidas hasta que la competencia sea ejercida y, en consecuencia, no serían hasta ese momento normas en absoluto³⁶⁴.

Tesis permisivista

De acuerdo con esta tesis, las normas de competencia establecen permisos dirigidos a las autoridades normativas para que éstas introduzcan normas en un sistema jurídico y, según añaden algunos, les permite también derogarlas. Uno de los principales exponentes de esta tesis es G.H. von Wright, cuya concepción, en términos generales, consiste en que las normas de competencia son un tipo de norma de orden superior, a través de las cuales se otorga un permiso a las autoridades normativas para dictar normas de primer orden. De acuerdo con la distinción propuesta por el autor, las normas de orden superior son aquellas que regulan la acción normativa de promulgar o derogar una norma de primer orden; estas últimas, en cambio, no tienen como contenido una acción normativa³⁶⁵. Las normas de competencia son así concebidas como normas permisivas que otorgan a las autoridades normativas el derecho de emitir normas³⁶⁶. El concepto de competencia de von Wright está estrechamente relacionado con su noción de validez, pues según afirma el autor, una norma es válida si «la autoridad que la emite tiene un permiso equivalente a un derecho de emitir la norma»³⁶⁷.

Una de las críticas que se ha formulado al concepto de las normas de competencia de von Wright es que no incluye al permiso para derogar normas³⁶⁸. Carlos Alchourrón y Eugenio

³⁶⁴ Algunas de las principales críticas a la concepción de las normas de competencia de Kelsen pueden verse en: HART, 1961: 45 y ss.; HERNÁNDEZ MARÍN, 1984: 35 y ss.; 1986: 128 y ss.; 1989: 156-157; RAZ, 1986: 147 y ss.; ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1971: 98 y ss.; 1983, BULYGIN, 1988; CARACCILO, 1993; 1994; 5 y ss.; FERRER, 2000: 21 y ss.

³⁶⁵ VON WRIGHT, 1963: 195 y ss.

³⁶⁶ *Ibíd.*:198-210.

³⁶⁷ *Ibíd.*: 210.

³⁶⁸ Véase ATIENZA Y RUIZ MANERO, 1996: 66, FERRER, 2000: 43. Otra crítica, añadida por Ferrer, consiste en que von Wright no especifica qué tipo de derecho se otorga a las autoridades normativas, si es un derecho que

Bulygin en *Normative Systems (NS)* y en *Sobre la existencia de las normas* defendieron una tesis que es deudora de la concepción de von Wright, pero incluyen la derogación como uno de los actos que las normas de competencia permiten a las autoridades normativas³⁶⁹. Posteriormente, Alchourrón y Bulygin abandonaron la tesis permisivista, sustituyéndola por una concepción *no reductivista*. El principal problema que advirtieron de la tesis permisivista consiste en que, dado que en los sistemas jurídicos hay también normas que prohíben el ejercicio de la competencia, sostener que las normas de competencia son normas permisivas llevaría a serias contradicciones, en tanto existirían simultáneamente normas que permiten y prohíben la competencia³⁷⁰.

Tesis no reductivistas

Según quienes sostienen esta concepción de las normas de competencia, éstas no establecen obligaciones directas ni indirectas, ni tampoco permisiones, sino que son otro tipo de reglas que no pueden ser reducidas a imperativos. Exponentes de una *tesis no reductivista* son H.L.A. Hart, Alf Ross y, en la actualidad, gran parte de los teóricos del derecho, entre ellos, Eugenio Bulygin, Rafael Hernández Marín, Manuel Atienza junto a Juan Ruiz Manero, y Jordi Ferrer. Dada la influencia que hoy en día tiene esta tesis, me extenderé algo más que en las anteriormente expuestas.

impide que terceros interfieran en la competencia conferida, o si es que implica que las autoridades normativas pueden exigir que se les posibilite el ejercicio de la competencia. FERRER, 2000: 48.

³⁶⁹ ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1971 y 1979, respectivamente. A su vez, los autores subrayaron que las normas de competencia no deben confundirse con los criterios de identificación. Estos últimos establecen los criterios para identificar las normas pertenecientes a un sistema jurídico, para lo cual hay que remitirse a las normas de competencia. Sin embargo, los criterios de identificación son definiciones y las normas de competencia, hasta ese momento, eran concebidas como permisos. ALCHOURRÓN y BULYGIN 1971: 118-120. La concepción de Caracciolo sobre las normas de competencia es muy similar a la tesis permisivista de Alchourrón y Bulygin. A estos efectos véase CARACCILO, 1994, 1995.

³⁷⁰ ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1983: 462; BULYGIN, 1988:489. Otra crítica que se ha hecho a esta tesis es la de Atienza y Ruiz Manero, para quienes, el principal problema de las tesis reductivistas en general (es decir, las que conciben a las normas de competencia, ya sea como obligaciones indirectas o como permisiones) es que no permiten dar cuenta del fenómeno de las normas irregulares. Sobre ello me referiré al tratar la concepción de normas de competencia de estos autores en el marco de las tesis no reductivistas no conceptualistas.

Todas estas tesis comparten el rechazo a las *tesis reductivistas*, planteando que en los sistemas jurídicos hay diversos tipos de reglas y no sólo reglas regulativas de la conducta. Se propone distinguir entre reglas regulativas, por una parte, y reglas constitutivas y/o reglas conceptuales, por la otra. Las normas de competencia se insertarían entre las reglas constitutivas, o reglas conceptuales. Ahora bien, como se verá más adelante, para algunos autores no reductivistas las reglas constitutivas y las definiciones o reglas conceptuales son equivalentes, y para otros, en cambio, son categorías distintas.

En general, los autores que defienden una concepción no reductivista de las normas de competencia basan sus tesis en la noción de *regla constitutiva* de John Searle³⁷¹, en especial, la diferencia entre éstas y las reglas de conducta planteada por este autor. Según propone Searle, las reglas regulativas y las reglas constitutivas se distinguen, principalmente, en que las primeras disciplinan conductas que existen de modo independiente de las reglas. Las reglas constitutivas, en cambio, no serían reducibles a imperativos, sino que crean o definen “nuevas formas de conducta”, tales como legislar, prometer, etc.³⁷². De este modo, según expone Searle, las reglas constitutivas constituyen la actividad a la aluden, cuya existencia es lógicamente dependiente de las reglas³⁷³. Los ejemplos que el autor señala como típicos de reglas constitutivas son las promesas y las reglas de un juego, las cuales crean las condiciones de posibilidad de dichas actividades³⁷⁴.

La fórmula de regla constitutiva propuesta por Searle es la siguiente: “*X tiene el valor de Y en el contexto C*”³⁷⁵. Mediante esta fórmula, asimila a las reglas constitutivas con las reglas conceptuales o definiciones, cuestión que se extrae también de otras de sus afirmaciones como, por ejemplo, cuando señala:

³⁷¹ Véase SEARLE, 1965, 1969, 1975, 1995.

³⁷² SEARLE, 1969: 33.

³⁷³ Searle señala que algunas reglas constitutivas, además de constituir una actividad, la regulan. SEARLE, 1969: 42,43, 50. Esto ha sido criticado por Bulygin, quien considera esto es un error, argumentando que constituir y regular son categorías excluyentes. BULYGIN, 1988: 492-495.

³⁷⁴ SEARLE, 1969: 33, 34.

³⁷⁵ *Ibíd.*: 34. Una crítica a la noción de regla constitutiva de Searle puede verse en GUASTINI, 1983, y 1985:cap III.

«[las reglas constitutivas] Obsérvese que tienen un carácter casi tautológico, puesto que lo que la “regla” parece ofrecer es una definición parcial de “jaque mate” o “touchdown”. Pero ese carácter tautológico es casi una consecuencia necesaria del hecho de que sean reglas constitutivas: las reglas concernientes a los “touchdown” del mismo modo que las reglas que conciernen al fútbol define “fútbol”. Que, por ejemplo, un “touchdown” pueda ser marcado de tales y tales maneras y cuente como seis puntos, puede aparecer algunas veces como una regla, otras veces como una verdad analítica; y que pueda ser interpretada como una tautología es una pista para el hecho de que la regla en cuestión es constitutiva»³⁷⁶.

Dicha asimilación, conocida como “tesis conceptualista”, se encuentra también en la propuesta sobre normas de competencia de Eugenio Bulygin, quien señala expresamente que toma la noción de regla constitutiva de Searle (también de la noción de Ross y de Hart), así como la caracterización que hace de éstas, pero con algunas salvedades³⁷⁷. Uno de los rasgos que Searle señala como característicos de las reglas constitutivas es que éstas no son susceptibles de ser violadas, pues no puede haber comportamientos que las contradigan, sino que éstas constituyen o no constituyen su objeto. Son, según expresa, reglas analíticas y tautológicas, en tanto definen a aquello sobre lo que se refieren³⁷⁸. Esta caracterización de las reglas constitutivas ha sido criticada por Guastini, quien señala que no es que sea ontológicamente imposible realizar un acto que incumpla con una regla de este tipo, sino que es semánticamente inapropiado hablar de violación de una regla constitutiva. Pues los comportamientos contrarios a las reglas constitutivas sí son posibles (en su ejemplo, un jugador de ajedrez que mueve en diagonal al caballo) sólo que, según las convenciones lingüísticas, el verbo “violar” es inadecuado en este contexto. De este modo, la inviolabilidad de las reglas constitutivas depende del lenguaje y no del mundo³⁷⁹.

³⁷⁶ SEARLE, 1965: 434; 1969:34. La idea de que Searle asimila a las reglas constitutivas con las definiciones puede encontrarse en GUASTINI, 1983: 549, 550; 1985: 279-285. CELANO; 1997: 49; FERRER, 2000: 108-109.

³⁷⁷ BULYGIN, 1988:493.

³⁷⁸ SEARLE, 1969: 41; BULYGIN, 1988: 495. También Ross enfatiza la idea de la inviolabilidad de las reglas constitutivas como rasgo diferenciador de éstas con las reglas de conducta. ROSS, 1968: 54 y ss.

³⁷⁹ GUASTINI, 1985: 284, 285. Guastini también ha criticado que Searle caracterice a las reglas constitutivas como “analíticas”, sin embargo, no entraré a ello, sino que me remito al texto que acabo de citar de este autor. *Ibíd.*: 285- 286.

Searle introduce otra distinción que corre de modo paralelo a la de reglas constitutivas y reglas regulativas. Distingue entre *hechos naturales o brutos*, por un lado, y *hechos institucionales*, por otro. Los primeros serían aquellos cuyo acaecimiento es independiente de las reglas que los regulan. Los hechos brutos tienen así una relación contingente con las reglas, de modo que pueden ser descritos sin hacer uso de éstas. Los hechos institucionales, en cambio, presuponen a las reglas constitutivas, en tanto éstas los constituyen. De este modo, los hechos institucionales no podrían ser descritos sin hacer uso de las reglas que les dan lugar³⁸⁰. El concepto de “hecho institucional” también ha sido criticado por Guastini, para quien las reglas constitutivas producen instituciones, en el sentido que son las instituciones mismas. Pero no puede decirse que producen “hechos”, pues las reglas constitutivas pueden ser, a lo más, condiciones de posibilidad de hechos, pero no pueden producirlos³⁸¹. Esta idea ha sido considerada por autores como Atienza y Ruiz Manero, por un lado, y Ferrer, por otro, quienes en sus respectivas propuestas sobre las normas competencia, prefieren hablar de “resultados institucionales”³⁸².

Otra de las ideas de Searle que ha tenido una fuerte repercusión en las tesis no reductivistas es la de “enunciado performativo”. Esta noción puede arraigarse a Austin, quien propone que hay enunciados que no son ni descriptivos ni prescriptivos, sino que consisten en que mediante la emisión de ciertas palabras se ejecuta un acto³⁸³. Searle utiliza esta noción y sostiene que los enunciados performativos son aquellos que no necesitan de un hecho posterior para que se produzca el “ajuste entre el mundo y la

³⁸⁰ SEARLE, 1969: 50- 53.

³⁸¹ GUASTINI, 1985: 282-283. Guastini objeta además en este punto la idea de que para la producción de un hecho institucional como la promesa (una institución en los términos de Guastini) se requiera de la acepción de las reglas que la constituyen. Según precisa Guastini, no se requiere de la aceptación, lo cual sugiere conferirle el propio asentimiento, sino que basta con el conocimiento de las reglas, sin que sea necesaria la aceptación de las mismas. Conocer una regla es comprobar y comprender su formulación, y eventualmente constatar su observancia. Aceptar una regla, en cambio, implica una valoración, conferirle el propio asentimiento. Según propone Guastini, para el positivismo jurídico las reglas pueden ser descritas sin que sea necesario aceptarlas. *Ibíd.*: 286-287.

³⁸² ATIENZA Y RUIZ MANERO, 1996; FERRER, 2000. Sobre esto volveré en las próximas páginas.

³⁸³ AUSTIN, 1961: 417 y ss., 1972: 135 y ss. Austin plantea que lo que caracteriza a los enunciados performativos es la presencia de un verbo que indica su “fuerza ilocucionaria”, entendida como la idoneidad de un enunciado para ejecutar un acto, el cual se cumple en el “decir”. Este acto sería distinto al acto del decir, pero se cumpliría mediante éste. También esta idea está en Ross, 1972: 123.

palabra". La sola emisión con éxito del enunciado, garantizaría que se lleve a cabo el contenido proposicional de éste³⁸⁴. Algunos de los autores que conciben las normas de competencia como un tipo especial de regla constitutiva, utilizan la noción de enunciados performativos en su explicación. Así, por ejemplo, Atienza y Ruiz Manero³⁸⁵, y también Ferrer quien sostiene que las reglas constitutivas son aquellas que son emitidas mediante un uso performativo del lenguaje³⁸⁶.

En una línea cercana a la de Searle, Alf Ross³⁸⁷ distingue entre reglas de conducta y reglas constitutivas, que para este autor se diferencian por las actividades a las que se refieren cada una. Según plantea Ross en *Directives and Norms*, las reglas regulativas aluden a actividades que son "naturales", en tanto pueden darse de modo independiente a las reglas que las regulan. Las reglas constitutivas, en cambio, constituyen o definen- como las reglas de un juego- a la actividad sobre la que versan, y «proporcionan las condiciones necesarias lógicamente para realizar esa actividad como tal institución»³⁸⁸

Ahora bien, retomando la cuestión sobre las normas competencia, hay que señalar que la noción de regla constitutiva en la que suelen basarse los autores que sostienen tesis no reductivistas, tampoco está exenta de críticas. Además de las críticas que han sido brevemente mencionadas en las anteriores páginas y notas al pie, hay una que tiene especial relevancia para la discusión sobre el carácter de las normas de competencia: las

³⁸⁴ SEARLE, 1975: 450 y ss., Carcaterra también utiliza la noción de enunciado performativo y afirma que las reglas constitutivas se reducen a ello. Considerando que cualquier enunciado normativo podría ser reconstruido de esta manera, Carcaterra introduce una distinción entre los enunciados performativos que son de carácter constitutivos, de los que no tienen dicho carácter. Los enunciados performativos constitutivos, según este autor, se caracterizan porque tienen una "doble fuerza operativa", en tanto con la emisión del enunciado se realizaría el contenido de aquello que se enuncia. CARCATERRA, 1988: 100 y ss.; 1994: 227, 228. Todas estas ideas han sido criticadas por Guastini, quien plantea que para determinar qué acto se cumple mediante un enunciado, es necesario primero determinar el significado del mismo. El acto podría ser así una aserción o una directiva, dependiendo de cómo se interprete. Así, por ejemplo, el enunciado "este es un perro rabioso" puede ser entendido como una advertencia o una aserción, según sea la interpretación del mismo. Sobre ello, véase GUASTINI, 1985.

³⁸⁵ ATIENZA Y RUIZ MANERO, 1996: 66-67.

³⁸⁶ FERRER, 2000: 147 y ss. Esto será retomado en las próximas páginas.

³⁸⁷ ROSS, 1968. Guastini ha mostrado la similitud entre la propuesta de Searle y Ross respecto a las reglas constitutivas. Véase GUASTINI, 1983. También en este sentido BULYGIN, 1988:492.

³⁸⁸ ROSS, 1968: 57, 58. De modo similar, también von Wright señala que las reglas del juego determinan el juego mismo y la actividad de jugarlo. VON WRIGHT, 1963.

diversas maneras en que se utiliza el término regla constitutiva. Guastini advierte que la fórmula que propone Searle para las reglas constitutivas “*X tiene el valor de Y*” es demasiado amplia. Por una parte, cuando Searle señala que las reglas constitutivas constituyen “nuevas formas de comportamiento” parece aludir a *praxis* sociales y no a comportamientos aislados. De acuerdo con este primer sentido de “regla constitutiva”, el carácter constitutivo no es una actividad de reglas individuales aisladas, sino que se refiere, sobre todo, a un sistema o conjunto de reglas. En consecuencia, la constitutividad no se debe a la estructura interna de una regla, sino que depende de si un sistema de reglas es condición de posibilidad de un comportamiento regulado. Este es, precisamente, el significado de normas constitutivas que utiliza el Guastini cuando señala que “legislar” «es una secuencia de actos institucionales gobernados por normas (jurídicas) constitutivas»³⁸⁹. Estas últimas son, en la terminología de Guastini, las “normas sobre producción jurídica”, pero que no son lo mismo que las reglas constitutivas de Searle, ni tampoco se asimilan a las normas de competencia de los autores que basan su propuesta en dicha noción³⁹⁰. Por otra parte, la fórmula de Searle incluye a una serie de reglas individuales, como son las definiciones legales que proporcionan significados a términos que son usados por otras reglas del sistema; y también incluye las reglas que dan sentido o valor a situaciones o comportamientos que pueden existir de modo previo a las reglas que los califican y, por tanto, no son condiciones de posibilidad de los mismos, como sería, por ejemplo: “el homicidio tiene valor delito”³⁹¹.

Con esta observación se llega a un importante punto sobre el carácter de las normas de competencia: algunos de los autores que sostienen tesis no reductivistas creen que aquellas normas son reglas constitutivas y hacen equivalentes éstas con las definiciones. Sin embargo, otros autores que también sostienen que las normas de competencia son reglas constitutivas, rechazan la tesis conceptualista que las asimila a definiciones. Ahora bien, tampoco éste es el único foco de discusión entre autores no reductivistas, pues hay

³⁸⁹ GUASTINI, 1996: 307.

³⁹⁰ Sobre esto volveré en el punto final de este apartado.

³⁹¹ En este sentido, véase GUASTINI, 1985: 279-281.

también discrepancia acerca de qué tipo específico de regla constitutiva son las normas de competencia³⁹².

Lo que permite agrupar a los autores que sostienen tesis no reductivistas es la *pars destruens* de su propuesta, en tanto rechazan que éstas sean reglas imperativas de algún tipo. Asimismo, todos estos suelen tener como punto de partida la oposición entre reglas regulativas y reglas constitutivas, para sostener que las normas de competencia son reglas del segundo tipo. No obstante, no coinciden en la *pars construens* de su propuesta. Por una parte, como acaba de indicarse, las tesis no reductivistas se dividen entre aquellas que asimilan las reglas constitutivas a las definiciones y aquellas que distinguen entre ambas. Por otra parte, hay discrepancia sobre lo que incluye el concepto de norma de competencia, pues una buena parte de los autores no reductivistas cree que la noción de normas de competencia incluye tanto las normas que atribuyen poderes normativos a determinados sujetos u órganos, como las reglas procedimentales y, en general, todas las normas que establecen condiciones de validez. Otros autores no reductivistas, en cambio, postulan que la competencia alude exclusivamente a los sujetos u órganos a los que se atribuye el poder o la capacidad de producir normas válidas. Me referiré brevemente a estos problemas.

³⁹² Los autores que conciben las normas de competencia como un tipo específico de regla constitutiva suelen utilizar la tipología de Amedeo G. Conte. Véase CONTE, 1977, 1985a y b, 1986, 1988; 1989; también AZZONI, 1988. Como observa Ferrer, la tipología de reglas constitutivas propuesta por Conte puede resumirse de la siguiente manera, según dos criterios: a. si la existencia de una regla es una condición de aquello que es su objeto, o si es que *establece* una condición para la producción de cierto resultado, y; 2. si dicha condición es necesaria, o suficiente, o necesaria y suficiente (FERRER, 2000: 152). De estos criterios resultan seis tipos de reglas constitutivas: 1. Reglas eidético-constitutivas: la existencia de la regla es una condición necesaria de aquello que es su objeto. 2. Reglas thético-constitutivas: la existencia de la regla es una condición suficiente de aquello que es su objeto. 3. Reglas noético-constitutivas: la existencia de la regla es una condición necesaria y suficiente de aquello que es su objeto. 4. Reglas anankastico-constitutivas: son aquellas que establecen una condición necesaria de aquello que es su objeto. 5. Reglas metathetico-constitutivas: establecen una condición suficiente de aquello que es su objeto. 6. Reglas nómico-constitutivas: establecen una condición necesaria y suficiente de aquello que es su objeto.

a. Tesis no reductivista conceptualista

Hay, como se señaló, autores que sostienen que las normas de competencia son reglas conceptuales o definiciones. Esta tesis, conocida como la “tesis conceptualista”, es sostenida por autores como Hart, Ross, y Alchourrón y Bulygin, para quienes las normas de competencia son reglas que constituyen y *definen* su objeto.

Si bien es cierto que Hart no señala explícitamente que las normas de competencia sean definiciones, así puede deducirse de muchas de sus afirmaciones a lo largo de *El concepto de Derecho*, en las que señala que éstas *definen* al derecho válido.³⁹³ Las normas de competencia son en el léxico del autor “normas que confieren potestades jurídicas” tanto públicas o privadas, y son analizadas como reglas secundarias³⁹⁴ de cambio y de adjudicación³⁹⁵.

³⁹³ Así, por ejemplo, cuando refiriéndose a la competencia de los tribunales para resolver conflictos, afirma: «Porque el objeto de las reglas que confieren esas potestades no es disuadir a los jueces de realizar actos impropios, sino *definir* las condiciones y límites bajo los cuales sus decisiones serán válidas» HART, 1961: 37 (la cursiva es mía). También esto puede extraerse de lo señalado por el autor en las páginas. 35,40,45, 51,52,119,120. En este mismo sentido véase ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1983: 463; BULYGIN, 1988: 490,491; FERRER, 2000: 83-85.

³⁹⁴ Hart concibe al derecho como la unión compleja entre normas primarias y normas secundarias. Las normas primarias son, según el autor, aquellas que imponen obligaciones. Las normas secundarias, en cambio, son aquellas normas que versan sobre otras normas del sistema, las cuales vendrían a solucionar los problemas derivados del modelo del derecho como órdenes coercitivas. Estas últimas son de tres tipos: la regla de reconocimiento, que permitiría identificar a las normas válidas de un sistema jurídico; las reglas de cambio, que autorizan a introducir nuevas reglas y también a derogar las existentes; y las reglas de adjudicación, que autorizan a ciertos sujetos a determinar si es que se ha transgredido una regla primaria, y establecer el procedimiento para llegar a esta decisión. HART, 1961: 99 y ss.

³⁹⁵ En este sentido, FERRER, 2000: 82 y ss. Otros autores habían planteado que la noción de regla secundaria es equivalente a la de normas de competencia, y la de reglas primarias a la de normas de conducta (así, por ejemplo, ROSS 1962: 468; RAZ :1970:199). Esto último ha sido criticado por autores como ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1979: 57, RUIZ MANERO, 1990: 118 y ss.; FERRER, 2000: 79-82, entre otros. A grandes rasgos, estos últimos autores subrayan, con razón, que la regla de reconocimiento no es una norma de competencia, sin embargo, el propio Hart no es claro al respecto. Por una parte, al referirse a las “normas que confieren potestades”, Hart alude expresamente a las reglas de cambio y de adjudicación (HART, 1961: 36,37,39,40,42,99). También señala expresamente que la regla de reconocimiento no confiere potestad alguna, sino que suministra los criterios de identificación de las normas válidas de un sistema jurídico (HART, 1961: 118), aunque ella misma no se encuentra subordinada a las condiciones de validez expresados por otras reglas (HART, 1961: 133). Hart le dedica especial atención a la regla de reconocimiento (Ibíd.: 125 y ss.) señalando que no es igual a ninguna otra regla del sistema (Ibíd.:137). Esto se manifiesta en que la disconformidad con las normas de competencia acarrea la nulidad (Ibíd. 35, 36), en cambio, la falta de seguimiento de la regla de reconocimiento produce la imposibilidad de identificar a las normas

Por su parte, Ross en *Lógica de las normas*³⁹⁶ señala que las normas de competencia son reglas constitutivas que, como las reglas del ajedrez, *definen* ciertos tipos de conductas que son dependientes de esas reglas³⁹⁷. Enfatiza la diferencia entre las reglas constitutivas y los mandatos, pues según el autor, las primeras no pueden ser, propiamente hablando, violadas. La falta de seguimiento de las reglas constitutivas produce que no se constituya el acto al que se refieren³⁹⁸.

Alchourrón y Bulygin, una vez que abandonan la tesis permisivista³⁹⁹, proponen, en la línea de Hart y de Ross, que las normas de competencia son reglas constitutivas o definiciones, incluyendo así también a ambas en la misma categoría⁴⁰⁰. Asimismo, destacan permanente la diferencia que ya había sido planteada por Hart entre nulidad y sanción, para subrayar que las reglas constitutivas son inseparables de la noción de nulidad⁴⁰¹. Tal como ya puede advertirse, otra de las cuestiones relevantes es que para

pertenecientes al sistema. *Ibíd.*: 135. No obstante, en otras partes del texto Hart define a todas las reglas secundarias, entre las cuales sitúa a la regla de reconocimiento, como normas que confieren potestades (*Ibíd.*: 101). Una revisión crítica de la definición de reglas secundaria de Hart puede encontrarse, a modo de ejemplo, en: BOBBIO, 1968: 43; 1975: 235; ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1979: 57; FERRER, 2000: 79-82. Respecto al *status* de la regla de reconocimiento hay, en específico, un arduo debate. Algunos autores insisten en que es una regla que impone deberes (así, por ejemplo, RUIZ MANERO, 1990, 1991; SHAPIRO, 2009, 2011, ALEXANDER Y SCHAUER, 2009). Sin embargo, una de las reconstrucciones que considero más plausibles es la de Bulygin, esto es, concebir a la regla de reconocimiento como una regla conceptual cuyo alcance es establecer los criterios de identificación de las normas válidas. BULYGIN 1976, 1991a y b. Ver la nota al pie de página nº 41 de la primera parte.

³⁹⁶ Ross, 1968: 54 y ss.

³⁹⁷ *Ibíd.*: 54

³⁹⁸ *Ibíd.*:56. Según plantea Bulygin, pueden distinguirse dos momentos en la teoría de Ross: un primer momento en el cual sostiene que las normas de competencia son normas de conducta que establecen obligaciones indirectas (principalmente en *Sobre el derecho y la justicia*. Ross, 1958); y un segundo momento en que las concibe como reglas constitutivas (así en *Lógica de las normas*. Ross, 1968). BULYGIN, 1988:486,487,491,492. Ferrer tiene una interpretación distinta a la de Bulygin sobre la concepción de Ross. Sostiene que no hay una evolución, según la cual, Ross pasa de una concepción imperativista a una no reduccionista, sino que en todas sus obras destaca ambos elementos. Ferrer cree que estos elementos pueden ser compatibles, siempre que se interprete la concepción de Ross del siguiente modo: las normas de competencia son reglas constitutivas que tienen la función de identificar a las reglas de conducta que establecen obligaciones. FERRER, 2000: 86-97.

³⁹⁹ ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1983 Y BULYGIN, 1988.

⁴⁰⁰ Bulygin, quien luego desarrolla con mayor detalle la propuesta de los autores, en esta línea afirma: «Pienso que la distinción entre reglas conceptuales y normas de conducta o- lo que equivale a lo mismo- entre reglas constitutivas y reglas regulativas suministra una interesante herramienta conceptual para explicar el concepto de poder jurídico». BULYGIN, 1988: 493.

⁴⁰¹ ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1983: 461-463. BULYGIN, 1988: 495, 496.

todos los autores conceptualistas lo definido por las normas de competencia es tanto la autoridad competente como, en general, las normas válidas de un sistema jurídico⁴⁰². De este modo, incluyen en el concepto de normas de competencia a todas las condiciones necesarias y suficientes para la validez de una norma. Bulygin en *Sobre las normas de competencia* afirma:

«Si una definición fija las condiciones que una norma, un acto o un documento tienen que satisfacer para ser considerados válidos, entonces la ausencia de algunas de tales condiciones dará lugar a la nulidad de esa norma, ese acto, o ese documento»⁴⁰³.

Y más adelante señala:

«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»⁴⁰⁴.

La propuesta de Hernández Marín⁴⁰⁵ sobre las normas de competencia también se sitúa en esta línea, quien concibe a las normas de competencia como “disposiciones cualificadoras” que califican al derecho válido. Incluye así también todas las condiciones de validez en la noción de normas de competencia. En sus palabras:

⁴⁰² En *El concepto de derecho* Hart señala en repetidas ocasiones que las normas que confieren poderes definen el derecho válido. HART, 1961: 39-44, 51. También Ross en *Sobre el derecho y la justicia* concibe a las normas de competencia como reglas conceptuales definitorias de las normas válidas. ROSS, 1958: 54, 56.

⁴⁰³ BULYGIN, 1988: 496.

⁴⁰⁴ *Ibíd.*: 497. Recuérdese también que, como se señaló en la primera parte del trabajo, Bulygin define a las normas válidas como aquellas que han sido dictadas por la autoridad competente. BULYGIN, 1966: 364. Esta observación puede encontrarse también en FERRER, 2000: 97 y ss. Ferrer plantea que esto puede deducirse de ciertas afirmaciones que hace Bulygin en su texto *Sobre las normas de competencia*, en especial cuando señala: «Las normas de competencia, como las reglas de un juego, no exigen determinadas conductas; no imponen obligaciones o prohibiciones, si no que definen las formas en que se hacen los contratos, los testamentos o los matrimonios para que estos sean jurídicamente válidos [...]». Y unas líneas adelante: «Lo que tienen en común las reglas del juego y las normas de competencia es que ellas definen ciertos tipos de conducta» BULYGIN, 1988: 490. Luego afirma: «Son las reglas de competencia las que definen qué ha de entenderse por un contrato, un testamento o una promesa y hacen posible llevar a cabo actividades tales como contratar, testar o prometer» *Ibíd.* 497. Citado por FERRER, 2000: 98. De acuerdo propone Ferrer, si bien es cierto que Bulygin no señala de manera explícita que las normas de competencia *definen* la validez de una norma jurídica, ello se concluye, porque si las normas de competencia *definen* a una ley o un contrato, es claro que está aludiendo a una ley o contrato válido. *Ibíd.*: 99 nota 175.

⁴⁰⁵ Véase HERNÁNDEZ MARÍN, 1984, 1996, 1998.

«una norma o disposición jurídica de competencia es una disposición jurídica que califica como jurídicas o pertenecientes al derecho todas las oraciones que tengan una determinada propiedad: que procedan del órgano O, con arreglo al procedimiento P y sobre la materia M. Por lo tanto, lo que una norma de competencia califica son oraciones o disposiciones; y la calificación otorgada por una norma jurídica de competencia a las disposiciones a las que se refiere es la de ser válida o jurídica o pertenecer al derecho»⁴⁰⁶.

Las tesis conceptualistas han recibido críticas desde dos ejes: una de ellas es la relativa a la asimilación entre reglas constitutivas y definiciones. Otra objeción tiene ver con lo señalado en el párrafo anterior, es decir, con que se incluya en el concepto de normas de competencia a todas las condiciones de la validez de una norma. Respecto a lo primero, autores como Aguiló⁴⁰⁷ y Atienza y Ruiz Manero⁴⁰⁸ plantean que las definiciones y las reglas constitutivas son categorías distintas y que las normas de competencia se enmarcan dentro de las segundas. Pues estos autores rechazan tanto a las tesis reductivistas, como a las tesis conceptualistas que concibe a las normas de competencia como definiciones.

Ferrer comparte la anterior crítica y añade otra relativa a lo que se incluye en el concepto de normas de competencia. De acuerdo con este autor, si se incorpora en el concepto de normas de competencia a todos los requisitos para la validez de una norma, entonces éstas se superpondrían con los criterios de identificación (en los términos de Alchourrón y Bulygin, o la regla de reconocimiento, en los términos de Hart⁴⁰⁹). Plantea que, a efectos de identificar a las normas válidas de un sistema jurídico, se requiere acudir a las normas

⁴⁰⁶ HERNÁNDEZ MARÍN, 1984: 40. Cabe advertir que este autor utiliza las expresiones “validez”, “jurídico” y “pertenencia al derecho” como sinónimos.

⁴⁰⁷ Este autor considera que, si bien es cierto que es correcto el vínculo que Alchourrón y Bulygin hacen entre las normas de competencia y la nulidad (en tanto la falta de seguimiento de las primeras acarrea la segunda), no es correcto pensar que las normas de competencia son definiciones. Las definiciones, según propone Aguiló, no tienen que ver con la nulidad, sino con la pertenencia a determinada a clase, razón por cual no cabe insertar a las normas de competencia en la categoría de definiciones. AGUILÓ, 1990: 279. Una respuesta a esta crítica puede verse en FERRER, 2000: 101, 102.

⁴⁰⁸ ATIENZA Y RUIZ MANERO 1994: 57 y ss. Estos autores proponen distinguir entre: a. normas regulativas (dentro de las cuales hay principios y normas); b. normas que confieren poderes, y c. definiciones. La concepción de las normas de competencia de Atienza y Ruiz Manero será abordada en las próximas páginas.

⁴⁰⁹ Bulygin advierte que la regla de reconocimiento de Hart puede ser entendida del mismo modo que, lo que sus términos son los criterios de identificación, si se entiende que ésta cumple la misma función, es decir, identificar a las reglas válidas de un sistema jurídico. No obstante que a la regla de reconocimiento puedan atribuirse otras funciones. Al respecto véase BULYGIN, 1976: 35.

de competencia, pero no basta con ello. Ferrer propone un concepto de normas de competencia que no se superponga con los criterios de identificación, en tanto circunscribe el concepto de competencia exclusivamente a los sujetos u órganos a los que se atribuye poderes normativos, una de las condiciones necesarias para la validez, pero no la única⁴¹⁰.

En mi opinión, Ferrer acierta al señalar que es excesivo incluir en el concepto de normas de competencia a todos los requisitos para la validez normativa, y proponer un concepto más restringido de competencia que, a su vez, aluda a una noción más básica de sujeto u órganos a los que el sistema jurídico atribuye poderes normativos. Sin embargo, creo necesario añadir dos matices: Por una parte, creo que el principal problema de incluir todas las condiciones de validez en las normas de competencia no es que se superpongan a los criterios de identificación o a la regla de reconocimiento. Los criterios de identificación de las normas de un sistema jurídico son, como advierte Bulygin, reglas conceptuales. Estos son construcciones teóricas destinadas a indicar cómo identificar o reconstruir ciertas normas de un sistema jurídico, pero los criterios de identificación no son lo mismo que normas a las que hace referencia. Como ha advertido Bobbio, la regla de reconocimiento, concebida como norma jurídica es superflua porque no diría otra cosa que las normas sobre producción⁴¹¹. Por ello es un error que Hart haya incluido a la regla de reconocimiento en la misma categoría que las reglas de cambio y de adjudicación, pues la regla de reconocimiento no es una norma jurídica⁴¹². Ahora bien, concebida como regla conceptual en los términos de Bulygin, la regla de reconocimiento podría funcionar como una construcción teórica que podría indicar: “para identificar a las normas válidas de un sistema jurídico hay que corroborar que éstas se adecúan a otras normas del sistema que establecen condiciones o requisitos para la creación normativa”. En este mismo sentido creo que las normas de competencia, tal como indican Alchourrón y Bulygin, no se

⁴¹⁰ FERRER, 2000: 102-104.

⁴¹¹ BOBBIO, 1975: 241. En un sentido similar ORUNESU y RODRÍGUEZ, 2013: 158-159.

⁴¹² Al respecto véase *supra* la nota al pie de página nº 395.

superponen a los criterios de identificación⁴¹³, pues estos últimos, a diferencia de las normas de competencia, no son una norma jurídica, sino una regla conceptual que indica que para identificar al derecho válido hay que acudir a ciertas normas del sistema jurídico. Ahora bien, por otra parte, como Ferrer creo que las normas de competencia no son las únicas normas a la que hay que acudir para determinar la validez de otras normas, pues me adhiero a una noción más básica de órgano competente, en tanto sujetos a los que atribuye poderes normativos. Sin embargo, creo que a efectos de identificar a un órgano competente actuando en su rol- es decir, para diferenciar los actos realizados por un órgano competente como tal, de los actos realizados por los sujetos que componen dicho órgano actuando al margen de dicha competencia- se requiere acudir a ciertas reglas procedimentales⁴¹⁴.

b. Tesis no reductivista no conceptualista

Los autores que proponen una tesis no reductivistas, pero que son críticos de la tesis conceptualista, conciben las normas de competencia- no como definiciones- sino como un tipo especial de regla constitutiva. En general, utilizan también como punto de partida la estructura condicional de regla constitutiva señalada por Searle, pero con algunas modificaciones.

Así, por ejemplo, Atienza y Ruiz Manero en *Las piezas del Derecho* plantean que las normas de competencia, o en su léxico, las “normas que confieren poderes”, son un tipo especial de regla constitutiva, caracterizada por un elemento: la realización de cierta(s) acción(es) por parte de determinados sujetos⁴¹⁵. Estos autores plantean que en los sistemas jurídicos complejos las normas constitutivas pueden ser de dos clases: *normas puramente constitutivas* o *normas que confieren poderes normativos*. Las primeras son, según los mismos, aquellas que establecen que “*si se da un estado de cosas X, entonces se*

⁴¹³ ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1971: 120.

⁴¹⁴ Al respecto me referí en la primera parte del trabajo, específicamente, en el aparatado sobre la existencia de las normas. Volveré sobre lo mismo algunas páginas más adelante.

⁴¹⁵ ATIENZA Y RUIZ MANERO, 1996: 45 y ss. También se refieren a ello en ATIENZA Y RUIZ MANERO, 1994; 2003.

produce un resultado institucional R”. Alcanzar mayoría de edad o adquirir la condición de heredero son ejemplos de este tipo de normas. Las *normas que confieren poderes normativos* son aquellas normas constitutivas que contienen un elemento adicional: la realización de una acción o de una serie de acciones (procedimiento) por parte de determinados sujetos. Proponen así la siguiente fórmula para las normas de competencia:

«si se da el estado de cosas X y un(os) sujeto(s) Z realizan una acción o una serie de acciones Y, entonces se produce el resultado institucional R»⁴¹⁶.

Utilizando la terminología de Conte, Atienza y Ruiz Manero sostienen que las normas que confieren poderes son reglas anankástico-constitutivas⁴¹⁷, dado que la ocurrencia de ciertos hechos, junto a la realización de ciertas acciones son una condición necesaria, o una condición necesaria y suficiente, o una condición suficiente para la producción de ciertos resultados institucionales, en este caso, el de producir una norma válida. Bajo esta concepción, las normas de competencia funcionan como reglas anankástico constitutivas, a partir de las cuales se pueden formular reglas técnico-institucionales que regulen su ejercicio. Plantean que esta explicación de las normas constitutivas permite dar cuenta de las normas irregulares, en tanto se distingue entre las normas que confieren poderes y las normas que regulan el ejercicio de esa competencia. Pues puede ocurrir que el legislador, la administración o los jueces aprueben una ley, un reglamento o una sentencia irregular, en tanto no son permitidas por normas deónticas que regulan la competencia⁴¹⁸.

En efecto, una de las críticas que Atienza y Ruiz Manero formulan a las otras teorías acerca de las normas de competencia es que no permiten dar cuenta de las normas irregulares. Según señalan, si se sostiene que las leyes inconstitucionales no son normas permitidas, entonces no podría explicarse que éstas existan y que los tribunales las reconozcan y apliquen mientras no sean expulsadas del sistema jurídico⁴¹⁹. Por el contrario, según

⁴¹⁶ ATIENZA Y RUIZ MANERO, 1994: 69; 1996: 64-65; 2003: 13. Esta misma idea puede verse en RUIZ MANERO, 2007: 105.

⁴¹⁷ Véase lo señalado en la nota al pie de página nº 392.

⁴¹⁸ ATIENZA Y RUIZ MANERO, 1996: 61.

⁴¹⁹ *Ibíd.*:47.

sostienen, si se afirma que son actos permitidos, entonces se llegaría a una tesis como la cláusula alternativa tácita de Kelsen, lo cual implicaría una imagen distorsionada de los sistemas jurídicos y conllevaría que las normas tuvieran un contenido tautológico⁴²⁰. Atienza y Ruiz Manero creen que su propuesta supera este inconveniente, sin embargo, esta observación ha sido objeto de una importante crítica: la existencia de normas irregulares y su aplicación por parte de tribunales, se explica por una cuestión de hecho y no por el carácter de las normas de competencia⁴²¹. A lo que puede agregar: de cómo están estructurados los sistemas jurídicos en relación a los mecanismos de control de constitucionalidad o de regularidad de las normas jurídicas.

Ahora bien, hay un sentido en el que Atienza y Ruiz Manero dan con un importante punto. En mi opinión, si bien es cierto que una definición de normas de competencia no explica el hecho que haya normas irregulares, ésta si puede proporcionar el espacio conceptual para dar cuenta de la diferencia entre una norma irregular que tiene existencia jurídica, de modo que puede producir efectos jurídicos, de una norma que no la tiene. Es decir, entre una norma formulada por un órgano competente, pero que puede resultar irregular por la falta de seguimiento de alguna(s) de las otras reglas que condiciona(n) la validez normativa, y una norma que no ha sido siquiera formulada por un órgano competente. Así, por ejemplo, una norma formulada por los sujetos presentes en un seminario de teoría del derecho, no producirá consecuencias jurídicas, al menos, de modo directo⁴²².

Por otra parte, se han advertido otros problemas relativos a la propuesta de Atienza y Ruiz Manero acerca de las normas de competencia: si la realización de ciertos hechos y determinadas acciones puede ser una condición necesaria, o bien una condición necesaria y suficiente, o también sólo condición suficiente, ello implica que dichos resultados institucionales pueden producirse también sin la necesidad de tales hechos

⁴²⁰ *Ibíd.*: 51-52.

⁴²¹ Tal como lo observa CARACCILO, 1995: 217 y FERRER, 2000:67, 116-120. Moreso señala que las normas irregulares se pueden explicar, no por el concepto de normas de competencia, sino mediante el concepto de aplicabilidad MORESO, 2001: 170.

⁴²² Sobre esto me referí también en el apartado sobre la existencia jurídica de las normas de la primera parte del trabajo.

institucionales, en tanto condición suficiente pero no necesaria⁴²³. Hay que tener en cuenta que Atienza y Ruiz Manero afirman en *Las Piezas De Derecho* que el hecho de que una norma produzca efectos, sea ésta regular o irregular, es «una condición necesaria y suficiente para atribuir competencia al órgano que la ha dictado»⁴²⁴. Si esto es así, como expone Ferrer en sus críticas a esta concepción, las condiciones establecidas en las normas de competencia no serían ni condición necesaria ni suficiente para que se produzca el resultado previsto por las normas. No son una condición necesaria en tanto éstos pueden producirse igualmente si una norma, aun cuando sea irregular, produce en los hechos efectos jurídicos. Tampoco serían una condición suficiente, puesto que las normas, aun regulares, pueden ser dejadas sin efectos jurídicos, por ejemplo, cuando son invalidadas por el tribunal respectivo. Ferrer señala que si las normas de competencia no establecen condiciones necesarias ni suficientes para que se produzca el resultado institucional por ellas previstos, esto implica que no pueden obtenerse reglas técnicas que se formulen a partir de las normas de competencia. De esta manera, concluye que es incorrecto interpretarlas como reglas anankástico-constitutivas.⁴²⁵

Teniendo en cuenta estas críticas, Ferrer formula su propuesta sobre las normas de competencia⁴²⁶. Según Ferrer, las normas de competencia son un tipo específico de regla constitutiva. Plantea que las reglas constitutivas no se agotan en las normas de competencia, pues lo que caracteriza a estas últimas de otras reglas constitutivas es, según propone, el objeto constituido: la “propiedad de ser competente”. Esto último es entendido por el autor como la capacidad para crear determinado tipo de actos jurídicos, ya sea en el ámbito público o en el ámbito privado. En sus palabras, la definición de normas de competencia es la siguiente:

⁴²³ MENDONCA, MORESO Y NAVARRO, 1995: 230; FERRER, 2000: 113-114.

⁴²⁴ ATIENZA Y RUIZ MANERO, 1996: 80.

⁴²⁵ FERRER 2000: 120.

⁴²⁶ Ferrer plantea más objeciones a la propuesta de Atienza y Ruiz Manero que la que he mencionado, que es la que se relaciona de modo más directo con el tema de este análisis. Las demás críticas no las reproduzco y me remito al texto de Ferrer citado. Véase *Ibíd.*: 116-120.

«[Las normas de competencia son aquellas] reglas que atribuyen a un determinado sujeto *s* la propiedad de «ser competente» para realizar un determinado acto jurídico *a* sobre una materia *m*»⁴²⁷

La competencia, expone Ferrer, amplía las posibilidades de actuación de los sujetos, haciendo que éstos alcancen resultados institucionales que sin ella no podrían conseguir. Por ello propone analizar la “propiedad de ser competente” como una “propiedad disposicional institucional”, que consiste en la capacidad de ciertos sujetos de reaccionar de determinada manera, en este caso, de introducir normas en un sistema jurídico cuando se dan las circunstancias adecuadas. El carácter institucional de la propiedad de “ser competente” se deriva de la existencia de determinadas reglas⁴²⁸.

Utilizando también la terminología de Conte, Ferrer propone que las normas de competencia son reglas noético-constitutivas, en tanto son una condición necesaria y suficiente para que se dé la propiedad de ser competente. En relación a esto último, Ferrer afirma que, si bien es cierto que la competencia es una característica definitoria de la validez de una norma, no es la única. O dicho de otra manera: la competencia es una condición necesaria para la validez, pero no una condición suficiente⁴²⁹. Esto se explica porque para este autor las normas de competencia no identifican todas las condiciones de validez, sino únicamente aquellas referidas a los sujetos u órganos que tienen la capacidad de producir actos jurídicos válidos. Por ello es que, de acuerdo con Ferrer, las normas de competencia son una condición necesaria y suficiente para que se dé la propiedad de ser competente y, a su vez, son una condición necesaria, pero no suficiente de la validez⁴³⁰.

⁴²⁷ *Ibíd.*: 127.

⁴²⁸ *Ibíd.*: 129-144. Las propiedades disposicionales se caracterizan porque sólo son observables si se dan determinadas circunstancias. El ejemplo que utiliza Ferrer para ello es un ejemplo típico de la filosofía sobre en este punto: la solubilidad del azúcar.

⁴²⁹ *Ibíd.*: 105-107, 137, 154, 165. En este mismo sentido, SPAAK, 1994: 70.

⁴³⁰ El autor plantea que la concepción de Alchourrón y Bulygin sobre las normas de competencia sería de tipo eidético constitutiva, en tanto éstas serían una condición necesaria pero no suficiente para que se dé la propiedad de ser competente. Para estos autores, como se señaló, se requiere además de todas las condiciones de validez. FERRER, 2000: 153.

En consecuencia, por un parte, Ferrer comparte con otros autores la tesis no reductivista y no conceptualista, en tanto concibe a las normas de competencia como un tipo especial de regla constitutiva. Pero Ferrer distingue entre las normas de competencia, las cuales atribuyen la capacidad de “ser competente” a determinados sujetos u órganos, y otras reglas que condicionan la validez regulando el modo en que la competencia debe ser ejercida⁴³¹. Estas últimas las denomina “reglas de actualización de la competencia” y define como aquellas reglas de las cuales depende la efectiva producción de actos jurídicos válidos, es decir, reglas que regulan las acciones que los sujetos u órganos competentes deben realizar para producir el resultado institucional acto jurídico válido⁴³². Entre las reglas de actualización de la competencia sitúa a algunas reglas procesales y a las normas de jerarquía superior que limitan el contenido de los actos institucionales que el sujeto u órgano competente puede realizar. En contra de los autores que plantean que las reglas procesales son definitorias del órgano competente (así, por ejemplo, Ross, Moreso, y Raz⁴³³). Ferrer sostiene que el hecho que las reglas procesales incidan de modo importante sobre la competencia, no significa que sean parte de la definición de competencia. A su vez, señala que no todas las reglas procesales son condiciones de actualización de la competencia así, por ejemplo, aquellas que establecen meras obligaciones que no inciden sobre la validez de una norma⁴³⁴.

De esta manera es que Ferrer concluye que hay tres tipos de reglas *acerca* de la competencia:

1. las normas de competencia, es decir, las reglas que atribuyen la capacidad de ser competente a determinados sujetos u órganos;

⁴³¹ Ferrer sigue en ello a Torben Spaak, quien plantea que un sujeto puede ser competente, pero ejercer su competencia en una situación inadecuada o de modo incorrecto, de manera que la competencia es condición necesaria, pero no una condición suficiente de la validez de una norma. SPAAK: 1994: 74-127, citado por FERRER, 2000:133.

⁴³² FERRER, 2000: 126-127, 154

⁴³³ Véase *supra* nota al pie de página 353.

⁴³⁴ FERRER, 2000: 139.

2. las reglas que establecen las condiciones de actualización de la competencia, en su mayoría, normas procesales;
3. las normas de conducta relativas al ejercicio de la competencia⁴³⁵.

En esta línea es que también plantea que la irregularidad de una norma no se define en términos de normas de competencia, pues la primera es más amplia que la falta de seguimiento de las segundas. La irregularidad, según manifiesta este autor, puede provenir de lo siguiente:

1. Incompetencia del sujeto que emite la norma
2. No haber seguido reglas de actualización de la competencia
3. Ser un acto prohibido por el derecho⁴³⁶.

Con la concepción de Ferrer finalizo la exposición acerca las diversas nociones sobre las normas de competencia, para desarrollar algunas ideas críticas que ya he ido mencionado, las cuales me conducen a sostener que no conviene definir las normas irregulares en relación con la noción de competencia.

1.2. ALGUNOS PROBLEMAS DE LA DEFINICIÓN DE LAS NORMAS IRREGULARES EN RELACIÓN CON LAS NORMAS DE COMPETENCIA

En todo el debate sobre las normas de competencia hay una serie de cuestiones problemáticas que no abordaré con mayor profundidad por exceder los objetivos de este trabajo. Sin embargo, hay aspectos que son relevantes a estos efectos, pues no pocos autores asumen que las normas irregulares son aquellas que no resultan conformes a las normas de competencia. Se señaló páginas atrás que, según una serie de autores, las normas de competencia incluyen a todas las condiciones de validez, entre ellos, Hart, Ross, Bulygin, Atienza y Ruiz Manero, Hernández Marín. Esto explica que asuman que la irregularidad de las normas consiste en que éstas sean formuladas por una autoridad

⁴³⁵ *Ibíd.*: 157.

⁴³⁶ Los primeros dos motivos de irregularidad producen la invalidez de la norma en cuestión, en cambio el último tiene como consecuencia, a lo más, una sanción. *Ibíd.*

incompetente. Sin embargo, me parece problemático que, por una parte, se señale que las normas de competencia tienen un carácter unitario, respecto del cual hay también una amplia divergencia, y además se incluyan en éstas a una serie de reglas de diverso tipo que pueden incidir en la creación normativa⁴³⁷. Así pues, pareciera que, si se quiere incluir en el concepto de normas de competencia a toda la serie de normas que condicionan la validez de una norma, habría que renunciar a atribuirles un carácter unitario, es decir, abandonar la tesis según la cual las normas de competencia son de un solo tipo, y en su lugar, afirmar que las normas de competencia son normas heterogéneas. O bien se les atribuye un carácter unitario, pero se restringe su objeto. Una propuesta del último tipo es, como se advirtió, la de Jordi Ferrer, quien critica a las concepciones que incluyen en el concepto de norma de competencia a todas las condiciones de validez. Ferrer no tiene el problema de las otras concepciones antes señalado, porque si bien es cierto que concibe las normas de competencia como un tipo específico de regla constitutiva, sólo incluye en el concepto de normas de competencia a las normas de un sistema jurídico que atribuyen a un sujeto u órgano poderes normativos.

En mi opinión, y sin perjuicio de que la tesis de Ferrer acerca de las normas de competencia es una herramienta conceptual contundente, hay una cuestión que a los efectos de este trabajo no puede omitirse. Pues por parte creo, como Ferrer, que es conceptualmente posible separar a las normas que atribuyen poderes normativos a determinados sujetos u órganos de las normas que regulan el ejercicio o limitan dicho poder. Acudiendo así a una noción más elemental de sujeto u órgano, es decir, como determinados individuos o un conjunto de éstos a los que se les atribuye la capacidad para

⁴³⁷ Bulygin tuvo en cuenta este problema, es decir, la existencia de diversos tipos de reglas que se vinculan a la producción normativa, así como la dificultad de discernir si se está en presencia de una norma de competencia o una norma de conducta. Frente a ello propuso un criterio: «cuando el “poder jurídico” subsiste a pesar de la prohibición de ejercerlo (como el caso del juez que firma una demanda) se trata de competencia; cuando la prohibición hace desaparecer el “poder jurídico” se trata de un permiso, una libertad o un privilegio otorgados por una norma de conducta y no por una regla conceptual». BULYGIN, 1988: 497. Sin embargo, esto también ha sido criticado, señalándose que, según este criterio, para determinar si una regla es constitutiva o es de conducta hay que atender a los efectos que ésta produce (si produce o no la nulidad). Sin embargo- según advierte Caracciolo y Ferrer, esto no es posible, en tanto que, para determinar los efectos, primero es necesario saber cuál es el carácter de esa regla. CARACCILO, 1995: 205. FERRER, 2000: 101.

la creación normativa. Sin embargo, como señalé ya en otra parte del trabajo⁴³⁸, y teniendo en consideración el funcionamiento actual de gran parte de los sistemas jurídicos, para identificar a esos sujetos actuando en su rol de órgano competente, hay que tener en cuenta, a lo menos, algunas reglas procedimentales. La línea de demarcación entre éstas dependerá de cuestiones de hecho y de cómo esté estructurado en concreto el sistema jurídico de referencia. Pues la pregunta acerca de cuántas y qué reglas procesales son necesarias para identificar a un órgano competente *actuando en su rol* es difícil de responder, no creo que se pueda ofrecer una fórmula teórica *a priori*, mediante la cual, esto se pueda establecer con exactitud. En definitiva, creo que para determinar qué reglas procesales y cuántas de éstas se requieren a efectos de identificar al órgano competente actuando como tal, hay que acudir y centrar la atención en un sistema jurídico determinado. Depende de cuestiones contingentes y de una serie de hechos sociales complejos que indican lo que se requiere en un determinado contexto para que los órganos aplicadores, y la ciudadanía en general, reconozcan un acto como proveniente de una autoridad competente.

Esta concepción de la competencia resulta coherente con lo que se señaló en la primera parte del trabajo al abordarse la diferencia entre validez y existencia jurídica. Esta última requiere la formulación de la autoridad competente, la validez en cambio, el seguimiento a todas las condiciones o requisitos para la producción normativa. La importancia de esta distinción radica, precisamente, en que permite explicar el hecho de que pueden existir normas que, aun cuando no se adecúan a todos y cada uno de los requisitos de validez, produzcan efectos jurídicos al ser aplicadas, mientras no sean expulsadas del orden jurídico mediante la decisión del órgano al que el propio sistema atribuye dicha función. Es decir, para dar cuenta de las normas jurídicas irregulares, y diferenciarlas de las normas a las que no se les reconoce la capacidad de producir efectos jurídicos. Difícilmente los órganos aplicadores reconocerán como jurídica a una norma que no es formulada por el órgano competente, es decir, los sujetos a los que el sistema jurídico atribuye poderes

⁴³⁸ Véase el punto 2.3. de la primera parte.

normativos, siempre que actúen en su rol, para lo cual, deberán seguir al menos algunas reglas de procedimiento.

Ahora bien, bajo esta concepción de las normas de competencia, las normas irregulares no pueden ser definidas como aquellas que resultan contradictorias con las primeras. Tal como Ferrer observa, la irregularidad de una norma no sólo puede provenir de que no haya sido formulada por el sujeto u órgano competente, o de la falta de seguimiento de ciertas reglas procesales que permiten identificar a dicho órgano, sino que también de la disconformidad a cualquiera de las normas que condicionan la creación normativa, tales como las normas que establecen limitaciones a los contenidos de la legislación.

Las normas irregulares pueden definirse como relativas a una noción que, a mi entender, resulta mucho menos problemática que la de normas de competencia: las normas sobre producción jurídica, siempre que sean entendidas en un sentido amplio. En esta línea, Riccardo Guastini alude con dicha expresión a una serie de reglas de diverso tipo que inciden de alguna manera en la creación normativa⁴³⁹. Las normas sobre producción jurídica, bajo esta concepción, son aquellas que «confieren al acto bruto de “prescribir”- realizado por ciertos sujetos determinados conforme a ciertos, y no menos determinados, procedimientos- la etiqueta “institucional” de legislación»⁴⁴⁰.

Si bien es cierto que Guastini señala que las normas sobre producción jurídica pueden ser concebidas como normas de carácter constitutivo, lo hace en un sentido diverso al de Searle y de los autores que lo siguen al respecto. Para el profesor italiano, las normas sobre producción jurídica son constitutivas en el sentido que una definición de “legislación” requiere que se haga referencia a estas normas. De esta manera, una norma es constitutiva, cualquiera sea su contenido, siempre que deba ser mencionada en la

⁴³⁹ Guastini es reacio a aceptar la oposición entre reglas de conducta y reglas constitutiva. Sin embargo, acoge un concepto de regla constitutiva que no las convierte en categorías mutuamente excluyentes. También cree que la introducción del concepto de regla constitutiva no es una razón suficiente para rechazar la división entre reglas descriptivas y reglas prescriptivas. Al respecto, véase GUASTINI, 1985: cap. III.

⁴⁴⁰ GUASTINI, 1996: 307.

definición de la actividad regulada⁴⁴¹. Esta concepción de norma constitutiva de Guastini borra la oposición entre reglas regulativas y reglas constitutivas, pues una norma de conducta puede ser también una norma constitutiva, si es que ésta debe ser mencionada para definir a la actividad regulada⁴⁴².

Sin perjuicio de lo anterior, creo que el concepto de norma sobre producción jurídica puede ser utilizado sin entrar en estos debates: sea que se conciban como normas constitutivas en el sentido de Guastini, es decir, sin que se opongan a las de normas de conducta. O bien, se sostenga la oposición entre reglas constitutivas y reglas de conducta como conceptos mutuamente excluyentes, y se considere que el concepto de normas sobre producción jurídica incluye a una serie de normas de diverso tipo, algunas de carácter constitutivo y otras de carácter regulativo. Si se asume esta segunda interpretación del carácter constitutivo, las normas sobre producción jurídica son un conjunto de normas de carácter heterogéneo.

Creo que lo relevante del concepto de normas sobre producción jurídica es que el criterio que utiliza Guastini para agrupar bajo este término a un conjunto de normas es que éstas incidan en la creación de la normativa, y no tanto en la “naturaleza” o carácter de mismas, pudiendo ser concebidas como normas heterogéneas. Pues si bien es cierto que Guastini distingue las normas que atribuyen competencia o poderes normativos a determinados sujetos de otras normas que disciplinan al ejercicio de esa competencia, las agrupa queriendo subrayar su incidencia sobre la producción normativa. Son normas sobre producción jurídica las siguientes⁴⁴³:

1. normas que confieren poderes normativos a determinados sujetos u órganos;

⁴⁴¹ *Ibidem*. Guastini entiende a una “definición” como el enunciado mediante el cual se determina el significado de un término o de una expresión compuesta. Al respecto véase GUASTINI, 2011a: 25-27

⁴⁴² Recuérdese que, según Searle tampoco son conceptos excluyentes, pues señala que las reglas constitutivas pueden también regular conductas. Pero Bulygin y otros autores critican lo anterior. Véase *supra* nota 373.

⁴⁴³ Véase GUASTINI, 1996: 309.

2. normas procedimentales que regulan los procedimientos de acuerdo con los cuales deben ejercerse los poderes normativos conferidos;
3. normas que circunscriben las materias que pueden ser reguladas con el poder conferido;
4. normas que reservan determinadas materias a determinadas fuentes, sin que éstas puedan delegar la materia en cuestión a otra fuente;
5. normas relativas al contenido de las regulaciones futuras, las cuales, de manera directa o indirecta, ordenan o prohíben al legislador dictar leyes que contengan ciertos contenidos como, por ejemplo, la prohibición de dictar leyes penales retroactivas y las disposiciones constitucionales que confieren derechos de libertad a los ciudadanos.

De esta manera, la irregularidad puede originarse en la contravención de cualquiera de las normas recién señaladas, es decir, ya sea porque:

1. emana de una autoridad incompetente, por tratarse de un órgano distinto al autorizado;
2. por haber sido creadas de acuerdo con un procedimiento distinto al regulado;
3. por regular una materia que se encuentra fuera del ámbito regulado;
4. por contravenir la reserva de ley;
5. por tener un contenido prohibido o contrario al ordenado.

Las “normas sobre producción jurídica” propuestas por Guastini son algo bastante similar a lo que, en los términos de Ferrer, son las “normas acerca de la competencia”⁴⁴⁴, en las cuales incluye tanto a normas de competencia propiamente tales (aquellas referidas exclusivamente al sujeto u órgano competente), como aquellas que denomina “reglas de actualización de la competencia”, y también, las reglas de conducta que regulan el

⁴⁴⁴ Ahora bien, hay que precisar que las normas sobre producción jurídica propuestas por Guastini aluden al ámbito público, es decir, a la legislación. Ferrer formula su teoría de las normas de competencia tanto para actos público como para actos privados. Obviamente en este trabajo aludo al ámbito público, de modo que esta diferencia no resulta relevante.

ejercicio de dicha competencia. En consecuencia, esta propuesta de Ferrer puede también ser utilizada para definir a las normas irregulares como aquellas que son interpretadas como disconformes a las “normas *acerca* de la competencia”. Sin embargo, para ello es necesario aclarar que este término no es para Ferrer el mismo que el de “normas *de* competencia”, por las razones señaladas en las páginas precedentes. Como así que tras el concepto de “competencia” hay un extenso debate y una serie de cuestiones problemáticas también previamente esbozadas.

Cabe aclarar que lo que planteo en este punto no es meramente una cuestión terminológica. Distinguir el requisito de la formulación del órgano competente de otras condiciones de la validez, permite distinguir entre: a. normas irregulares *jurídicas*, es decir, normas que no se adecuan a alguna(s) de la(s) norma(s) sobre la producción normativa, pero que pueden igualmente en los hechos producir efectos jurídicos, y; b. normas irregulares que no tienen dicha capacidad, en tanto ni siquiera han adquirido existencia jurídica.

El concepto de normas sobre la producción jurídica, por una parte, permite agrupar a todas las normas que condicionan la validez (cuya contravención produce irregularidad) y, a su vez, no borra la diferencia de ésta con la existencia jurídica en tanto formulación del órgano competente. De esta manera, se da espacio conceptual para dar cuenta de las normas irregulares que pueden producir consecuencias jurídicas, mientras no sean expulsadas del orden jurídico. Me remito aquí a lo ya señalado respecto a la existencia jurídica algunos párrafos atrás, y también al referirme a la distinción entre ésta y la validez en el primer capítulo.

Las normas sobre producción jurídica pueden dividirse en dos subconjuntos: a. aquellas que tienen una jerarquía estructural o formal sobre las normas a cuya producción se refieren. Éstas incluyen a las normas atribuyen poderes normativos a determinado sujetos u órgano, y a las reglas que regulan el ejercicio de esa competencia mediante reglas procedimentales; b. las normas sobre producción jurídica que tienen una jerarquía material o sustancial que regulan las materias o los contenidos de las normas producidas.

Esta distinción, además de un interés conceptual, puede tener importancia por la envergadura de los efectos de la decisión del órgano competente para controlar la regularidad de las normas jurídicas. El caso que dicho órgano decida anular una norma por razones formales, esta declaración eliminará todo el texto que la contiene y, también, las normas que se extraen de éste. Cuando se decide que una norma es inválida por razones materiales o sustanciales pueden darse distintas situaciones: la invalidez puede afectar a todo el texto, como a las normas que puedan extraerse de éste; también puede ocurrir se decida anular sólo una parte del texto o una parte de una disposición, conservándose el resto; incluso puede que se decida mantener el texto o la disposición en cuestión, y que sólo se decida anular o prohibir la aplicación de ciertas interpretaciones del texto que conduzcan a determinada norma, sin que resulte afectada el texto o disposición. Todas esas cuestiones serán abordadas en los próximos puntos.

2. IRREGULARIDAD COMO RESULTADO DE UNA DECISIÓN INTERPRETATIVA

En el punto anterior he defendido a la idea, según la cual, conviene definir a las normas irregulares en relación, no a las normas de competencia, sino en relación a un concepto como el de “normas sobre producción jurídica”, siempre que éstas sean entendidas en un sentido amplio. Esto es, como un conjunto heterogéneo de normas que inciden en la creación de otras normas del sistema jurídico, tanto las referidas al órgano competente, a las reglas de procedimiento, y a la serie de normas que delimitan las materias y contenidos a regular.

Ahora bien, ¿cómo se determina la irregularidad o disconformidad con las normas sobre producción jurídica? Para responder a esta pregunta puede ser útil explicitar qué se entiende por norma, advirtiendo desde ya que hago alusión a normas expresas (salvo explícita indicación), como así que no abordo a las normas de fuente consuetudinaria. Haciendo uso de la ya asentada distinción de la literatura jurídica entre normas, por un lado, y formulaciones normativas, textos o disposiciones, por el otro, se entiende por normas a los contenidos significativos de las últimas⁴⁴⁵. Las disposiciones son los enunciados normativos contenidos en una fuente del derecho, que una vez que son objeto de una operación de interpretación, traen como resultado o “expresan” una norma⁴⁴⁶. Aclarado lo anterior y con la finalidad de explicar cómo se determina la

⁴⁴⁵ Como se indicó, me refiero a las normas expresas, pues las normas implícitas están privadas de disposiciones en tanto significado preciso o literal. Estas últimas son extraídas ya sea de un razonamiento lógico deductivo (lo que en los términos de Alchourrón y Bulygin son las consecuencias lógicas de una norma), o construidas por los intérpretes sin utilizar un razonamiento lógico deductivo. Por otra parte, debo recordar que, a lo largo de todo este trabajo hago referencia a normas legisladas y no normas consuetudinarias. Las normas consuetudinarias pueden ser concebidas como el contenido significativo de un comportamiento social. Sobre la distinción entre interpretación textos vs. interpretación de hechos puede verse GUASTINI, 2011: 9-11.

⁴⁴⁶ Sobre ello puede verse, ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1971:37; BULYGIN, 1983b: 442-444; GUASTINI, 1989; 1992: 15 y ss.; 1996: 92 y ss.; 2011a: 63 y ss.; HERNÁNDEZ MARÍN, 1999. Cabe tener en consideración que una norma puede extraerse mediante la interpretación de una disposición o de más de una de éstas. También de una sola disposición pueden extraerse varias normas. A su vez, una norma puede construirse sin que exista una disposición previa (ver la nota anterior, y lo señalado *más adelante* en la nota 467). Sin perjuicio de lo señalado, hay que constatar que uso del término “norma” en la literatura jurídica es variado. Muchas veces con “norma” se hace referencia a textos o disposiciones. Por otra parte, debe advertirse que existe una controversia respecto de si es que hay significados sin necesidad de una operación de interpretación. Sin

irregularidad de una norma, utilizaré algunos conceptos y distinciones de teoría de la interpretación jurídica⁴⁴⁷.

La interpretación se entiende, en este contexto, en un sentido amplio, esto es, como la actividad consistente en atribuir significados, independientemente de la dificultad que conlleve la misma⁴⁴⁸. Es decir, ya sea que se determine que un texto es claro o que tiene un contenido obvio, o ya sea que se decida que un texto es oscuro o cuyo contenido es dudoso. Así como también, cuando una vez interpretado un texto o disposición, se busca determinar si un caso concreto cae en el campo de aplicación de la norma que expresa y se interpreta que se está ante a un caso que ciertamente cae en el campo de la norma, denominados en la literatura jurídica “casos fáciles”. O bien, que se está ante un caso difícil en tanto resulta dificultoso establecer si cae o no dentro del campo de aplicación de la norma en cuestión⁴⁴⁹. Al respecto, hay una controversia teórica que versa sobre si es posible “reconocer” significados (normas, en este contexto) sin que sea necesaria la actividad interpretativa, o si, por el contrario, arribar a significados siempre supone la interpretación.

Según una primera postura, la actividad interpretativa como atribución de significados sólo es necesaria cuando hay dudas o controversias, es decir, cuando un texto es equívoco u oscuro, o cuando se duda acerca de si un caso cae en el campo de aplicación de una norma. Sin embargo, según se sostiene, cuando los textos son claros y no hay dudas sobre el campo de aplicación de una norma no se requiere de interpretación, pues esta actividad

embargo, como advierto también en la próxima página me acojo una noción amplia de interpretación, según la cual, ésta consiste en cualquier actividad de atribución de significado, independientemente de la dificultad que ello implique. Otra controversia relacionada con la anterior versa acerca de si es que los enunciados interpretativos son o no susceptibles de verdad/falsedad. Sobre estas controversias me referiré más adelante.

⁴⁴⁷ Haré especial referencia la teoría de la interpretación de Riccardo Guastini, dado que creo que resulta particularmente provechosa para el desarrollo de los argumentos que presento en esta parte del trabajo.

⁴⁴⁸ En ese sentido, GUASTINI, 2010c: 6. Cabe tener en cuenta, además, que el vocablo “interpretación” se utiliza en la teoría jurídica no sólo como una actividad, sino también como el producto o resultado de una actividad interpretativa. En este sentido, TARELLO, 1976; GUASTINI, 2011a: 13-15.

⁴⁴⁹ Sobre la distinción entre la interpretación en abstracto de textos o disposiciones y la interpretación en concreto, relativa a la determinación del campo de una aplicación de una norma me referiré unos párrafos adelante.

sería diversa a la que consiste en, simplemente, “comprender” o captar significados⁴⁵⁰. Otros autores sostienen, en cambio, que cualquier atribución de significado es una actividad de interpretación, independientemente de la dificultad, claridad, controversias, o dudas que existan en torno al texto⁴⁵¹. Esta segunda alternativa me parece la adecuada, puesto que determinar si es que se está en presencia de un texto claro o con un contenido “obvio”, o bien, que un texto es oscuro o controvertido, esa misma decisión forma parte de una actividad interpretativa. Esto supone, como se señaló, que la interpretación se entienda como cualquier actividad de atribución significado, ya sea una tarea que no implique la utilización de complejas técnicas interpretativas, por cuanto se estima que hay un significado que se desprende de la simple literalidad del texto, o sea que se estime que la tarea de atribución de significado es compleja y que requiere de una reflexión sobre la diversas técnicas interpretativas e intereses en conflicto. Por cierto que la decisión sobre la regularidad de una norma requiere de la interpretación, tanto del texto que contiene a la norma en cuestión, como también de los textos que contienen a las normas sobre producción jurídica con las que éstas se miden, para así llegar a establecer si las primeras se adecúan a las segundas.

En este punto puede resultar útil introducir una distinción: la *interpretación en abstracto* y la *interpretación en concreto*. La *interpretación en abstracto* es la actividad consistente en atribuir un contenido significativo a un texto o formulación normativa, sin referirse a un caso concreto. La *interpretación en concreto*, a su vez, consiste en subsumir un caso concreto en el campo de aplicación de una norma previamente identificada en abstracto, de modo que el problema que se intenta resolver es: ¿cuáles son los casos que caen en el campo de aplicación de la norma? Como algunos autores han advertido se trata de problemas diversos, aun cuando puedan resolverse al mismo tiempo⁴⁵²: una cuestión es la indeterminación de las normas que pertenecen al orden jurídico, y otro problema es la indeterminación de los casos que caen en el campo de aplicación de una norma. Lo último

⁴⁵⁰ Sobre esta concepción puede verse WRÓBLEWSKI, 1983; 1987; 1989; 1992. También MARMOR, 1992; COMANDUCCI, 1999.

⁴⁵¹ TARELLO, 1974: 349 y ss.; 1980: cap. I; GUASTINI, 1992: cap. I parte iii; 2011a: 399-405.

⁴⁵² Véase REDONDO, 1997.; GUASTINI, 2004; 2011a: 15-16; CHIASSONI, 2007: cap. II.

es lo que intenta resolver la interpretación en concreto, relacionada con la *textura abierta* o *vaguedad del lenguaje* (no sólo jurídico, sino del lenguaje en general)⁴⁵³, el cual produce incerteza acerca del campo de aplicación de una norma. Ahora bien, la interpretación en concreto presupone a la interpretación en abstracto, o éstas se dan modo simultaneo, pues junto a determinar si un caso concreto es de aquellos regulados por una norma, hay que previamente determinar lo que ésta dispone, de modo que se interpreta también en abstracto la formulación normativa que la contiene⁴⁵⁴.

Respecto a la *interpretación en abstracto*, que es la que mayor interés presenta a los efectos de este análisis, hay que señalar que, como explica Guastini⁴⁵⁵, el hecho de que un texto admita una pluralidad de significados, así como que esté sujeto a posibles controversias interpretativas, se explica por la equivocidad de los textos, la cual, a su vez, puede tener diversas explicaciones. Algunos de estos motivos tienen que ver con la propia formulación normativa como, por ejemplo, que esté expresada de modo ambiguo u oscuro, o que se utilicen términos complejos, así como que una disposición exprese más de una norma de forma disyuntiva o conjuntiva, o porque se mencionan o enumeran los casos en que es aplicable, pero no se sabe si éstos son taxativos o ejemplificativos⁴⁵⁶. Otras fuentes de la equivocidad de los textos no tienen ya que ver con propiedades de la formulación o del lenguaje, sino con el intérprete, pues una norma puede ser interpretada de distintas maneras porque los intérpretes son diversos. Los intérpretes de una formulación normativa pueden utilizar diferentes métodos interpretativos que arrojen diversos significados así, por ejemplo, un intérprete puede utilizar el argumento a contrario, y otro el argumento sistemático, o el argumento de la disociación, y dependiendo de qué método se utilice se expresa una norma u otra. O bien, los intérpretes pueden tener distintos intereses o ideologías, o basarse en construcciones

⁴⁵³ Citando a modo de ejemplo, puede consultarse al respecto: HART, 1961; CARRIÓ, 1965; MORESO, 1997; REDONDO, 1997; DICIOTTI, 1999a y b, 2003; BIX: 1999; ENDICOTT, 2000; MORESO, NAVARRO, REDONDO, 2002.

⁴⁵⁴ Algunas técnicas interpretativas de la interpretación en concreto, dirigidas a reducir la indeterminación del campo de aplicación de una norma son, a modo ejemplo, la analogía y la diferenciación. Sobre ello puede verse SCHAUER, 1991; CHIASSONI, 2007; GUASTINI, 2011a:54-56.

⁴⁵⁵ GUASTINI, 2011a: 39- 52. Antes también TARELLO, 1980: 105 y ss.

⁴⁵⁶ GUASTINI, 2011a: 39-51.

teóricas o dogmáticas en conflicto así, por ejemplo, interpretar una disposición a la luz del principio de libertad contractual de un lado, y la luz del principio “*in dubio pro operario*” del otro⁴⁵⁷.

Ahora bien, respecto al tema aquí analizado, cabe precisar que la irregularidad (y también la regularidad de una norma) es el resultado de una actividad de atribución de significado a cierta(s) disposición(es) que ha(n) sido interpretada(s) de un cierto modo, de la que se extrae la norma en cuestión. Mediante la decisión sobre la irregularidad se determina que esa norma resulta contraria a otra(s) disposiciones que han sido también interpretadas, es decir, en relación a otras normas, que son las que establecen los requisitos o condiciones para la creación normativa. Pues la irregularidad es una antinomia entre normas de diversa jerarquía, la norma en cuestión y las normas sobre producción jurídica, y detectar una antinomia presupone la interpretación⁴⁵⁸. Las normas sobre producción jurídica tienen una jerarquía estructural o formal respecto de las normas producidas en tanto las normas sobre producción establecen los requisitos o condiciones de su producción⁴⁵⁹. Además, cuando las normas sobre producción establecen limitaciones a los contenidos de las normas a producir, las primeras tienen una jerarquía material sobre las segundas, dado que se establece que las normas producidas no pueden tener un contenido incompatible con lo regulado por las normas sobre producción⁴⁶⁰. Así ocurre, por ejemplo, con las normas sobre producción de rango legal que regulan los contenidos de las normas reglamentarias, y también, en el caso de constituciones rígidas, con las normas constitucionales que tienen una jerarquía material respecto del resto de normas.

⁴⁵⁷ En este sentido TARELLO, 1974: 349 y ss.; GUASTINI, 2011a: 39-44

⁴⁵⁸ Si detectar una antinomia presupone la interpretación, éstas también pueden ser evitadas mediante ella así, por ejemplo, con la técnica interpretativa “adecuadora” o conforme. Sobre ello véase: CHIASSONI, 1990; 1999: 297 y ss.; PERELMAN, 1964: 398-403; GUASTINI, 2011a: 106 y ss.

⁴⁵⁹ La jerarquía estructural de las normas sobre producción es también una jerarquía lógica respecto de las normas producidas, en tanto las primeras versan metalingüísticamente sobre las normas cuya producción regulan. Sobre eso véase GUASTINI, 1996: 376-387; 2011a: 165-172.

⁴⁶⁰ Cabe advertir que, en estos casos, la solución de las antinomias es creadora de derecho, debido a que se establece una ordenación jerárquica según la cual una norma debe ceder en favor de otra, lo cual modifica al derecho de ese sistema. En este sentido BULYGIN, 2003:23; GUASTINI, 2011a: 110 y ss.

Por su parte, hay que tener en cuenta que hay distintos modos o mecanismos de solución de las antinomias, como son el método cronológico, el de la especialidad o el principio jerárquico. En relación al objeto de análisis, el principio jerárquico o de *lex superior* es el método que se utiliza en gran parte de los ordenamientos jurídicos, el cual puede que se encuentre expresamente establecido por una norma específica que ordena privilegiar a ciertas normas ante a otras, o que reciba aplicación general como construcción doctrinal. En los sistemas jurídicos de constituciones rígidas que cuentan con un control concentrado de constitucionalidad, cuando se trata de resolver sobre la conformidad de una norma con las normas sobre producción de jerarquía constitucional⁴⁶¹, esta decisión interpretativa se expresa en la sentencia de los tribunales constitucionales o de la corte suprema, (dependiendo a quien se atribuya la competencia de control), la cual tienen efecto *erga omnes*. Esto significa que la decisión obliga a todos los órganos del estado, los cuales, si se resuelve la irregularidad y la norma en cuestión es expulsada, quedan impedidos de utilizarla como fundamento de sus decisiones. En los sistemas jurídicos que cuentan con un control difuso de constitucionalidad, en cambio, la irregularidad respecto

⁴⁶¹ Hay algunos autores que creen la interpretación en materia de constitucional tiene rasgos específicos que la distinguen de la actividad interpretativa de otro tipo de fuentes del derecho, entre los cuales suelen señalar :1. los intérpretes de la constitución son distintos a los intérpretes de otro tipo de fuentes; 2.las constituciones plantean problemas interpretativos *sui generis*, aludiéndose con ello, generalmente, a la denominada “ponderación de principios constitucionales”; 3. Las técnicas interpretativas del texto constitucional son, según se señala, también especiales. Al respecto hay una vasta literatura, pero me limito a citar alguna a modo ejemplo: TUSHNET, 1992; GRIFFIN, 1996; PRIETO SANCHÍS, 1991; MORESO, 1997, 2000a; NAVARRO, BOUZAT, ESANDI (eds.), 1999; MENDONCA, 1999; LAPORTA (ed.), 2003; MENDONCA Y GUIBOURG, 2004, entre otros. Estas tesis han sido criticadas por Guastini, para quien, si se entiende la interpretación como la actividad de atribuir significados, la interpretación constitucional no es diversa a la de otros textos jurídicos, pues consiste en lo mismo. Lo que puede ser peculiar son algunas variables, pero no el carácter de la actividad de interpretar en sí. A grandes rasgos, Guastini plantea lo siguiente: 1. En relación a los agentes o intérpretes de la constitución, señala que éstos no son necesariamente diversos, pues depende del tipo de garantías de control que se encuentren establecida, teniendo en cuenta que incluso en los sistemas de control concentrado en un solo órgano específico, hay muchas ocasiones en que los jueces ordinarios también interpretan los textos constitucionales. 2. Sobre los problemas interpretativos específicos, según Guastini, más que problemas interpretativos propiamente tales (es decir, de atribución de significados) se trata de construcciones dogmáticas en pugna. 3. Por su parte, los métodos interpretativos son, por regla general, los mismos para la ley como para constitución, salvo la interpretación adecuadora o conforme a la constitución, que por razones obvias no es practicable a la constitución. Véase GUASTINI, 2001: 257 y ss.; 2010c: 77 y ss.; 2011a: 343 y ss. Sobre las distintas posiciones puede verse también GUASTINI, 2006c: 111 y ss.; CHIASSONI, 2007: 154-161.

a las normas constitucionales se resuelve mediante la sentencia de cualquier juez que conozca de un caso y, por regla general, tiene sólo efectos *inter partes*⁴⁶².

Creo oportuno introducir otra distinción propuesta por Kelsen, que ya fue mencionada en el segundo capítulo. Me refiero a la *interpretación de la ciencia jurídica o cognitiva* vs. la *interpretación judicial o decisoria*⁴⁶³, distinción que es retomada por Guastini⁴⁶⁴, quien le incorpora algunos matices. De acuerdo con este último autor, la *interpretación cognitiva* es aquella que consiste en identificar a partir de un texto normativo sus posibles significados, mediante diversas técnicas interpretativas. Es así una actividad u operación científica que se expresa en enunciados descriptivos acerca del significado de una disposición, del tipo: “la disposición D puede ser interpretada en el sentido S1, S2, S3..., dependiendo del método interpretativo utilizado”. Por su parte, la *interpretación decisoria* es aquella que consiste en escoger un significado para un texto normativo entre los diversos significados posibles identificados previamente por medio de la interpretación cognitiva. Es así un acto de voluntad en que se decide un significado para una(s) disposición(es). Respecto a esta última, Guastini introduce una subdistinción: la *interpretación decisoria estándar*, la cual consiste en elegir uno de los significados que cae dentro del “marco” de los significados identificados mediante la interpretación cognitiva⁴⁶⁵; y la *interpretación decisoria creativa*, que consiste en decidir un significado nuevo, fuera de ese marco. Más que una actividad de interpretación propiamente tal, esta

⁴⁶² Los diversos tipos de mecanismos de control y sobre cómo de ello depende que una norma irregular pueda producir efectos jurídicos serán aspectos desarrollados en el punto IV de esta parte del trabajo.

⁴⁶³ KELSEN, 1960a: 353-356.

⁴⁶⁴ GUASTINI, 2011a: 27-32; 2010c: 78, 79; 2004: 44-45, 70-81.

⁴⁶⁵ Esto es lo que Kelsen denomina la “metáfora del marco” (KELSEN, 1960a: cap. VIII); Al respecto véase también GUASTINI, 2011a: 59-61.

última es una actividad creadora de normas, una construcción jurídica⁴⁶⁶, mediante la cual los intérpretes no atribuyen significados, sino que construyen normas inexpresas⁴⁶⁷.

Esta distinción no es pacífica, pues ha sido criticada por quienes sostienen una diversa teoría de la interpretación⁴⁶⁸. Según una difundida clasificación de la literatura jurídica, hay tres grandes teorías de la interpretación en disputa⁴⁶⁹: la teoría *cognitivista* o *formalista*, la teoría *escéptica*, y una teoría *intermedia* o *ecléctica*⁴⁷⁰, cuyo debate versa, precisamente, acerca de qué tipo de actividad es la interpretativa, en particular, la judicial.

⁴⁶⁶ Guastini incluye en el concepto de “construcción jurídica” a una serie de operaciones de la doctrina y/o de la jurisprudencia, tales como: la creación de lagunas axiológicas, la elaboración de normas inexpresas o implícitas, la creación de jerarquías axiológicas entre normas, la ponderación de principios en conflicto, la solución de antinomias. Al respecto véase GUASTINI, 2011a: 32.

⁴⁶⁷ Según Guastini, “expresa” es una norma que puede ser imputada a un específico enunciado normativo como uno de sus significados. “Inexpresa” es una norma que no puede ser razonablemente uno de los significados de un enunciado normativo, es decir, no alude con ello a las normas implícitas entendidas como las consecuencias lógicas de una norma formulada, en los términos de Alchourrón y Bulygin (ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1976: 396). Según Guastini, hay tres tipos de normas implícitas: 1. las que son recabadas de una norma expresa a través de un razonamiento lógico deductivo (o sea, como lo plantean Alchourrón y Bulygin); 2. las que son recabadas de normas expresas mediante un razonamiento no deductivo, a través de técnicas interpretativas como la analogía o el argumento a contrario; 3. las que son extraídas de una conjunción de normas expresas o directamente de la sola asunción dogmática. GUASTINI, 2011a: 33.

⁴⁶⁸ Recientemente la propuesta de Guastini en materia de teoría de la interpretación ha sido criticada por RUIZ MANERO, 2012; LIFANTE, 2012; RAMÍREZ, 2012, 2015. Una crítica puntual a la distinción entre interpretación cognitiva e interpretación decisoria es aquella formulada por LIFANTE (2012) y RAMÍREZ (2015) quienes plantean que no es del todo claro qué es lo que Guastini entiende por interpretación cognitiva: si es que consiste en describir la atribución de significados efectivos y posibles efectuada por otros intérpretes, en cuyo caso no sería una genuina interpretación, o si es que consiste en identificar a los posibles significados de un texto que es previsible que sean considerados como relevantes. En mi opinión Guastini apunta a esto último: la interpretación cognitiva consiste en identificar los posibles significados de un texto, identificados a partir de la utilización de diversos métodos o técnicas interpretativas, cuyos enunciados serían de tipo: “utilizando el método interpretativo x1, el texto t tiene el significado s1; utilizando el método interpretativo x2, el texto s tiene el significado s2”, etc. Las autoras, en cambio, creen que la interpretación cognitiva consiste en lo primero, y en base a ello es que también critican la distinción entre interpretación decisoria propiamente tal e interpretación decisoria creativa, señalando que con ello se arribaría a la contraintuitiva conclusión de que los jueces no realizarían una actividad de interpretación si es que no hay previamente una práctica interpretativa que deban seguir. Sin embargo, como ya he señalado, la interpretación cognitiva en la que deben basarse los intérpretes para actuar dentro del marco de significados posibles, consiste, en mi opinión, no en describir interpretaciones efectuadas por otros intérpretes, sino en identificar los diversos significados plausibles sobre la base de la utilización de ciertos métodos interpretativos de la práctica jurídica (así, por ejemplo, según un argumento literal, a contrario, etc.). La práctica interpretativa se refiere, sobretodo, a los métodos utilizados y no necesariamente a la existencia de atribuciones de significados previas.

⁴⁶⁹ Ver JORI Y PINTORE, 1995: 205 y ss.; MORESO, 1997: 183 y ss.; LIFANTE VIDAL, 1999, 2010; GUASTINI, 2011a: 407 y ss.

⁴⁷⁰ También estas teorías son denominadas, sobre la base de las ideas de Hart, como “el noble sueño”, “la pesadilla” y “la vigilia”, respectivamente. Véase en este sentido, MORESO, 1997:186.

Es decir, si es la interpretación de los textos normativos que realizan los jueces es un acto de conocimiento, mediante el cual *descubren* el significado de una formulación, o si en cambio, es un acto de voluntad en el que se *decide* un significado para éstos. Según sea la respuesta a la anterior pregunta, las distintas opciones teóricas arriban a diversas conclusiones sobre los enunciados interpretativos del tipo “El texto T tiene el significado S”⁴⁷¹: a. dado que la interpretación es un acto de conocimiento, los enunciados interpretativos mediante los cuales se atribuye significado a un texto son siempre susceptibles de verdad o falsedad (*cognitivismo/formalismo*); b. la interpretación es un acto de voluntad o decisión y los enunciados interpretativos decisorios no son susceptibles de verdad/falsedad puesto que son de carácter prescriptivo y no descriptivo (*escepticismo*); c. la interpretación es, en algunas situaciones un acto de conocimiento, caso en el cual los enunciados interpretativos están sujetos a verdad/falsedad (o a corrección/incorrección), pero en otros casos la interpretación es un acto decisorio de carácter discrecional que no está sometido a valores de verdad o parámetros de corrección (*posición intermedia o ecléctica*). A continuación, paso a explicar brevemente los argumentos centrales de dichas teorías en disputa, haciendo especial referencia a las tesis de cada en relación a la interpretación judicial.

1. *Teoría cognitivista o formalista*: según esta teoría, la actividad de interpretación es un acto de conocimiento, que en materia jurídica consiste en descubrir o conocer el significado de los textos normativos. Esta teoría asume que los textos normativos tienen un significado preexistente a la interpretación, el cual es unívoco y objetivo. La tarea de los intérpretes consiste en descubrir o conocer dicho significado y hacerlo explícito en tanto constituye una única respuesta correcta. De este modo es que, según quienes sostienen esta tesis, los enunciados interpretativos del tipo “El texto T tiene el significado S” son susceptibles de

⁴⁷¹ Utilizo la fórmula de enunciado interpretativo de Riccardo Guastini (GUASTINI, 2006: 71; 2011: 34 y ss.). Otra forma es la de Hernández Marín: “X significa lo mismo que Y” (HERNÁNDEZ MARÍN, 2008).

verdad o falsedad, de manera que los órganos aplicadores pueden equivocarse si es que no se adecuan al significado verdadero de cada texto⁴⁷².

2. *Teoría escéptica*: la interpretación, en particular la judicial, es según esta teoría un acto de voluntad o de decisión y no de conocimiento. Los textos normativos no tienen un significado preexistente a la interpretación, ni éstos son unívocos ni tampoco objetivos, pues la atribución de significados a un texto es el resultado de un acto de decisión discrecional de los intérpretes. Los enunciados interpretativos que profieren los jueces sobre los textos normativos carecen de valores de verdad, son de carácter normativo, y no hay una única respuesta correcta al respecto. Se subraya, además, los efectos jurídicos de la interpretación judicial, en especial, la de los jueces de última instancia, quienes deciden de modo definitivo los significados de los textos normativos. Gran parte de estas tesis son atribuibles al realismo jurídico americano⁴⁷³ y encuentra también a algunos de sus exponentes en la escuela realista genovesa, además otros teóricos del derecho⁴⁷⁴. Riccardo Guastini ha propuesto distinguir entre dos vertientes del escepticismo:

- 2.1. *Teoría escéptica o realista radical*: los textos normativos, según esta vertiente más radical del escepticismo⁴⁷⁵, no tienen ningún significado previo a la interpretación, pues el significado es el resultado de la interpretación, de

⁴⁷² Esta teoría es propia de la época del iluminismo y encuentra sus bases en la doctrina de la separación de poderes, pues en este sentido es que Montesquieu señalaba que “el juez es la boca de la ley” MONTESQUIEU 1748: libro XI, cap. VI. Hoy en día algunas de la tesis del formalismo pueden encontrarse, con algunos matices, en la obra de Ronald Dworkin (véase especialmente DWORKIN, 1977; 1978; 1985; 1986; 1991: 1996a y b), y también de Luigi Ferrajoli (véase FERRAJOLI, 1983). Esta teoría ha sido objeto múltiples críticas. Al respecto puede verse TARELLO, 1974: 395 y ss.; MORESO, 1997: 200 y ss.; DICIOTTI, 1999b; GUASTINI, 2011a: 420 y ss.

⁴⁷³ Sobre el realismo jurídico americano puede verse TARELLO, 1982; SUMMERS, 1982.

⁴⁷⁴ Véase TARELLO, 1974, 1980; GUASTINI, 1992, 1993, 1996, 2008, 2011a, 2012b; CHIASSONI, 1987, 1990. Hay que tener en cuenta que, como se señaló en el capítulo anterior, Kelsen también sostenía el escepticismo en materia de interpretación jurídica (KELSEN, 1960a: 349 y ss.) y también Alf Ross (ROSS, 1958: 108-157). Véase en este sentido MAZZARESE, 1991, 1993, 1996.

⁴⁷⁵ Exponentes de esta vertiente son, a modo de ejemplo; GRAY, 1909: 124 y ss.; TARELLO, 1974; 1980; TROPER, 2001; 1999; En este sentido, véase GUASTINI, 2011a: 414-415.

modo que no preexiste a ésta. Los intérpretes pueden atribuir a los textos *cualquier* significado de manera discrecional. Los textos normativos no son derecho, sino fuentes de derecho, hasta que son interpretados, momento en cual el derecho es creado, es decir, en su totalidad por los intérpretes. Por su parte, los enunciados interpretativos son siempre normativos y nunca descriptivos, de modo que nunca son susceptibles de verdad o falsedad⁴⁷⁶.

2.2. *Teoría escéptica o realista moderada.* De acuerdo con esta variante, que es la defendida por Guastini durante los últimos años⁴⁷⁷, los textos normativos son susceptibles de múltiples interpretaciones, las cuales pueden resultar conflictivas entre sí. Mediante la interpretación en abstracto, el intérprete elige discrecionalmente un significado entre una pluralidad de significados plausibles. La interpretación judicial es necesariamente decisoria y pasa a ser creadora de nuevas normas cuando, en lugar de propiamente “interpretar” los textos normativos, los órganos aplicadores construyen normas inexpresas. Esto último ocurre cuando deciden significados que están fuera del marco de la pluralidad de significados plausibles, es decir, identificados por medio de los diversos métodos interpretativos que suelen ser utilizados en la práctica jurídica. Según se sostiene, cuando se trata de la interpretación en abstracto, que es la principal actividad interpretativa en materia jurídica, los enunciados interpretativos pertenecen siempre a los discursos de tipo adscriptivos, pues no pueden decirse que sean ni verdaderos ni falsos. La diferencia principal entre esta vertiente y el escuetísimo radical es, según el propio Guastini, que para el escepticismo moderado los textos admiten una *pluralidad de significados plausibles* y son susceptibles de una *multiplicidad* de interpretaciones. La interpretación judicial consiste en decidir uno tales

⁴⁷⁶ Críticas al escepticismo pueden encontrarse, citando a modo de ejemplo, en: HART, 1961, SCHAUER, 1991, MARMOR, 1992, ENDICOTT, 1996, MORESO, 1997: 213 y ss. DICIOTTI, 2003.

⁴⁷⁷ Véase GUASTINI, 2010c, 2011a, 2012b, 2013c.

significados. Según el escepticismo radical, en cambio, no hay *ningún significado* previo a la interpretación y se admite *cualquier* interpretación⁴⁷⁸.

3. *Teoría ecléctica*: esta teoría se presenta como un punto intermedio entre el formalismo y el escepticismo, intentado conciliar los argumentos de ambas posturas⁴⁷⁹. Según quienes sostienen una teoría ecléctica, la interpretación judicial es un acto cognoscitivo en algunas circunstancias, y un acto decisorio o de voluntad en otras. Se plantea que las disposiciones jurídicas tienen irremediabilmente una *textura abierta*, pues son potencialmente indeterminadas. Proponen distinguir entre un núcleo de significado estable y aceptado, y una zona de penumbra o de incerteza. De esta manera, se señala que hay casos que ciertamente caen en el campo de aplicación de una norma, los denominados *casos fáciles o claros*, y casos respecto de los cuales existen dudas o controversia que son aquello que se sitúan en la zona de penumbra o incerteza, denominados *casos difíciles o dudosos*. A su vez, se distingue entre *textos claros u unívocos*, respecto de los cuales no hay duda acerca de su significado, existiendo una única respuesta correcta, y *textos oscuros o equívocos* sobre los que resulta dudoso o controvertido determinar su significado, de modo que no puede establecerse una única respuesta correcta. Según se sostiene, ya sea que se trate de casos fáciles o de textos claros, los enunciados interpretativos de los jueces están sujetos a

⁴⁷⁸ Respecto a la interpretación en concreto o subsunción, Guastini afirma que las normas son indeterminadas o vagas siempre que existan dudas acerca de su campo de aplicación. En este último caso, la vaguedad de la norma puede ser reducida mediante ciertas técnicas interpretativas (como la analogía o la disociación) que excluyen o incluyen en el campo de aplicación a los casos dudosos. Acepta, sin embargo, que cuando se trata de subsumir un caso individual se den los denominados “casos fáciles”, según la distinción de la teoría ecléctica que se explica más abajo. De este modo, Guastini concede a la teoría ecléctica que cuando se trata de la interpretación en concreto, los enunciados subsuntivos puedan ser susceptibles de parámetros de corrección, pero siempre que el supuesto de hecho sea descrito en los mismos términos que en la formulación. GUASTINI, 2010c: 126. No obstante, hay que tener en cuenta que, como señala el propio autor, la interpretación en concreto presupone a la interpretación en abstracto, respecto de la cual no admite que pueda predicarse valores de verdad o falsedad. GUASTINI, 2011a: 16. Críticas a la propuesta de Guastini pueden verse en RUIZ MANERO, 2012; LINFANTE, 2012; RAMÍREZ, 2012, 2015.

⁴⁷⁹ En este sentido véase, HART, 1961, 1983; CARRIÓ, 1965: 44 y ss. MACCORMICK, 1978: CAP. VIII; ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1991: 303 Y SS.; BULYGIN, 1995b; MORESO, 1994, 1997: 187 y ss.; LAPORTA, 2007: cap. VIII, entre otros.

valores de verdad o a un parámetro de corrección sobre la base de una única respuesta verdadera o correcta. Los enunciados interpretativos sobre los casos difíciles y textos oscuros o equívocos, en cambio, carecen de valores de verdad o no están sometidos a un parámetro de corrección, de modo que sólo en estos casos la interpretación es de carácter decisoria y discrecional⁴⁸⁰.

Retomando lo señalado respecto de las normas irregulares, y conectándolo con la exposición acerca de las teorías de la interpretación jurídica, en mi opinión, sostener que la irregularidad es el resultado de una atribución de significado, no implica un compromiso fuerte ni total con ninguna de estas teorías, puesto que creo que se pueden separar ciertos ámbitos del debate: hay un debate que versa acerca de si los enunciados interpretativos que profieren los intérpretes están o no sujetos a valores de verdad o falsedad en todos los casos, o algunos de éstos, o nunca. Pero otra cuestión diversa es el debate acerca de la actividad de los intérpretes, pues señalar que los intérpretes pueden, de hecho, elegir un significado discrecionalmente y que sólo la decisión de algunos intérpretes produce efectos jurídicos, es una conclusión que se puede afirmar, independientemente de si se defiende la idea de que esta decisión acerca del significado está sujeta a algún parámetro de corrección, o que por el contrario no lo está.

Creo que la interpretación judicial es del tipo decisoria porque consiste, precisamente, en tomar una decisión sobre el significado de una formulación normativa, o además de lo anterior, decidir si un caso concreto cae en el campo de aplicación de una norma. Esta decisión, a diferencia de la decisión de otros intérpretes a los que el sistema jurídico no reconoce poderes normativos, produce consecuencias jurídicas directas, ya sea sobre las partes de un caso concreto, o incluso con efectos *erga omnes*, es decir, respecto de la configuración de un sistema jurídico cuando se decide expulsar una norma de éste porque se interpreta como irregular. Estas son las tesis que el escepticismo pone de relieve y que me parece importante subrayar en este trabajo, es decir, el énfasis en los efectos

⁴⁸⁰ Críticas a la teoría ecléctica pueden verse en GUASTINI, 2011a: 427- 431, quien sostiene teoría ecléctica es una forma encubierta de cognoscitismo.

jurídicos. Pues la irregularidad es el resultado de una atribución de significado, una decisión que produce o no efectos jurídicos dependiendo de si el intérprete es uno de aquellos a los que el propio sistema jurídicos le concede la competencia para decidir. El escepticismo está comprometido, además, con la inexistencia de patrones de corrección, sin embargo, creo que la primera tesis, es decir, poner énfasis en que sólo la decisión de ciertos órganos produce efectos jurídicos puede ser separada de la discusión acerca de la existencia o inexistencia de parámetros de corrección. Pues lo anterior nada dice todavía acerca de si tal decisión pueda (en todos, algunos o ningún caso) estar sometida a ciertas pautas, en razón de las cuales pueda afirmarse o no que los intérpretes pueden equivocarse. Esta es una discusión diversa que no incide en lo que se ha sostenido en este trabajo, enfocado hacia los efectos jurídicos, en este punto, enfatizar que en los hechos hay ciertas decisiones interpretativas que producen consecuencias jurídicas y otras no, según la propia estructura de un sistema jurídico.

Hay otra controversia teórica relacionada con lo recién señalado, a la que ya me referí en la segunda parte del trabajo. Me refiero a aquella que trata sobre si las sentencias de los tribunales *declaran* el derecho, conocida como la tesis del “carácter declarativo de las sentencias”, o si por el contrario, éstas *constituyen* al derecho, conocida como la tesis del “carácter constitutivo de las sentencias”. No repetiré en estas páginas los argumentos de cada una las posturas teóricas, remitiéndome a lo allí expuesto, pero es necesario advertir que defender cualquiera de éstas tampoco obstruye lo señalado. Sostener el carácter declarativo de las sentencias no obsta a que se advierta sobre los efectos jurídicos que en los hechos producen las decisiones de los ciertos órganos. Cuando los órganos competentes para ejercer el control de la regularidad de las normas resuelven sobre la misma, determinan si es que una norma puede continuar siendo aplicada por los demás órganos de ese sistema jurídico. Esta decisión puede considerarse correcta o incorrecta, según algún parámetro de corrección, o bien, no sujeta a éstos, pero ello no obsta a que se advierta sobre lo que ocurre en los hechos, y sobre la capacidad de esa decisión de producir consecuencias jurídicas.

En este punto es importante considerar otra cuestión que también ha sido mencionada: un texto normativo puede ser interpretado por una variedad de intérpretes. Cualquier persona, juristas, jueces, y el propio legislador pueden interpretar un enunciado normativo y utilizar diversos métodos interpretativos que conduzcan a distintos significados. Sin embargo, como he insistido, los efectos de estas interpretaciones son diversos según quién sea el intérprete.

La interpretación doctrinal realizada por los juristas, por regla general, es de carácter abstracto, en la medida que está dirigida a atribuir significado a un texto, independientemente de un caso concreto, aun cuando también puede estar dirigida a esto último (lo cual, como ya se señaló, supone una interpretación en abstracto del texto). A su vez, esta puede ser de carácter cognitivo, en el sentido de identificar los posibles significados que pueden ser atribuidos a un texto normativo, siguiendo los diversos métodos interpretativos. Así, por ejemplo, consiste en señalar: “utilizando el método interpretativo x , del texto t se extrae el significado s_1 ; utilizando el método interpretativo y , del texto t se extrae el significado s_2 ; etc. Ahora bien, también puede ser una interpretación de carácter decisorio, si es que se opta por uno de tales significados. Pero la diferencia más importante a mi parecer entre la interpretación doctrinal y la interpretación judicial es que la primera carece de efectos jurídicos, al menos directos. Aunque hay que advertir que puede suceder, como de hecho ocurre en muchas ocasiones, que las interpretaciones de la doctrina ejerzan una fuerte influencia en los jueces y que incluso éstos hagan propias las interpretaciones doctrinales, pero es la decisión de éstos la que produce consecuencias jurídicas.

La interpretación judicial es siempre de carácter decisorio, en el sentido antes expuesto. Pues consiste, precisamente, en decidir un significado, el cual puede ser considerado, correcto o incorrecto, si se cree que hay parámetros de corrección, o discrecional, si se sostiene que la interpretación no está sujeta a éstos. Por regla general, la interpretación judicial es concreta, se realiza para resolver un caso determinado, y sólo produce efectos *inter partes*, de modo que éstos no pueden extenderse a terceros ajenos al conflicto, ni

tampoco es obligatoria para otros jueces. Sin embargo, en algunas circunstancias, la interpretación judicial tiene efectos *erga omnes* como ocurre, por ejemplo, en los sistemas jurídicos que cuentan con un control concentrado de constitucionalidad cuando se trata de resolver sobre la conformidad de cierta norma con la constitución. La interpretación efectuada por los órganos a los que se atribuye la competencia de controlar la regularidad constitucional puede ser de carácter abstracta o además en concreto, y si éste resuelve la irregularidad de la norma sometida a su examen, dicha decisión produce efectos generales en ese sistema jurídico, impidiéndose a todos los órganos de ese sistema jurídico aplicar la norma en cuestión.

La interpretación del legislador, por su parte, generalmente se traduce en “leyes interpretativas”, las cuales son el producto de interpretaciones decisorias y abstractas, dado que están destinadas a determinar el significado de otro texto normativo sobre las cuales se dirigen, y tiene efectos *erga omnes*. Las leyes interpretativas suelen dictarse cuando existen controversias jurisprudenciales en torno al significado de una ley, y tanto la doctrina como la teoría jurídica mayoritaria las denomina *interpretación auténtica*, pues se entiende que el legislador es el intérprete “auténtico” en tanto creador de las leyes interpretadas⁴⁸¹. Sin embargo, hay que tener en cuenta que esto es una ficción, pues una ley interpretativa proveniente de quienes conforman el órgano legislativo en un momento determinado, puede dirigirse a interpretar una ley que ha sido dictada en otro momento, en el cual los sujetos que conformaban el órgano legislativo eran diferentes a los que aprueban la ley interpretativa⁴⁸².

En el segundo capítulo de este trabajo se explicó que Kelsen entiende a la interpretación auténtica de otra manera: como la interpretación decisoria realizada por los órganos aplicadores, especialmente, aquellos que deciden en última instancia de modo

⁴⁸¹ Es habitual que se señale que las leyes interpretativas no son creación de derecho, sino que se limitan a establecer el “verdadero” significado de la ley precedente, lo cual se manifiesta en que éstas suelen tener carácter retroactivo. Esta es una tesis que asume el cognitivismo interpretativo.

⁴⁸² Una de las discusiones en torno a las leyes interpretativas dice relación con la interpretación de las mismas, puesto que, al expresarse también en textos normativos, estos son a su vez objeto de interpretación. Sobre ambas cuestiones puede verse GUASTINI, 2001: 81-90.

definitivo⁴⁸³. Creo que Kelsen, al apartarse de la noción tradicional de interpretación auténtica, busca subrayar los efectos jurídicos que produce la actividad de interpretación de los órganos aplicadores, haciendo especial énfasis en las decisiones interpretativas de los órganos que tienen la última palabra, por su carácter definitivo. El autor de la *Teoría Pura del Derecho* destaca con ello que, aun cuando las leyes sean susceptibles de diversas interpretaciones, sólo la efectuada por los órganos a los que el propio sistema jurídico atribuye competencias normativas producirá efectos jurídicos.

En relación al objeto de esta investigación, creo que estas observaciones de Kelsen son relevantes⁴⁸⁴, porque un texto normativo o una disposición o una serie de éstas pueden ser interpretadas de diversas maneras. Así, por ejemplo, de acuerdo una cierta interpretación se concluye que una norma es irregular en razón de su contenido, puesto que se considera contraria a otras disposiciones constitucionales, que también han sido interpretadas de una determinada manera. Al respecto puede existir controversia, debido a que otros intérpretes pueden concluir que la disposición en cuestión expresa una norma que si resulta conforme a las normas constitucionales. Sin embargo, solo la decisión de un intérprete privilegiado del sistema jurídico en cuestión (el intérprete auténtico en los términos de Kelsen) producirá consecuencias jurídicas directas. Éste será el órgano al que ciertas normas del sistema jurídico de referencia le atribuyan la competencia de control de constitucionalidad, lo cual dependerá de cómo estén configuradas las garantías de control de cada sistema jurídico en concreto⁴⁸⁵. Y, en los sistemas jurídicos en los que no existe un órgano de control diverso al legislador, será este último el intérprete privilegiados de la misma.

⁴⁸³ KELSEN, 1960a: 350 y ss.

⁴⁸⁴ No creo, como se le ha objetado al respecto a Kelsen, que estas observaciones hayan estado dirigidas a señalar que las decisiones de los intérpretes privilegiados por el propio sistema jurídico no sean susceptibles de críticas externas. Así lo ha planteado, por ejemplo, BULYGIN, 1995B:22 Y RUIZ MANERO, 1990:94. Me remito también a lo que he señalado al respecto al abordar la tesis de la cláusula alternativa tácita.

⁴⁸⁵ Esto será desarrollado en el punto IV de esta tercera parte del trabajo.

3. APLICACIÓN DE NORMAS IRREGULARES

Este apartado trata sobre la aplicación de las normas irregulares, es decir, no ya refiriéndome a la decisión acerca de su conformidad, sino al hecho que, previo a las instancias de control, éstas sean utilizadas como fundamento de las decisiones de los órganos aplicadores. Nuevamente cobra relevancia distinguir entre disposiciones y normas. La aplicación de una disposición significa su interpretación, de la cual se extrae una norma, de modo que lo irregular son las normas y no las disposiciones, pues para llegar a establecer la irregularidad se ha tenido que interpretar la(s) disposición(es) que la contiene. La aplicación de una norma es, por su parte, utilizarla como fundamento de una decisión⁴⁸⁶.

Una norma irregular puede ser en los hechos aplicada, es decir, utilizada como fundamento por los jueces mientras no sea expulsada del orden jurídico. La expulsión de una norma que es considerada irregular depende de un aspecto estructural de cada sistema jurídico, en concreto: los mecanismos de control de la regularidad que se encuentren establecidos, analizados en el siguiente punto. Ahora bien, mientras no sea expulsada, la aplicación de una norma irregular puede explicarse por una cuestión de hecho, es decir, constatando que es efectivamente utilizada como fundamento de las decisiones de los órganos aplicadores.

La aplicación de una norma es diversa a lo que se describe mediante el concepto de aplicabilidad. La primera es una constatación fáctica sobre la eficacia de una norma; la aplicabilidad, en cambio, es un concepto que describe la existencia de ciertos elementos de un sistema jurídico que pueden justificar normativamente que una norma pueda ser aplicada. Esto es lo que Bulygin denomina “normas de aplicación”: normas que ordenan la aplicación de otras normas de ese sistema o de otro⁴⁸⁷. El concepto de aplicabilidad fue

⁴⁸⁶ En este sentido: GUASTINI, 1998: 173; 2010a: 283; PINO, 2012: 59, 63.

⁴⁸⁷ VÉASE BULYGIN, 1982; 1991a; 2005a y b; 2006. Sobre la aplicabilidad también puede verse MORESO, 1997: 151 y ss. MORESO Y NAVARRO, 1996; NAVARRO, ORUNESU, RODRÍGUEZ Y SUCAR, 2000, RODRÍGUEZ Y VICENTE, 2009; FERRER Y RODRÍGUEZ, 2011: 58 y ss.; PINO, 2012.

analizado en la primera parte del trabajo, de modo que no repetiré lo allí señalado, salvo recordar que las normas de aplicación que Bulygin describe mediante el concepto de aplicabilidad aluden a la pertenencia de una norma en específico N1 que ordena a los órganos aplicadores la aplicación de otra norma N2, cuando se presenten casos individuales que sean una instancia particular de los casos genéricos que esta última regula. Se señaló también que el concepto de aplicabilidad es la respuesta conceptual de Bulygin para explicar a las normas irregulares. Según este autor, aun cuando las normas irregulares no pertenecen a los sistemas jurídicos⁴⁸⁸, pueden resultar aplicables si es que un tribunal constitucional declara su constitucionalidad, no obstante que no lo sea⁴⁸⁹. En sus palabras:

«Puede suceder incluso que una norma sea aplicable a un determinado caso, a pesar de que esa norma no pertenezca a ningún sistema del orden jurídico en cuestión y tampoco a ningún sistema de ningún otro orden jurídico. Esto sucede, por ejemplo, con una ley inconstitucional, es decir, una ley promulgada por una autoridad incompetente. (La autoridad puede ser incompetente por tres motivos distintos: a) por tratarse de un órgano distinto del autorizado, b) por no haberse seguido el procedimiento adecuado y c) por entrar la norma promulgada en conflicto con algún principio o garantía constitucional; este último es el caso más frecuente). Y, sin embargo, una ley de estas características puede ser aplicable, por ejemplo, si el Tribunal Constitucional la declaró constitucional. Ahora bien, la constitucionalidad de una ley no depende de lo que diga el Tribunal Constitucional y una ley que no fue dictada por una autoridad competente sigue siendo inconstitucional, aunque el Tribunal diga lo contrario. Pero es el pronunciamiento del Tribunal Constitucional el que determina la aplicabilidad de la ley. Si el Tribunal dice (erróneamente) que la ley es constitucional, la ley será aplicable, aunque no sea válida en el sistema. Esta tesis, que puede parecer chocante a muchos juristas, es, sin embargo, mera consecuencia lógica de la definición de pertenencia de las normas»⁴⁹⁰.

⁴⁸⁸ Cabe también recordar que Bulygin enfatiza, por una parte, que la aplicabilidad y la pertenencia de una norma a un sistema jurídico son cuestiones diversas, pues por ello es que las normas del derecho internacional, así como las normas irregulares pueden ser aplicables, pero no pertenecientes al sistema jurídico de referencia. Sobre ello véase el apartado IV de la primera parte del trabajo. Sobre la pertenencia de las normas a los sistemas jurídicos me pronuncié el punto 3 de la misma parte.

⁴⁸⁹ Recuerde que, como se analizó en el anterior punto, para Bulygin los enunciados interpretativos (en este caso de un tribunal constitucional) están, por regla general, sujetos a parámetros de corrección.

⁴⁹⁰ BULYGIN, 1991a: 267. Una idea similar puede verse en MORESO, 1997: 158, 159.

No problematizaré en este punto acerca de si las normas irregulares pertenecen a los sistemas jurídicos y los criterios de identificación que ello supone *versus* otros criterios, ni sobre la noción de competencia que asume Bulygin (que incluye a todas las condiciones de validez), como tampoco la cuestión acerca de si la decisión sobre la regularidad de una norma está sujeta a parámetros de corrección, pues sobre estas cuestiones me pronuncié en otras partes del trabajo⁴⁹¹. En este punto me interesa destacar otras cuestiones; el concepto de aplicabilidad es un concepto que permite dar cuenta de la existencia de normas de aplicación que ordenan la aplicación de otras normas. Sin embargo, según planteé en las observaciones a este concepto desarrolladas en la primera parte del trabajo, la aplicabilidad es una respuesta insuficiente para explicar al fenómeno de las normas irregulares. Esto debido a que, por una parte, no aborda aspectos fácticos, esto es, la aplicación *de hecho* de normas irregulares, respecto de las cuales no existen normas de aplicación. Por otra parte, porque no toma en consideración ciertos elementos estructurales de los sistemas jurídicos que considero cardinales para dar cuenta de este fenómeno, en concreto, los mecanismos de control de la regularidad.

La existencia de normas de aplicación es una cuestión contingente que depende de que en un sistema jurídico en concreto haya normas que impongan a los órganos aplicadores el deber de aplicar otra norma en específico. Por ello, el concepto de aplicabilidad propuesto por Bulygin puede explicar sólo aquellas situaciones en las que efectivamente existen dichas normas, pero no cubre la *aplicación de hecho* de normas que pueden resultar irregulares respecto de las cuales no existe una norma que ordenen su aplicación. De esta manera, puede ocurrir- como de hecho ocurre- que en un sistema jurídico existan normas de aplicación respecto de algunas normas, pero que haya una serie de otras normas

⁴⁹¹ Sobre la pertenencia de las normas véase la primera parte, punto 3. La noción de competencia de Bulygin y sus críticas están analizadas en punto 1 de esta tercera parte. Sobre las diversas posturas acerca de los enunciados interpretativos (si están o no sujetos de verdad o falsedad) me referí en el punto anterior de esta misma parte del trabajo.

respecto de los cuales no las hay. Estas últimas serían inaplicables, pero pueden igualmente ser *de hecho aplicadas*⁴⁹².

Además de lo anterior, cabe subrayar otra cuestión que fue también mencionada: las normas de aplicación explicadas mediante el concepto de aplicabilidad aluden a normas positivas⁴⁹³ que establecen un deber de aplicar otra norma en concreto, cuando se conozca de un caso que cae en el campo de aplicación de ésta, y no a una norma que establezca un deber general de los jueces de aplicar las normas de ese sistema jurídico. Por ello el autor señala que cuando no hay una norma que ordene la aplicación de otra norma para *determinados casos*, no puede decirse que esta última sea aplicable⁴⁹⁴, pues la aplicabilidad responde al interrogante de qué normas son aplicables a un caso determinado⁴⁹⁵.

Es por lo anterior que pareciera que el concepto de aplicabilidad propuesto por Bulygin no alude a instituciones como la presunción de conformidad a la constitución, entendida como un deber general dirigidos a los jueces que les impide dejar de aplicar las normas de ese sistema jurídico (o algunas de ellas, por ejemplo, las de fuente legislativa), aun cuando duden sobre su constitucionalidad, caso en el cual deben solicitar al órgano al que se le atribuye competencias de control para que se pronuncie al respecto⁴⁹⁶. La situación con la que Bulygin ejemplifica la aplicabilidad de normas irregulares es diversa: los tribunales constitucionales crean una norma de aplicación en razón de la cual se ordena a los

⁴⁹² En un sentido similar véase NAVARRO, ORUNESU Y RODRÍGUEZ, 2000: 145.

⁴⁹³ El concepto de aplicabilidad propuesto por Bulygin alude a la existencia de normas *positivas* que establezcan el deber jurídico de aplicar otra(s) normas y no a una norma *supuesta* que imponga un deber general, de tipo moral, de obedecer el derecho. Las diferencias entre una noción de obligatoriedad concebida como un deber moral de obedecer el derecho y el concepto de aplicabilidad propuesto Bulygin como descripción de una norma positiva que impone un deber jurídico ya fueron explicados en la primera parte de trabajo, remiéndame a lo allí señalado.

⁴⁹⁴ BULYGIN, 2005a: 114-115.

⁴⁹⁵ BULYGIN, 1982: 198. También en otro texto Bulygin apunta que el establecimiento de un deber general dirigido a los jueces sería una cuestión trivial. BULYGIN, 1967.

⁴⁹⁶ Una cuestión relacionada pero diversa consiste en un criterio interpretativo, de acuerdo con el cual los tribunales constitucionales sólo deben declarar inconstitucional a una norma cuando ésta sea “evidente”, entendido esto como aquella situación en que no sea posible una interpretación adecuada o conforme a la constitución. Al respecto puede verse FERRERES COMELLA, 1997. También me referiré brevemente a ello más adelante en el apartado dedicado a los mecanismos de control de la regularidad.

órganos aplicadores aplicar la norma que ha sido sometida a su examen, debido a que resuelven que se ajusta a la constitución.

Si bien es cierto que el propio Bulygin no considera esta cuestión, al menos expresamente, otros autores que han analizado el concepto de aplicabilidad como respuesta al fenómeno de las normas irregulares lo han conectado, precisamente, con la presunción de conformidad a la constitución, pero para dar cuenta de las normas respecto de las cuales no opera dicha presunción. Es en este sentido que José Juan Moreso en *Sobre las normas inconstitucionales* observa que la aplicabilidad funciona para explicar algunas situaciones en que los jueces están obligados a aplicar las normas de ese sistema jurídico, aun cuando sean consideradas inválidas, pero no explica las situaciones en que los órganos aplicadores están obligados a aplicar sólo normas conformes a la constitución. Lo explica de la siguiente manera al pronunciarse sobre la aplicabilidad:

«Tampoco esta solución, según creo, consigue de dar cuenta de todos los problemas planteados por las normas inválidas. En algunos sistemas jurídicos los jueces tienen la obligación de aplicar leyes sólo si están de acuerdo a la constitución. Sin embargo, es posible también que apliquen “leyes” que no están de acuerdo con la constitución. Esas leyes no son válidas ni existe la obligación de aplicarlas; sin embargo, debe darse cuenta de ellas para describir adecuadamente el derecho de una sociedad determinada»⁴⁹⁷.

Ahora bien, respecto a la presunción de constitucionalidad, en algunos sistemas jurídicos, como el español, se contempla expresamente que cuando los jueces ordinarios están conociendo de un caso y se cuestiona, ya sea de oficio o a instancia de parte, la constitucionalidad de una norma de fuente legislativa, éstos quedan impedidos de pronunciarse al respecto, debiendo plantear una cuestión de constitucionalidad ante el

⁴⁹⁷ MORESO, 1993: 101. En una nota de la misma página, advierte sobre lo que ocurre en el derecho español, «En el derecho español, como en muchos otros, los jueces no tienen autorización para dejar de aplicar las leyes contrarias a la constitución (aunque pueden plantear la cuestión de constitucionalidad), pero si tienen la obligación de controlar la legalidad de los reglamentos; es decir, un reglamento ilegal no es válido en el sentido de que no está autorizada su creación, y los jueces tienen la obligación de no aplicarlo. ¿Pero qué ocurre si lo aplican? ¿Cómo damos cuenta de este fenómeno? Y, por otra parte, la Administración- que aplica también los reglamentos- no tiene autorización para no aplicarlos, aunque sean ilegales». *Ibidem* nota 13.

tribunal constitucional para que sea éste quien resuelva y los autorice a inaplicar la norma en cuestión⁴⁹⁸. Respecto a los actos de la administración, hay en el derecho español una regla distinta: si bien es cierto que se establece también una presunción de legalidad de los actos administrativos a los efectos de su ejecución, la propia administración y los jueces controlan también la regularidad de los mismos. En este sentido es que se dice que éstos sólo deben aplicar los actos de la administración que resulten válidos, puesto que son los mismos quienes pueden decidir sobre ello⁴⁹⁹.

En otros sistemas jurídicos la presunción de conformidad a la constitución en el sentido de antes señalado (es decir, la falta de autorización de los jueces ordinarios para dejar de aplicar una norma por considerarla inconstitucional) opera como una construcción doctrinal que, en muchas ocasiones, los órganos con competencias normativas hacen suya al utilizarla en sus argumentaciones. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, en el sistema jurídico chileno, en el cual no tiene una consagración legal, pero opera como construcción doctrinal sobre la base del sistema de control de la constitucionalidad de este sistema jurídico, eso es, concentrado en el tribunal constitucional⁵⁰⁰. Por su parte, a partir de la

⁴⁹⁸ El artículo 163 de la Constitución española dispone: «cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez depende el fallo, puede ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional». Por su parte, el artículo 30 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC) establece que: «La admisión de un recurso o de una cuestión de inconstitucionalidad no suspenderá la vigencia ni la aplicación de la Ley, de la disposición normativa o del acto con fuerza de Ley, excepto en el caso en que el Gobierno se ampare en lo dispuesto por el artículo ciento sesenta y uno, dos, de la Constitución para impugnar, por medio de su Presidente, Leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de Ley de las Comunidades Autónomas». En el capítulo III de la misma ley (artículo 35 y ss.) se encuentra regulada la “cuestión de constitucionalidad” que los jueces pueden elevar al tribunal constitucional, cuando conociendo de un caso, cuestionen la regularidad constitucional de una norma.

⁴⁹⁹ El artículo 39 número 1 de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (que reemplaza a Ley 30/1992 de Régimen Jurídicos de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común) dispone que: «Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa» (antiguo artículo 57 inciso 1). En Capítulo III del Título III artículo 47 y ss. se establecen las causales de nulidad y anulación de los actos de la administración. El Título V (artículos 106 y ss.) regula la revisión de los actos en la vía administrativa, en cuyo Capítulo I se encuentran las reglas sobre la revisión de oficio por parte de la Administración, y en el Capítulo II los recursos administrativos. Una situación similar es la del de derecho italiano, en el cual cualquier juez ordinario puede reconocer la ilegalidad de un reglamento, y decidir su inaplicabilidad (artículo 5 de la Ley de lo contencioso administrativo).

⁵⁰⁰ Al respecto puede verse CARMONA, 2012.

reforma constitucional del año 2005, se establece a nivel legal que los jueces actuando de oficio o a petición de parte pueden solicitar al tribunal constitucional que los autorice a inaplicar una norma por considerarla contraria a constitución⁵⁰¹. Respecto a los actos de la administración, a partir de año 2003 se encuentra establecida legalmente la presunción de legalidad de los actos de la administración a efectos de su ejecución, pero como ocurre en el sistema jurídico español, tanto la administración como los jueces ordinarios controlan también la regularidad de los mismos⁵⁰².

En consecuencia, ya sea por medio del concepto de aplicabilidad o de instituciones como la presunción de constitucionalidad se puede explicar que, en razón de la presencia de ciertos elementos en los sistemas jurídico, los jueces pueden encontrarse obligados a aplicar una norma sin que puedan abstenerse de ello por considerarla irregular. Sin embargo, hay también que considerar un aspecto práctico: difícilmente un juez aplicará una norma que, como producto de la interpretación de las disposiciones que la contienen, considera irregular, aun cuando su interpretación sobre la regularidad no produzca efectos jurídicos. Recuérdese que páginas atrás utilicé la distinción entre interpretación en concreto e interpretación en abstracto. En este caso, estaríamos hablando de interpretación en concreto, pero como se señaló, ésta presupone la interpretación en abstracto. Si en esta última operación un juez hubiera concluido que una norma es irregular, lo más probable es que no la utilice como fundamento de su decisión, y justifique su decisión sobre la base de otras normas.

Sin perjuicio de lo anterior, lo que me interesa subrayar al respecto es que, tanto la existencia de una norma de aplicación proveniente de un tribunal constitucional que

⁵⁰¹ Artículo 93 de la Constitución Política de Chile. Se establece además que una vez que el tribunal constitucional resuelve sobre la aplicabilidad de una norma, hay acción pública para solicitarle la declaración de inconstitucionalidad, pudiendo también declararla de oficio.

⁵⁰² El artículo 3 de la ley 19.880 sobre procedimientos administrativos establece: «Los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa, salvo que mediare una orden de suspensión dispuesta por la autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio o por el juez, conociendo por la vía jurisdiccional». La invalidación de los actos de la administración, tanto en sede administrativa como judicial, está regulada en los artículos 53 y ss. de la misma ley.

ordene a los órganos aplicadores aplicar otra norma que ha sido evaluada por éste, así como la presunción de conformidad a la constitución (sea que se encuentre expresamente establecida en una ley u opere como una construcción doctrinal) están estrechamente vinculadas a los mecanismos de control que se contemplan en el sistema jurídico de referencia. En efecto, en los ejemplos antes mencionados, la falta de autorización a los jueces para dejar de aplicar una norma de fuente legislativa por considerarla irregular, se explica porque el control de regularidad de las mismas se concentra en un órgano diverso que tiene la competencia para decidir al respecto. En el caso de los reglamentos provenientes de la administración, en cambio, estos pueden dejar de ser aplicados por los jueces ordinarios o por la propia administración, precisamente, porque a éstos se les atribuye también una cuota de control de la regularidad.

En consecuencia y para cerrar este punto, la aplicación de normas que pueden resultar irregulares alude a una constatación fáctica: que son *de hecho* aplicadas, es decir, utilizadas como fundamento de las decisiones de los órganos aplicadores. A su vez, este hecho puede explicarse por la presencia de ciertos elementos en los sistemas jurídicos, lo cual es una cuestión contingente: la existencia normas que ordenan la aplicación de otras normas (explicadas a través del concepto de aplicabilidad de Eugenio Bulygin), y también por presencia de instituciones como la presunción de conformidad a la constitución, elementos que van de la mano de otro aspecto de los sistemas jurídicos: los mecanismos de control que se encuentren establecidos, que paso a analizar a continuación.

4. MECANISMOS DE CONTROL DE LA REGULARIDAD

Según se ha señalado, una norma puede resultar irregular por no adecuarse a alguno(s) de los requisitos formales o sustanciales que establecen otras normas del mismo sistema jurídico para la producción normativa. Lo anterior es el resultado de una actividad interpretativa consistente en la atribución de significado de las disposiciones que expresan la norma en cuestión, como también de las disposiciones que expresan las normas sobre producción jurídica. Las normas irregulares pueden ser de hecho aplicadas, es decir, utilizadas como fundamento de las decisiones de los órganos aplicadores del derecho, lo cual puede explicarse porque sólo la decisión de algunos intérpretes a los que se atribuye la competencia para decidir sobre la regularidad de una norma impide que éstas puedan producir o continuar produciendo consecuencias jurídicas. Pues el hecho de que las normas irregulares tengan efectos jurídicos es una cuestión que se encuentra estrechamente vinculada a un aspecto estructural de cada sistema jurídico: los mecanismos de control de la regularidad que el mismo contempla y de cómo éstos se encuentren configurados. Este apartado está dedicado a puntualizar sobre esta última cuestión.

Actualmente, en la mayor parte de los sistemas jurídicos, las constituciones contienen la forma del estado, la organización de los poderes del mismo (la función legislativa, ejecutiva y jurisdiccional), y las normas que confieren poderes a los órganos que ejercerán dichas funciones y regulan su ejercicio. Pero, por regla general, suelen además contener un listado de derechos de las personas que el estado no puede transgredir y debe proteger. De esta manera, es que las normas constitucionales no sólo establecen límites formales para la formación de la ley y los actos del ejecutivo, sino que también límites materiales en razón de los cuales los órganos con competencias normativas no pueden formular normas de un contenido tal que transgreda los derechos constitucionales.

En relación con esto último es que en teoría constitucional se distingue entre dos tipos de constituciones: las constituciones flexibles y las constituciones rígidas. Se llama *constituciones flexibles* a aquellas que no establecen límites a la legislación, en tanto que

las leyes constitucionales pueden ser modificadas bajo el mismo procedimiento legislativo de una ley ordinaria, de modo que las primeras no gozan de una protección especial, pues la constitución y las leyes se encuentran en el mismo plano (en realidad no cabe hacer la distinción con las leyes ordinarias). Por ello es que una ley posterior a la constitución que resulta contraria a ésta, se entiende que la modifica. Las *constituciones rígidas*, en cambio, son aquellas que gozan de un régimen jurídico especial, en tanto están protegida frente a la legislación ordinaria. En los sistemas jurídicos de constituciones rígidas, las normas constitucionales no pueden ser modificadas ni derogadas si no es mediante un procedimiento especial de reforma de la constitución, el cual tiene requisitos y *quórum*s de aprobación que son calificados respecto de la legislación ordinaria. A su vez, la rigidez es una cuestión de grado, las constituciones son más o menos rígidas, según el grado de complejidad que se contemple en la misma para el procedimiento de reforma, así como las garantías de control⁵⁰³. La adecuación a las normas constitucionales es, en los sistemas de constituciones rígidas, una condición de validez de las normas jurídicas, de modo que las que normas que resultan contradictorias con la constitución son invalidas.

Las garantías de control de la regularidad se enmarcan en el contexto de las constituciones rígidas. Sin perjuicio de lo anterior, hay que tener en cuenta que la regularidad no sólo supone la adecuación a las normas de rango constitucional, sino a todas aquellas que establecen requisitos o condiciones para la producción normativa, siguiendo la escala jerárquica del sistema jurídico de referencia. Es preciso considerar también que, en muchas ocasiones, en las propias constituciones se ordena que las normas deben adecuarse, no sólo a ésta, sino además a todas normas relativas a la materia provenientes de otras fuentes. Así, por ejemplo, en muchos sistemas jurídicos los actos provenientes del ejecutivo están sujetos a las mismas garantías que las leyes del legislador, pero además suelen existir resguardos o garantías adicionales, tales como: la subordinación a los actos provenientes del poder legislativo, conocido como el principio de legalidad o *rule of law* de la administración; la reserva de ley de ciertas materias que

⁵⁰³ En este sentido, GUASTINI, 2001: 55, 51, 155, 186 y ss.

sólo pueden ser reguladas por el legislador, no pudiendo ser delegadas en otro poder del estado; y también en algunos sistemas jurídicos se prevé que los actos de la administración pueden ser controlados en la propia sede administrativa, además de la sede jurisdiccional.

A su vez debe considerarse que, en el contexto de las constituciones rígidas, hay una serie de variables que permiten distinguir entre diversos tipos de mecanismos de control. Una de estas variables dice relación con el momento en que se ejerce el control, si es previo a la entrada en vigor de una norma, o si es *a posteriori*, es decir, una vez que ésta ya ha podido ser aplicada. Los mecanismos de control se distinguen también dependiendo de quién sea el órgano competente para decidir sobre la regularidad, distinguiéndose entre el control centralizado en un solo sujeto u órgano con competencia exclusiva para decidir al respecto, y el control difuminado en varios sujetos u órganos. Otro factor alude a los efectos de la decisión de dicho(s) sujeto(s) u órgano(s), esto es, si la decisión sólo produce efectos para el caso concreto y entre las partes de un juicio, o si en cambio, es una decisión en abstracto con efectos *erga omnes*. La fuente de la norma, es decir, si es de origen legislativa, proveniente de la administración, o si es una norma de creación judicial, puede también variar el tipo de control en el marco de un mismo sistema jurídico. En gran parte de los ordenamientos, las normas de fuente legislativa están sujetas a un control por parte de un órgano diverso al legislador⁵⁰⁴, el cual suele ser de tipo judicial⁵⁰⁵, pero en

⁵⁰⁴ En la segunda parte del trabajo dedicado al análisis de tesis de la cláusula alternativa tácita, se subrayó la observación de Kelsen, de acuerdo con la cual, cuando las garantías de control no están a cargo de un sujeto diverso a quien formula una norma, entonces será el propio órgano quien decidirá sobre la regularidad de las mismas (será el intérprete auténtico, en sentido Kelseniano), de modo que, en realidad, producirán efectos jurídicos las normas que el mismo decida.

⁵⁰⁵ No abordaré en este trabajo la discusión acerca de qué sujeto u órgano es el más idóneo para el resguardo de una constitución, ni tampoco evaluar cuál de los tipos de control resulta más eficaz a estos efectos. Una interesante discusión al respecto es la que mantuvo Kelsen, clásico exponente de la idea de una garantía jurisdiccional de la constitución, con Carl Schmitt, para quien el único defensor de la constitución es el soberano. Véase los textos de ambos autores en KELSEN y SCHMITT, 2009. Otra defensa "clásica" de la justicia constitucional, pero en el contexto norteamericano, puede verse en *El federalista*. Véase HAMILTON, MADISON, JAY, 1994. En la actualidad, el tema de la justicia constitucional sigue siendo materia de arduo debate, especialmente, en el ámbito de la teoría política y la teoría constitucional. Defensores de una justicia constitucional que haga de contrapeso al legislador son, por citar a modo ejemplo: ELSTER, 2000a; 2000b; HOLMES, 1999; DWORKIN, 2004; ACKERMAN, 1991; ACKERMAN, B., y ROSENKRANTZ, 1991; HART ELY, 1997; FERRAJOLI, 2001; FISS, 2007. Hay, sin embargo, autores que cuestionan la idea de una justicia constitucional,

algunos sistemas jurídicos, este órgano es político, como ocurre por ejemplo en Francia. Todo lo anterior son cuestiones contingentes que dependen de lo que se establezca en cada sistema jurídico en concreto. Ahora bien, en la teoría jurídica se suele distinguir entre tres modelos de control de la regularidad constitucional que, a grandes rasgos, son los siguientes⁵⁰⁶:

- a. Un primer modelo es aquel que se basa en el sistema norteamericano⁵⁰⁷, en el cual se contempla un control de constitucionalidad a *posteriori*, es decir, una vez que una norma entra en vigor, de modo que no impide que sea introducida al sistema jurídico y pueda ser aplicada por los órganos respectivos. Es ejercido por todos los jueces cuando conocen de caso *en concreto* por *vía de una excepción*. A este mecanismo se le denomina *difuso*, en tanto todos los jueces tienen competencias de control, lo cual implica que cualquier juez está autorizado para desaplicar una norma que interprete como incompatible con la constitución. Una característica importante de este tipo de control es que la decisión sobre la regularidad, por regla general, solo tiene efectos *interpartes*, esto es, circunscritos al caso respecto cual se decide, de modo que los otros jueces no quedan inhabilitados para aplicar la norma que ha sido sometida a control.

- b. Un segundo modelo es aquel que rige en países como España, Italia, Alemania⁵⁰⁸. Es un control de constitucionalidad que también se ejerce *a posteriori*, pero que es

es decir, que los jueces controlen las decisiones democráticas del legislador. En este último sentido puede verse: BIECKEL, 1986; WALDRON, 2005; HABERMAS, 2008; ATRIA, 2000. Para una panorámica general de este debate puede verse: NINO, 2002: 674 y ss.; BAYÓN, 2000; RUIZ MIGUEL, 2004; MORESO, 2000b; LAPORTA, 2001.

⁵⁰⁶Véase al respecto GUASTINI, 2001: 155 y ss. También se distingue entre el modelo norteamericano y modelo europeo, en atención a si el control es difuso o concentrado en un solo órgano especial, añadiéndose sistemas mixtos o particulares. También se ha hecho clasificaciones en relación a otros factores como, por ejemplo, si el órgano que ejerce el control tiene además otras funciones. A modo general puede verse, RUIZ MIGUEL, 2000; FERRERES COMELLA, 1997, 2011, RUBIO LLORENTE, 1997; PEGORARO, 1998; PRIETO SANCHÍS, 2009; FAVOREU, 1994; ROUSSEAU, 2002.

⁵⁰⁷ El cual se consagra con el emblemático caso *Marbury vs. Madison*, especialmente, con la decisión que el Juez Marshall tomó al respecto.

⁵⁰⁸ Es conocido también como el “modelo kelseniano”, en tanto fue el propuesto por el autor para el sistema jurídico de Austria. También se le denomina “modelo europeo”, para contraponerlo al modelo de control difuso basado en el sistema jurídico de los Estados Unidos. Sin embargo, hay que tener en cuenta que no

diverso al anterior en tanto está *concentrado* en un solo órgano, el cual tiene la competencia exclusiva para pronunciarse, con efectos jurídicos *erga omnes*, sobre la constitucionalidad de una norma. Como en el mecanismo anterior, no se impide la entrada en vigor de una norma al sistema jurídico, pero la decisión de inconstitucionalidad del órgano competente, produce la expulsión del orden jurídico de norma en cuestión, impidiéndose a los órganos aplicadores que puedan continuar utilizándola como fundamento de sus decisiones. El órgano al que se le atribuye competencia de control suele ser un tribunal constitucional⁵⁰⁹, pero algunos sistemas jurídicos que contemplan este mecanismo atribuyen esta competencia a la corte suprema, la cual, junto a otras funciones, asume el rol de control de la constitucionalidad de las normas⁵¹⁰.

- c. Un tercer modelo es aquel que se basa en el mecanismo de control de constitucionalidad que rige en Francia y que, a diferencia de los anteriores, se ejerce *a priori*, es decir, previo a la entrada en vigor de una norma. Este mecanismo es así de tipo preventivo, pues se lleva a cabo antes de que una norma sea introducida a un sistema jurídico, es carácter abstracto, e impide, en principio, que una norma considerada inconstitucional sea aplicada. Ahora bien, este control no impide obviamente que, una vez que una norma entra en vigor, pueda luego interpretarse como inconstitucional, razón por la cual, los sistemas jurídicos que cuentan con este mecanismo, contemplan además otras instancias, para reclamar de la inconstitucionalidad de una norma para que esta no sea aplicada a un caso concreto. El órgano encargado del control preventivo de constitucionalidad puede

todos los países europeos cuentan con un control concentrado de constitucionalidad. Así, por ejemplo, Grecia, Suecia, Dinamarca y Noruega cuentan con un mecanismo de control difuso.

⁵⁰⁹ Los tribunales constitucionales, además de controlar la constitucionalidad de las leyes, pueden tener también otras funciones, cuestión que ocurre en la mayoría de sistemas jurídicos que cuentan con éste órgano. Sin embargo, en algunos sistemas jurídicos sólo se dedican a controlar la validez de las normas, como ocurre, por ejemplo, en Bélgica. Sobre los diversos tipos de tribunales constitucionales véase FERRERES COMELLA, 1997; FAVOREU, 1994.

⁵¹⁰ Como ocurre, por ejemplo, en Brasil (artículo 101 a 103 de la Constitución) y México (artículo 94 a 105 de la Constitución).

ser un de tipo político, como ocurre Francia (que está cargo del Consejo constitucional), o un órgano jurisdiccional, como ocurre en Chile (que está a cargo del Tribunal Constitucional⁵¹¹). Cabe tener en cuenta que, en los sistemas jurídicos de control preventivo, habitualmente no todas las normas, sino sólo las de determinadas fuentes, están sometidas a un control previo de carácter obligatorio⁵¹².

Si bien es cierto que estos modelos están basados en los mecanismos de control de ciertos sistemas jurídicos, muchos de éstos tienen matices o han incorporado rasgos de otros sistemas. Así, por ejemplo, en el sistema norteamericano, no obstante establecerse un control que se ejerce *a posteriori*, en concreto, difuso y de *efectos inter partes*, las decisiones de los órganos supremos de ese sistema constituyen un precedente obligatorio para los órganos aplicadores (*stare decisis*), teniendo en cuenta, además, que hay algunas situaciones para las que se contempla un control en abstracto⁵¹³. A su vez, en los sistemas que se corresponden al segundo modelo, esto es, de control *a posteriori*, centralizado y de efectos *erga omnes*, si bien los jueces comunes no tienen competencia para decidir sobre la constitucionalidad de las normas, generalmente se contemplan figuras como la cuestión de constitucionalidad, en la cual éstos cumplen un rol de “filtro previo”. Así, por ejemplo,

⁵¹¹ Pero que es independiente del poder judicial y cuyos miembros son elegidos por el poder político. Los requisitos y procedimiento para la designación de los miembros del Tribunal Constitucional chileno se encuentran en el artículo 92 de la Constitución.

⁵¹² Así, por ejemplo, en Chile el Tribunal Constitucional controla preventiva y obligatoriamente las leyes que interpretan la Constitución, las leyes orgánicas y los tratados internacionales que traten materias propias de éstas últimas (artículo 93 N° 1 de la Constitución). A requerimiento de ciertos órganos controla preventivamente proyectos de ley, de reforma constitucional, y de los tratados sometidos a aprobación del Congreso (artículo 93 N° 3). Respecto de los decretos con fuerza de ley, estos pasan por un control previo ejercido por la Contraloría General de la República, denominado “toma de razón”, quien debe objetarlos cuando estime que son ilegales o inconstitucionales. Del pronunciamiento sobre la constitucionalidad de los decretos de la Contraloría puede reclamarse ante el Tribunal Constitucional (artículo 93 N° 9). Ahora bien, el Tribunal Constitucional además ejerce también un control *a posteriori* cuando se reclama ante el mismo la inaplicabilidad de la una norma de fuente legal, (artículo 93 N° 6 y 7 de la Constitución), o de los decretos (artículo 93 n° 4) y también de las normas administrativas de los Tribunales (93 N° 2) y del Presidente de la República (artículo 93 N° 9 y 16).

⁵¹³ Así, por ejemplo, se contempla un procedimiento para declarar la inconstitucionalidad de normas jurídicas por violación de la Primera Enmienda, en razón de la vulneración de la libertad de expresión o de la libertad de prensa. Sobre los matices del sistema norteamericano puede verse: VÍRGALA FORURIA, 2001: 77 a 124.

tanto en el sistema jurídico español, el italiano y el alemán se establece que cuando un juez está conociendo de un caso concreto y éste cuestiona la constitucionalidad de una norma aplicable al caso, o se reclama por una de las partes, el juez debe elevar la cuestión al tribunal constitucional o a la suprema corte (según quien sea el órgano competente), para que se pronuncie sobre constitucionalidad de la misma y le autorice a no aplicarla. De este modo es que, aun cuando el juez del caso no decide sobre la constitucionalidad, ejerce una cuota de control, debido a que es quien resuelve elevar la cuestión al órgano competente si es que considera que es plausible la inconstitucionalidad de una norma⁵¹⁴. Una situación bastante similar se da en los sistemas jurídicos que prevén un control preventivo y abstracto, como el francés y el chileno, en los cuales se contempla además un control *a posteriori* y en concreto por medio de las cuestiones de inconstitucionalidad que pueden promover los jueces de oficio a o petición de parte, para solicitar a los órganos con competencias de control que los autorice a inaplicar una norma a un caso concreto por considerarla inconstitucional⁵¹⁵. Por otra parte, hay sistemas jurídicos con mecanismos de control particulares, como ocurre en Argentina, donde hay un control

⁵¹⁴ En sistema jurídico español, la cuestión de constitucionalidad está prevista en el artículo 163 de la Constitución, y se encuentra regulada en la LOTC (artículo 30 y artículos 35 y ss.). En Italia, la ley constitucional de 1948 consagra el control concentrado y *a posteriori* por vía de la excepción. Por su parte, el artículo 23 de ley 87/1953 italiana establece que los jueces podrán elevar una cuestión de constitucionalidad ante la Corte, cuando conociendo de un caso sospechen que una norma es inconstitucional, siempre que la cuestión sea relevante para el caso y existan argumentos plausibles para sostener la inconstitucionalidad de la misma. En Alemania, la cuestión de inconstitucionalidad está regulada en el artículo 100, párrafo 1º, número 2 de la Constitución y en los artículos 80 y ss. de la ley del Tribunal Constitucional Federal. A grandes rasgos, se contempla que, al conocer de un caso, si un juez considera que una norma es inconstitucional éste no está autorizado para dejar de aplicarla, pero debe presentar una cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional Federal, y una vez que este último decide, el juez de caso prosigue el proceso suspendido.

⁵¹⁵ A partir de la reforma del año 2008 se contempla en Francia un control concreto en el que los jueces pueden presentar cuestiones de inconstitucionalidad, previa aprobación del Tribunal de Casación o del Consejo de Estado. El artículo 61-1(1) de la Constitución francesa dispone: «Cuando, con motivo de una instancia pendiente ante una jurisdicción, se alegue que una disposición legislativa perjudica a los derechos y las libertades que garantiza la Constitución, se podrá someter el asunto, tras su remisión por parte del Consejo de Estado o del Tribunal de Casación, al Consejo Constitucional que se pronunciará en un plazo determinado. Una ley orgánica determinará las condiciones de aplicación del presente artículo». En Chile, por su parte, desde la reforma constitucional del año 2005, se establece que los jueces ordinarios están autorizados para solicitar al Tribunal Constitucional la inaplicabilidad de una norma. Además, se contempla que, una vez que el Tribunal Constitucional autoriza a los jueces a inaplicar una norma por considerarla inconstitucional, podrá iniciarse una acción de inconstitucionalidad para anular la misma, e incluso el tribunal constitucional podrá anularla de oficio (artículo 93 inciso 11 de la Constitución).

difuso, en tanto se ordena a todos los jueces inaplicar las normas inconstitucionales, pero que es diverso al modelo norteamericano, en tanto no rige el *stare decisis*⁵¹⁶. Hay también mecanismos híbridos o mixtos, como ocurre en Brasil, en que se contempla tanto un control difuso a cargo de todos los jueces, quienes pueden inaplicar una norma al caso del que conocen por considerarla inconstitucional; y también un control concentrado y abstracto por cuanto se puede reclamar directamente por vía de una acción la inconstitucionalidad de una norma ante el Supremo Tribunal Federal de Brasil, quien resuelven con efecto *erga omnes*⁵¹⁷.

Con lo recién expuesto sobre los diversos modelos me interesa poner de manifiesto que, según cuál sea el mecanismo de control de la regularidad de las normas jurídicas, y de cómo se encuentre estructurado y organizado, dependerá que éstas puedan producir efectos jurídicos. En estos últimos párrafos me he referido al control de la constitucionalidad en tanto es el mecanismo que de modo más evidente muestra esta cuestión, no obstante, que la regularidad puede estar condicionada también en otros niveles del sistema jurídico. Como se ha intentado mostrar, cuando una norma está sujeta a control difuso, los jueces que conocen de un caso concreto pueden decidir sobre su regularidad, de modo que si determinan que una norma es irregular dejan de aplicarla al caso concreto del que conocen, evitando así que ésta produzca las consecuencias jurídicas por ella previstas. Sin embargo, como se explicó, esto no impide que otros jueces que no la interpretan como irregular puedan aplicarla. Pues en los sistemas jurídicos que cuentan con un control difuso, la decisión sobre la regularidad que toman los jueces tiene efectos

⁵¹⁶En el artículo 116 de la Constitución argentina se señala: «Corresponde a la Corte Suprema de Justicia y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación». De esta disposición se ha extraído el control difuso, en tanto se interpreta que tanto la Corte Suprema, como también todos los tribunales inferiores deben controlar la constitucionalidad de las normas. Ahora bien, como se señaló, a diferencia de los Estados Unidos, no rige el *stare decisis*, pues incluso las decisiones de la Corte sólo tienen efecto *inter partes*, excepcionalmente se ha resuelto que la decisión de inconstitucionalidad de la Corte tenga efecto *erga omnes*.

⁵¹⁷En los artículos 101 a 103 de la Constitución brasileña se regula al Tribunal Supremo Federal. El artículo 102 inciso 1 número 1 dispone: «Es competencia del Supremo Tribunal Federal, principalmente, la garantía de la Constitución, correspondiéndole: 1. procesar y juzgar, originariamente: 1. la acción directa de inconstitucionalidad de leyes o actos normativos federales o estatales». En el artículo 103 señala los sujetos habilitados para interponer la acción de inconstitucionalidad.

limitados al caso concreto, salvo las decisiones de los órganos supremos, las cuales pueden constituir un precedente que vincula a los demás órganos aplicadores en los sistemas en que rige el *stare decisis*.

En los sistemas de control concentrado (tanto *a priori* como *a posteriori*), en cambio, las interpretaciones sobre la constitucionalidad de las normas que realizan los jueces que conocen de un caso concreto, por regla general, no producen efectos jurídicos, al menos directos, sobre las mismas⁵¹⁸. En caso que así lo interpreten, los órganos aplicadores deberán acudir al órgano al que se atribuye la competencia para controlar la regularidad de las normas, para que sea éste quien decida sobre la aplicabilidad de la misma, e incluso sobre la permanencia de una norma en ese orden jurídico. Sólo la decisión de este último, la cual tiene efectos *erga omnes*, podrá impedir que una norma continúe produciendo consecuencias al ser utilizada por los órganos aplicadores. Respecto a los efectos jurídicos de la decisión de inconstitucionalidad del tribunal constitucional (o de quien sea el órgano al que se atribuye la competencia de control), pueden hacerse algunas precisiones:

Cuando por medio de una sentencia del órgano competente, se decide que una norma es incompatible con la constitución por no adecuarse a los requisitos formales de validez normativa, generalmente, traerá como consecuencia que se elimine todo el texto que la contiene, independientemente de la interpretación sustancial de sus disposiciones. Una sentencia del tribunal constitucional en la que se decide que una norma es irregular por razones de invalidez material, en cambio, involucra necesariamente una actividad de interpretación sustancial de las disposiciones que la contienen, pero pueden darse distintas situaciones:

Una de estas situaciones es que, como consecuencia de la decisión de inconstitucionalidad de una norma, se elimine todo el texto que las contiene, porque se estima que expresa

⁵¹⁸ Salvo en algunos casos. Como se señaló páginas atrás, en los sistemas jurídicos de control concentrado, puede ocurrir que respecto de algunas normas se aplique también un control difuso, como ocurre en España con las normas provenientes de la administración, en tanto que los jueces pueden inaplicar una norma administrativa por considerarla irregular.

normas que son todas incompatibles con la constitución. También puede ocurrir que sólo se eliminen algunas de las disposiciones de un texto, pero no todas, puesto que se considera que sólo algunas de ellas expresan normas inconstitucionales. E incluso que se elimine sólo una parte de una disposición que se considera incompatible con la constitución, pero que se mantenga el resto de la disposición, así como el texto de que la contiene. Ahora bien, también puede ocurrir que se decida que una disposición puede interpretarse de diversas maneras, una de esas interpretaciones es incompatible con las normas constitucionales, pero otra no. En este caso, generalmente, no se elimina la disposición, sino que sólo se impide a los órganos aplicadores interpretar de una determinada manera a la disposición, es decir, de modo que exprese una norma irregular⁵¹⁹. A este respecto cabe mencionar una técnica interpretativa que ha ido tomando preeminencia cuando se trata de resolver sobre constitucionalidad de una norma, esta es, la interpretación conforme o “adecuadora” a la constitución. De acuerdo con esta técnica, se privilegia una interpretación de las disposiciones que pueda adecuarse a las normas constitucionales, y cuando se estima que ello es posible, suele rechazarse la inconstitucionalidad, pero a condición de que la disposición en cuestión no sea interpretada de una cierta manera⁵²⁰. Relacionado con esto último está la presunción de constitucionalidad, cuando es entendida como un criterio interpretativo, de acuerdo con el cual, se presumen válidas las normas de fuente legislativa, de modo que los órganos con competencia de control sólo deben declarar la inconstitucionalidad de una norma y/o de las disposiciones que la contienen cuando ésta sea manifiesta, lo cual se entiende como que no admite una interpretación que pueda ser armonizada con la constitución⁵²¹. Resolver lo anterior será también una decisión interpretativa del órgano con competencias de control.

⁵¹⁹ En se sentido véase GUASTINI, 2011a: 302 y ss.

⁵²⁰ Sobre la interpretación conforme o adecuadora en general (no sólo respecto de la constitución, sino de cualquier norma de rango superior), véase GUASTINI, 2001: 161, 162; 2011: 301-305. Sobre los efectos de las sentencias constitucionales de acogimiento y de rechazo véase GUASTINI, 2011a: 381-396.

⁵²¹ Sobre los fundamentos de la presunción de constitucionalidad como criterio interpretativo, puede verse FERRERES COMELLA, 1997 :163-214; CARMONA, 2012: 116 y ss.

Todas estas cuestiones interpretativas, que giran en torno a la decisión de la regularidad constitucional de una norma, muestran que el órgano encargado del control es el intérprete que decide finalmente que una norma que considera irregular pueda producir o continuar produciendo efectos jurídicos. Pues el propio sistema jurídico le atribuye esa competencia. A esto creo que apuntaba Kelsen, cuando en el texto dedicado a la justicia constitucional, afirmaba:

«Garantías de la Constitución significa, por consiguiente, garantías de la regularidad de las reglas inmediatamente subordinadas a la Constitución, es decir, esencialmente, garantías de la constitucionalidad de las leyes»⁵²².

«Por lo común se constata una tendencia a tratar los actos de las autoridades públicas, aún irregulares, como válidos y obligatorios hasta tanto que otro acto de otra autoridad no los haga desaparecer. La cuestión de la regularidad o de la irregularidad de los actos de las autoridades no debe ser decidida, sin más, por el individuo particular o el órgano estatal al que estos actos se dirigen, exigiendo obediencia, sino por la autoridad misma de quien ha emanado el acto cuya regularidad se discute o por otra autoridad cuya decisión se provoca por medio de un procedimiento determinado»⁵²³.

En un sentido similar se pronuncia Bruno Celano en *Justicia procedimental pura y teoría del derecho*, quien señala:

«En pocas palabras: en el ámbito jurídico el problema de si son regulares los actos de producción jurídica es siempre el problema de la garantía de que son regulares- o sea, de su garantía jurídica: de si el mismo derecho ofrece o no ofrece los medios necesarios para llegar a un juicio sobre la cuestión de si son regulares [...] El modo en que puede darse que el derecho ofrezca tal garantía consiste, precisamente, en que confiera un poder: en la especificación de un órgano habilitado para pronunciar el juicio sobre si son regulares y de las modalidades a las que tal órgano debe atenerse al formular tal juicio»⁵²⁴.

Y unas páginas más adelante:

⁵²² KELSEN, 1988: 111-112.

⁵²³ *Ibíd.*: 122.

⁵²⁴ CELANO, 2009: 41.

«[...] en el derecho puede suceder, cualesquiera que sean las condiciones de validez especificadas por el derecho mismo, que actos o normas que no satisfacen tales condiciones sean tratados por juristas y profesionales del derecho, como válidos, y que el juicio sobre su validez se defiera, por el derecho mismo, a un órgano particular de tal manera que sólo el juicio emitido por tal órgano, en ejecución de un procedimiento determinado, tenga consecuencias jurídicas»⁵²⁵.

Lo anterior se relaciona también con la discusión acerca de si las sentencias de los tribunales, en especial los de última instancia, tienen carácter declarativo o constitutivo. Sobre esta discusión ya me he referido en otras partes de trabajo⁵²⁶, sin embargo, quisiera enfatizar que lo que he pretendido subrayar a lo largo de esta investigación apunta hacia las consecuencias jurídicas que producen en un ordenamiento jurídico las decisiones de los órganos a los que se atribuye el control de la regularidad. En razón de lo anterior es que el análisis de las normas irregulares, y la explicación del hecho de que puedan producir efectos jurídicos, requiere tomar en cuenta a los mecanismos de control que se encuentren establecidos en cada orden jurídico. Esto, independientemente de la consideración acerca de si la decisión acerca de la regularidad que puedan tomar estos órganos se considere, por otros intérpretes, adecuada o inadecuada, o si es que están sujetas a algún parámetro de corrección. Lo que considero un aspecto clave, que no puede pasarse por alto para un completo análisis del fenómeno de las normas irregulares, es la pregunta acerca de quién es el sujeto u órgano al que se atribuye la competencia para controlar y decidir sobre la regularidad, así como los alcances de dicha decisión, en tanto es lo que determina- al fin y al cabo- que una norma pueda producir o continuar produciendo efectos. Una evaluación política sobre el diseño institucional de los mecanismos de control, es decir, la valoración de la decisión de depositar el control de las normas jurídicas en uno u otro tipo de órgano, es una interesante discusión política que

⁵²⁵ *Ibid.*:48

⁵²⁶ Específicamente, respecto a las decisiones del tribunal constitucional, Kelsen señala que éste opera como un “legislador negativo” cuando anula una norma. KELSEN, 1988. Autores como Alchourrón y Bulygin, en cambio, creen que las decisiones de este órgano, así como todas las sentencias, son de carácter declarativo, puesto que es la propia constitución la que otorga eficacia a las sentencias que declaran la inconstitucionalidad. ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1971: 187 y ss. Guastini, en una línea similar a la de Kelsen, propone que la sentencia de acogimiento es creadora de derecho, dado sus efectos *erga omnes*, pues modifica el derecho existente. GUASTINI, 2011a, 384-385.

no he abordado en este trabajo. Me he limitado a intentar mostrar que la pregunta acerca de quién decide con efectos jurídicos sobre la regularidad es indispensable para el análisis de las normas que puedan ser consideradas irregulares.

CONSIDERACIONES FINALES

En esta parte conclusiva del trabajo quisiera retomar la pregunta que planteé en la introducción, esta es, ¿cómo la teoría del derecho puede dar cuenta del hecho de que las normas irregulares produzcan efectos jurídicos? El problema que hay tras esta interrogante es que, en la dinámica jurídica, la validez de las normas requiere que éstas sean producidas conforme a otras normas que establecen requisitos tanto formales como materiales para la creación normativa. No obstante, la existencia de normas irregulares muestra que, en el acontecer de la realidad jurídica, incluso las normas contradictorias con las normas sobre producción jurídica pueden igualmente ser aplicadas mientras no sean expulsadas del sistema jurídico mediante la decisión del órgano competente para ello. La importancia de este fenómeno se traduce en que los sistemas jurídicos suelen contener ciertos mecanismos de control, para que determinados intérpretes a los que se atribuye la última palabra sobre la decisión de la regularidad, impidan que las normas consideradas por éstos como irregulares produzcan o continúen produciendo efectos jurídicos.

He analizado la metateoría que considero necesaria para explicar, desde la teoría del derecho, este fenómeno, poniendo de manifiesto la complejidad de los conceptos involucrados en la problemática. Han sido evaluadas las que considero las principales y más contundentes propuestas conceptuales destinadas a explicar este aspecto de la realidad jurídica: el concepto de aplicabilidad y la tesis de la cláusula alternativa tácita, para finalmente proponer los cuatro elementos que he señalado como ineludibles para un análisis de las normas irregulares. Las principales conclusiones de este trabajo son las siguientes:

- Un análisis conceptual de las normas irregulares requiere explicitar algunos de los conceptos de la teoría jurídica que están implicados en la problemática. Si es que son normas válidas o inválidas, si es que tienen una existencia meramente fáctica o existencia

jurídica, si pertenecen al orden jurídico, y si resultan obligatorias o aplicables, son las interrogantes que surgen en torno a este fenómeno, y que la literatura jurídica responde de variadas maneras, sobre todo, debido a que se utilizan los términos 'validez', 'existencia', 'pertenencia' y 'obligatoriedad' en un sentido diverso.

- Ante ello he sostenido que conviene utilizar el término "validez jurídica" exclusivamente para designar la conformidad de una norma con las normas de un sistema jurídico que disciplinan la creación normativa, tanto las referidas a los requisitos formales, es decir, al órgano al que se atribuyen poderes normativos y los procedimientos que éstos deben seguir, como las que regulan los contenidos. Entendida de esta manera, la validez se distingue de la obligatoriedad, ya sea que la última se conciba como un supuesto deber moral de obedecer el derecho, e incluso también si es que es reconstruida como un concepto que hace referencia a un deber jurídico impuesto por una norma de un sistema jurídico que impone la obligación obedecer otras normas.

- A su vez, cabe distinguir entre la validez como conformidad y la existencia jurídica. El fenómeno de las normas irregulares muestra que *existen* normas que, aun cuando no se adecuen a los requisitos establecidos por el propio sistema jurídico, pueden producir consecuencias jurídicas al ser utilizadas como fundamento de las decisiones de los órganos de aplicación del derecho. Es a esto último a lo que considero que debe apuntar el concepto de existencia jurídica: a una cuestión fáctica; a la capacidad de una norma de producir efectos jurídicos, para lo cual, los órganos aplicadores deben reconocerla como tal. En razón de lo anterior sostuve que el concepto de existencia jurídica, como aquellas normas que son formuladas por la autoridad competente es que el resulta más adecuado, en tanto proporciona espacio conceptual para dar cuenta de las normas *jurídicas* irregulares. La existencia jurídica se distingue de la existencia meramente fáctica, precisamente, porque la primera indica la capacidad de producir efectos jurídicos.

- La existencia jurídica de una norma, concebida del modo indicado, no se superpone al concepto de validez, puesto que el requisito del órgano competente es una de las condiciones necesarias para la validez, pero no una condición suficiente. La validez

requiere la adecuación a todas las normas que establecen requisitos para la producción normativa, tanto los referidos a la competencia del órgano, a las reglas de procedimiento, como a las condiciones materiales o de contenido. Para que una norma adquiera existencia jurídica y, por ende, pueda producir efectos jurídicos al ser aplicada, basta la formulación por el órgano competente.

- Lo anterior supone adoptar una noción de órgano competente que no incluya todas las condiciones de validez. Bajo esta concepción, la competencia alude a la capacidad o poder normativo atribuido por ciertas normas de un sistema jurídico a un determinado órgano, concebido éste de acuerdo a su noción más básica, esto es, como los sujetos a los que se les atribuye poderes para la creación normativa, siempre que actúen en su rol. Ahora bien, por regla general, para poder identificar a un órgano competente actuando como tal, de modo de distinguir sus actos de los actos de los sujetos que componen dicho órgano actuando como particulares, habrá que acudir, al menos, a un mínimo de reglas procedimentales. Determinar qué y cuántas reglas procedimentales son necesarias para poder identificar un órgano competente actuando en su rol, es una cuestión que difícilmente admite una fórmula teórica *a priori*. Depende de una serie de hechos sociales complejos y de la estructura y funcionamiento de cada sistema jurídico, de modo que para ello habrá que acudir al sistema jurídico en concreto a analizar.

- La pregunta acerca de si las normas irregulares pertenecen o no pertenecen al sistema jurídico de referencia es respondida de diverso modo por los teóricos del derecho. Lo anterior depende, básicamente, de cuál sea el criterio de identificación adoptado. Según quienes proponen que tal criterio es la legalidad y la deducibilidad, las normas irregulares no pertenecen a los sistemas jurídicos, pero son normas que pueden resultar aplicables en razón de la existencia de normas de aplicación. En general, estos autores utilizan el término "validez" como sinónimo de pertenencia. En cambio, para quienes el criterio de identificación de las normas de un sistema jurídico es la vigencia o la eficacia, las normas irregulares pertenecen al orden jurídico en la medida que puedan ser utilizadas como fundamento de las decisiones de los órganos aplicadores. La elección de cualquiera de

estos criterios es una opción teórica que estará destinada a explicar distintos ámbitos de derecho: la búsqueda de la adecuación a las normas sobre producción jurídica, o el funcionamiento de la realidad jurídica. Sin perjuicio de lo anterior, y a efectos de reducir el ámbito del debate, creo que resultaría de mayor conveniencia no utilizar el término validez como sinónimo de pertenencia, aun cuando se sostenga que la validez entendida como legalidad es el criterio de pertenencia de las normas a un sistema jurídico. De este modo, la disputa se acota a los criterios de identificación, y podría convenirse que cuando se habla de la validez de una norma se está aludiendo a la conformidad con las normas sobre producción normativa.

- Por medio del concepto de aplicabilidad, Bulygin constata que en los sistemas jurídicos pueden existir normas que ordenan a los jueces aplicar otras normas, aun cuando puedan resultar irregulares. Esta es la respuesta al problema planteado que, en la actualidad, tiene mayor recepción en la teoría jurídica. Sin perjuicio de su gran aporte y capacidad explicativa, he sostenido que el concepto de aplicabilidad es una respuesta útil pero incompleta para dar cuenta del fenómeno de las normas irregulares. Lo anterior, no sólo porque la existencia de normas de aplicación es una cuestión contingente, sino que, además, porque una explicación de la teoría jurídica no puede omitir que el hecho de la aplicación de las normas irregulares es una cuestión que está estrechamente vinculada a la pregunta acerca de cómo están configurados los mecanismos de control de la regularidad, aspecto que considero central para el análisis.

- La otra respuesta frente a las normas irregulares que considero de mayor relevancia es la que ofreció Hans Kelsen, analizada en la segunda parte del trabajo. El examen de la tesis de la cláusula alternativa tácita, así como el análisis de los argumentos de sus críticos y de sus defensores, me llevó a concluir que es una tesis que resulta problemática, especialmente, por el modo en que fue formulada. Lo anterior se explica por la confusión en la teoría kelseniana entre los conceptos de validez, obligatoriedad y existencia jurídica, así como por la pretendida coherencia entre las normas de un sistema jurídico. Propuse que estos problemas conducen a Kelsen a lo que considero el principal error de esta tesis:

formularla como si tratase de una autorización o norma tácita y no, en cambio, como una descripción de lo que puede ocurrir en la realidad jurídica, caso en el cual, no sólo no sería una tesis problemática, sino que resultaría útil para dar cuenta del funcionamiento del derecho. Puse de manifiesto que, tras las diversas posturas acerca de la tesis de la alternatividad, hay una distinta visión acerca de la teoría de Kelsen (ya sea como un positivista normativista o como un positivista realista), y también, una postura diferente sobre la función judicial en la dinámica del derecho.

- Sin perjuicio de lo anterior, concluí que la tesis de la cláusula alternativa tácita no debe ser descartada del todo. La tesis de Kelsen aborda un aspecto que he considerado ineludible para el análisis de las normas irregulares y que suele ser omitido: el vínculo con los mecanismos de control de la regularidad. El autor de la teoría pura es quien observa que, si en un sistema jurídico no hay un órgano diverso al legislador para controlar la regularidad de las normas, será este mismo quien determinará las normas que pueden ser aplicadas, aun cuando puedan contradecir a las normas constitucionales. Si, en cambio, el control de la constitucionalidad se encarga a un órgano diverso al legislador para que determine, en última instancia, si una norma se ajusta o no a ésta (el intérprete auténtico, en sus términos), será dicho órgano quien decidirá, de modo definitivo, sobre la regularidad o irregularidad constitucional.

- El examen de la metateoría involucrada, así como la evaluación de las principales respuestas que la literatura jurídica ha ofrecido para explicar a las normas irregulares, me condujo a proponer los cuatro elementos que considero ineludibles para analizar este fenómeno.

- El primero de estos elementos consiste en la idea de que la regularidad o irregularidad de las normas jurídicas es relativa a otra serie de normas de un sistema jurídico, estas son, las normas sobre producción jurídica. Estas últimas, entendidas como el conjunto de normas que inciden o establecen condiciones para la creación normativa, ya sean de tipo formal como material. Sostuve que el concepto de normas sobre producción jurídica resulta más adecuado que el concepto de normas de competencia para definir, en

relación a éstas, las normas irregulares. Sobre esta temática existe un complejo y arduo debate, especialmente, respecto del carácter de las normas de competencia y su alcance. Los autores que definen las normas irregulares en relación a las normas de competencia, conciben a estas últimas en sentido amplio, es decir, incluyendo todas las condiciones de validez. Sin embargo, esto resulta problemático puesto que, atribuyen a las normas de competencia un carácter unitario, en general, como normas permisivas o normas constitutivas. Tal como definen las reglas permisivas o constitutivas, difícilmente puede atribuirse ese mismo carácter a todas las normas que establecen condiciones de validez. Otra alternativa teórica es concebir las normas de competencia con carácter unitario, pero restringidas exclusivamente a aquellas que atribuyen poderes normativos a un determinado sujeto u al órgano (tal como propone Ferrer). De este modo se evita el problema anterior, pero entonces las normas irregulares no pueden ser definidas en relación a éstas. Un concepto como el de normas sobre producción jurídica de Guastini, permite definir las normas irregulares en relación a éstas sin entrar en estas complicaciones. Por una parte, porque las normas sobre la producción jurídica pueden ser concebidas como un conjunto heterogéneo de normas que establecen los requisitos formales (relativas al órgano competente y los procedimientos que éstos deben seguir) y materiales (o de contenido) para la creación de otras normas. A su vez, esta concepción no borra la diferencia entre existencia jurídica y validez antes señalado, dado que permite distinguir entre el requisito de órgano competente de otras condiciones de la validez, de modo que brinda el espacio conceptual para dar cuenta de la existencia jurídica de normas irregulares.

- El segundo elemento que propuse está dirigido a mostrar que la regularidad o irregularidad de una norma es producto de una decisión interpretativa, entendida ésta como el resultado de una actividad de atribución de significado. Esta decisión producirá efectos jurídicos cuando el intérprete sea el órgano al que el sistema jurídico encarga la decisión sobre la regularidad de una norma, especialmente, cuando son quienes tienen la competencia para decidir en última instancia. Dicho órgano podrá expulsar de ese orden jurídico a la norma considerada por éste como irregular o, al menos, podrá impedir que

ésta sea aplicada. Como se desarrolló en el correspondiente apartado, la anterior conclusión implica concebir la interpretación jurídica en un sentido amplio, es decir, como cualquier actividad de atribución de significado de una formulación normativa que da lugar a una norma, independientemente de la dificultad o complejidad de la misma. A su vez, concebir la irregularidad como el resultado de una decisión interpretativa, no se opone a ninguna de las tres grandes teorías de la interpretación (cognitivismo, escepticismo, teoría ecléctica). Lo que he señalado está dirigido a constatar lo que ocurre en la realidad jurídica, a subrayar que sólo las decisiones de algunos intérpretes producen consecuencias jurídicas, estos son, los intérpretes a los que el propio sistema jurídico atribuye competencias normativas. Lo anterior nada dice acerca de si las decisiones interpretativas están o no sujetas a valores de verdad o falsedad, o a algún parámetro de corrección, pues esta última cuestión puede abordarse de modo separado.

- El tercer elemento está dado por la distinción entre la aplicación de hecho de normas irregulares y la aplicabilidad de las mismas. A diferencia de los anteriores elementos propuestos, éste no gira en torno a la decisión de regularidad o irregularidad normativa, sino al hecho que, aun las normas que puedan resultar irregulares sean aplicadas, es decir, utilizadas como fundamento de las decisiones de los órganos aplicadores, mientras el órgano encargado del control de la regularidad no decida la expulsión del orden jurídico. Puse de manifiesto que la aplicación de hecho de las normas irregulares es una cuestión relacionada, pero diversa de lo descrito mediante el concepto de aplicabilidad. El concepto de aplicabilidad describe la existencia de normas de aplicación, lo cual es una cuestión contingente, pues en un sistema jurídico puede haber o no normas que ordenen a los órganos aplicadores la aplicación de otras determinadas normas, incluso irregulares. La existencia de normas de aplicación es uno de los factores que puede explicar el hecho de que las normas irregulares sean utilizadas como fundamento de las decisiones de los órganos aplicadores, como también la presencia de instituciones como la presunción de regularidad constitucional. En razón de esta última, los órganos aplicadores se encuentran obligados a aplicar las normas que regulen un caso, sin que puedan cuestionar su regularidad, asunto que se encarga a otro órgano que tiene la competencia exclusiva para

decidir sobre ello. Ahora bien, lo que he planteado es que la aplicación de hecho de normas irregulares, así como la existencia de normas de aplicación y de la presunción de constitucionalidad, son aspectos estrechamente vinculados con la existencia y estructura de mecanismos de control de la regularidad de las normas.

- El cuarto y último elemento es, precisamente, el desarrollo de la idea que ha sido hilo conductor del trabajo. La pregunta en torno al hecho que las normas irregulares puedan producir efectos jurídicos es inseparable de la pregunta acerca de cuáles son los mecanismos de control de la regularidad y de cómo están organizados. Mediante la exposición de los diversos tipos o modelos de control de la regularidad de las normas jurídicas, he pretendido mostrar que la configuración de los mismos y, sobre todo, quién decide en última instancia, es lo que determina que las normas que puedan ser consideradas por algunos intérpretes como irregulares, sean aplicadas, mientras el intérprete al que se le atribuye la competencia para controlar la regularidad normativa decida que éstas no pueden continuar produciendo efectos jurídicos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, B., 1991: *We the people: Foundations*. Harvard University Press, Cambridge (MA), Estados Unidos.

ACKERMAN, B., Y ROSENKRANTZ, C., 1991: «Tres concepciones de la democracia constitucional», en *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*. Investigación colectiva del Centro de Estudios Institucionales de Buenos Aires. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

AGUILÓ, J., 1990: «Sobre Definiciones y Normas», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 8, 1990: 273-282.

ALEXANDER, L. Y SCHAUER, F., 2009: «Social Facts, Constitutional Interpretation the rule of recognition», en ADLER, K. Y HIMMA, E. (eds.), 2009: *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*. Oxford university Press, edition Kindle, Oxford, 2009: cap. 7.

ALCHOURRÓN, C. E., Y BULYGIN, E., 1971: *Normative Systems*. Springer Verlag, New York/Wein. Citado por la versión castellana de los autores: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Astrea, Buenos Aires, 1987.

___ 1976: «Sobre el concepto de orden jurídico», en *Crítica*, vol. VIII, núm. 23. Citado por la versión publicada en ALCHOURRÓN, C.E, Y BULYGIN, E., 1991: 393-407.

___ 1979: *Sobre la existencia de las normas jurídicas*. Universidad de Carabobo, Valencia (Venezuela).

___ 1981: «The Expressive Conception of Norms», en HILPINEN, R. (ed.): *New Essays in Deontic Logic*. Reidel, Dordrecht- Boston- London,1981: 95-124. Citado por la versión castellana de los autores: «La concepción expresiva de las normas», en ALCHOURRÓN, C.E, Y BULYGIN, E., 1991: 121-153.

___ 1983: «Definiciones y Normas», en ALCHOURRÓN, C.E, Y BULYGIN, E., 1991: 439-464.

___ 1989: «Von Wright on Deontic Logic and the Philosophy of Law», en SCHILPP, P. Y HAHN, L. (eds.): *The Philosophy of Georg Henrik von Wright*. Library of Living Philosophers, La Salle, Illinois, 1989. Citado de la versión castellana de los autores: «Von Wright y la Filosofía del derecho», en ALCHOURRÓN, C.E, Y BULYGIN, E., 1991: 69-102.

___ 1991: *Análisis Lógico y derecho*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

ATIENZA, M, Y RUIZ MANERO, J., 1994: «Sulle regole che conferiscono poteri», en *Analisi e diritto Ricerche di giurisprudenza analitica*, 1994: 55 y ss.

___ 1996: *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Ariel, Barcelona.

___ 2003: «Seis acotaciones preliminares para una teoría de la validez jurídica», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 26, 2003: 5-39.

ATRIA, F., 2000: «Revisión judicial. El síndrome de la víctima insatisfecha», en *Estudios Públicos nº 79.*, invierno del 2000: 347-402.

ATRIA, F., BULYGIN, E., MORESO, J.J, NAVARRO, P., RODRÍGUEZ, J., RUIZ MANERO, J., 2005: *Lagunas del Derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*. Marcial Pons, Madrid.

AUSTIN, J., 1832: *The Providence of Jurisprudence Determined*. John Murray, London. Citado por la edición de RUMBLE, W.E. (ed.). Cambridge University Press, Cambridge, 1995.

___ 1961: «Performative Utterances», en *Philosophical Papers*. Oxford University Press, Oxford. Citado por la versión castellana «Emisiones realizativas», en VALDÉS VILLANUEVA, L. MI. (ed.), 1991: *La búsqueda del significado*. Tecnos, Madrid.

___ 1972: *How to do things with words*. Clarendon Press, Oxford. Citado por la versión castellana de CARRIÓ, G., Y RABOSI, E.A., 1990: *Cómo hacer cosas con palabras*. Paidós, Barcelona.

AZZONI, G.M., 1988: *Il concetto di condizione nella tipologia delle regole*. CEDAM, Padova.

BAYÓN, J.C., 2000: «Derechos, democracia y Constitución», en *Discusiones: Derecho y justicia constitucional*, núm. 1, 2000.

BAYÓN, J.C Y RODRÍGUEZ, J., 2003: *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales. El debate Bayón- Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas.* Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

BENTHAM, J., 1970: *On Law in General* (editado por HART, H. L. A). The Athlone Press, University of London, London.

BIECKEL, A.M, 1986: *The least dangerous branch.* Yale University Press, New Haven, Estados Unidos.

BIX, B., 1999: *Law, Language, and Legal Determinacy.* Clarendon Press, Oxford.

BOBBIO, N., 1955: «Sul ragionamento del Giuriste», en *Rivista de Diritto Civile I*, 1955: 3-14. Citado de la versión publicada por el autor en *Contributi ad un dizionario giuridico*, 1994: 285-286.

___ 1968: «Normas primarias y normas secundarias» en *Contribución a la teoría del Derecho.* Citado por la versión castellana de RUIZ MIGUEL, A., 1980: *Contribución a la teoría del derecho.* Fernando Torres, Valencia.

___ 1975: «Per un lessico di teoria generale del diritto», en *Studi in memoria di Enrico Guicciardi.* Cedam, Padova, 1975: 47-55. Citado por la versión publicada bajo el título «norme secondarie», en BOBBIO, N., 1994: 233-244.

___ 1994: *Contributi ad un dizionario giuridico.* Giappichelli, Torino.

BULYGIN, E., 1963: «El concepto de vigencia en Alf Ross», en *Revista del Colegio de Abogados de la Plata.* Citado por la versión publicada en ALCHOURRÓN, C.E., Y BULYGIN, E., 1991: 339-354.

___ 1965: «La relación entre validez y eficacia en Kelsen y Hart», en *Notas de filosofía del derecho*, año II, núm. IV.

___ 1967 «Sentenza giudiziaria e creazione di diritto», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 44, 1967: 164-180. Citado por la versión castellana «Sentencia judicial y creación del derecho» en ALCHOURRÓN, C.E., Y BULYGIN, E., 1991: 355-370.

___ 1976: «Sobre la regla de reconocimiento», en ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1991: 383-392.

- ___ 1980: «Kant y la filosofía del derecho contemporánea», en *Archivos Latinoamericanos de Metodología y Filosofía del derecho*, núm. 1. Citado por la versión publicada en ALCHOURRÓN, C.E., Y BULYGIN, E., 1991: 371-382.
- ___ 1982: «Time and Validity», en MARTINO, A.: *Deontic Logic Computational Linguistics and Legal Information Systems*. North Holland, Amsterdam, New York, Oxford, 1982: 65-82. Citado por la versión castellana del autor: «Tiempo y Validez», en ALCHOURRÓN, C.E., Y BULYGIN, E., 1991: 465-484.
- ___ 1983a: «Sobre la estructura lógica de proposiciones de la ciencia del derecho», en ALCHOURRÓN, C.E., Y BULYGIN, E., 1991: 331-338.
- ___ 1983b: «Definiciones y Normas», en ALCHOURRÓN, C.E., Y BULYGIN, E., 1991: 439-465.
- ___ 1988: «On competence Norms», ponencia presentada en el Congreso *Rights and the Philosophy of Law: Legal, Moral and Political Questions* en la Universidad de Miami. Citado por la versión castellana del autor: «Sobre las normas de competencia», en ALCHOURRÓN, C.E., Y BULYGIN, E., 1991: 484-497.
- ___ 1990: «An antinomy in Kelsen`s Pure Theory of Law», en *Ratio Juris*, 3, 1990:29- 45. Citado por la versión castellana del autor «Validez y positivismo», en ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1991: 499- 520.
- ___ 1991a: «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 9, 1991: 257-270.
- ___ 1991b: «Regla de reconocimiento: norma de obligación o criterio conceptual. Réplica a Juan Ruiz Manero», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 9, 1991: 311- 318.
- ___ 1995a: *Norme, validità, sistema normativi*. Giappichelli, Torino.
- ___ 1995b: «Cognition and Interpretation of Law» en GIANFORMAGGIO, L. Y PAULSON, S. (eds.), *Cognition and interpretation of law*. Giappichelli, Torino, 1995:11-35.
- ___ 1999: « True or False Statements in Normative Discourse», en EGIDI, R. (ed.): *In Search of a New Humanism. The Philosophy of Georg Henrik von Wright*. Kluwer Academic, Dordrecht.
- ___ 2003: «Los jueces ¿crean derecho?», en *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 18, abril 2003: 6-25.

___ 2005a: «El problema de la validez en Kelsen» en KELSEN, H., BULYGIN, E., Y WALTER, R., 2005: 99-124.

___ 2005b: «Creación y aplicación del derecho» en ATRIA, F., BULYGIN, E., MORESO, J.J, NAVARRO, P., RODRÍGUEZ, J., RUIZ MANERO, J., 2005: 29-44.

___ 2006: *El positivismo jurídico*. Fontamara, México.

___ 2012: «El problema de la validez en Kelsen» en RAMÍREZ CLEVES, G. (ed.), 2012: 423-438.

___ 2013: «Algunas respuestas a los críticos», en *Análisis filosófico*, vol.33 (2), nov. 2013: 249-264.

CALSAMIGLIA, A., 1977: *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*. Ariel, Barcelona.

CARACCILO, R., 1979: «Fundamentos del derecho y fundamentos del conocimiento del derecho» en *Crítica. Revista hispanoamericana de filosofía*, XI, núm. 31, 1979: 35-52.

___ 1993: «Some Remarks about Empowering Norms», manuscrito ponencia presentada en el quinto simposium kelseniano, organizado por Letizia Gianformaggio, Siena.

___ 1994: *La noción de sistema jurídico en la teoría del derecho*. Fontamara, México D.F.

___ 1995: «Due tipi di potere normativo», en COMANDUCCI, P., Y GUASTINI, R. (EDS.): *Analisi e Diritto Ricerche di Giurisprudenza Analitica 1995*. Giappichelli, Torino.

___ 1988: *El sistema jurídico. Problemas actuales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

___ 1997: «Existencia de normas», en *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* núm. 7, octubre de 1997: 159-178.

___ 2009: «Justificación normativa y pertenencia» en CARACCILO, R.: *El derecho desde la filosofía. Ensayos*. Centro Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009: 47-54.

CARCATERRA, G., 1988: «La forza costitutiva delle norme», en *Il normativismo e la forza costitutiva delle norme*. Bulzoni, Roma.

___ 1994: «Norme costitutiva», EN SCARPELLI, U., Y DI LUCIA, P. (EDS.), 1994: *Il linguaggio del diritto*. Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, Bologna.

CARMONA, C., 2012: «Autorestricción en el tribunal constitucional chileno», en *Derecho Y Humanidades*, núm. 19, 2012: 75-128.

Carrió, G., 1965: *Notas sobre el derecho y el lenguaje*. Astrea, Buenos Aires. Citado por la 4ª edición, 1990, Abeledo Perrot, Buenos Aires.

CELANO, B., 1997: «Fatti istituzionali: la teoria de J.R. Searle», COMANDUCCI, P., Y GUASTINI, R. (EDS.): *Analisi e Diritto Ricerche di Giurisprudenza Analítica 1997*. Giappichelli, Torino

___ 1999: *La Teoria del diritto di Hans Kelsen: una introduzione critica*. Il Molino, Bologna.

___ 2009: *Derecho, justicia, razones: ensayos 2000-2007*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

COMANDUCCI, P., 1997: «Taking Kelsen seriously» en GARZÓN VALDÉS, E., et al. (eds.): *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin*. Duncker & Humblot, Berlin, 1997: 165-182.

___ 1998: «Kelsen e la clausola alternativa tacita», en *Assagi di metaetica due*. Giappichelli, Torino, 1998: 139-158.

___ 1999: «L'interpretazione delle norme giuridiche. La problemática attuale», en BESSONE, M. (ed.), *Interpretazione e diritto giudiziale, I. Regole, metodi, modelli*. Giappichelli, Torino, 1999: 1-20.

___ 2011: «La interpretación Jurídica», en FERRER BELTRÁN, F., Y RATTI, G.B (eds.), 2011:51-70.

___ 2012: «Tomando a Kelsen en serio», en RAMÍREZ CLEVES, G.A. (ed.), 2012: 439-460.

COMANDUCCI P., Y GUASTINI, R. (eds.), 1994: *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*. Giappichelli, Torino.

___ 1995: *Analisi e Diritto. Ricerche di Giurisprudenza analítica*. Giappichelli, Torino.

___ 1996: *Analisi e Diritto. Ricerche di Giurisprudenza analítica*. Giappichelli, Torino.

___ 1997: *Analisi e Diritto. Ricerche di Giurisprudenza analítica*. Giappichelli, Torino.

___ 2000: *Analisi e Diritto. Ricerche di Giurisprudenza analítica*. Giappichelli, Torino.

___ 2004: *Analisi e Diritto. Ricerche di Giurisprudenza analítica*. Giappichelli, Torino.

___ 2005: *Analisi e Diritto. Ricerche di Giurisprudenza analítica*. Giappichelli, Torino

___ 2006: *Analisi e Diritto. Ricerche di Giurisprudenza analítica*. Giappichelli, Torino

___ 2007: *Analisi e Diritto. Ricerche di Giurisprudenza analítica*. Giappichelli, Torino.

___ 2014: *Analisi e Diritto. Ricerche di Giurisprudenza analítica*. Giappichelli, Torino.

CONTE, A.G., 1967: *In Margine All'Ultimo Kelsen*. Studi Giuridici, Pavia.

___ 1977: «Aspetti della semántica del linguaggio deontico», en DI BERNARDO, G. (ed.): *Lógica deontica e semántica*. Il Mulino, Bologna.

___ 1985a: «Rególe eidetico-costitutive», en *Nuova civiltá delle macchine*, año III, núm. 3-4, 1985.

___ 1985b: «Materiali per una tipologia delle rególe», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1985.

___ 1986: «Fenomeni di fenomeni», en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 63, 1986: 29-57.

___ 1988: «Costitutivité di rególe», en *Digesto*, IV edición, Torino, 1988.

___ 1989: *Filosofia del linguaggio normativo I, Studi 1965-1981*.Giappichelli, Torino.

CHIASSONI, P., 1990: «L'interpretazione della legge: normativismo semiotico, scetticismo, giochi interpretativi», en *Studi in memoria di Giovanni Tarello. II. Saggi teorico-giuridici*. Giuffrè, Milano.

___ 1999: *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*. Giuffrè, Milano.

___ 2004: «Codici interpretativi. Breviario metodologico per aspiranti giuristi», en COMANDUCCI, P. Y GUASTINI, R.: *Analisi e Diritto. Ricerche di Giurisprudenza analítica 2002-2003*. Giappichelli, Torino, 2004.

___ 2007: *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Il Mulino, Bologna.

___ 2007b. «On the Wrong Track: Andrei Marmor on Legal Positivism, Interpretation, and Easy Cases», en COMANDUCCI, P., Y GUASTINI, R.: *Analisi e Dirirtto. Ricerche di Giurisprudenza analítica*, 2007. Giappichelli, Torino, 2008: 149 y ss.

___ 2010: «Dos preguntas, una solución. Sobre el realismo radical de Hans Kelsen», en MORESO, J.J, Y MARTÍ, J.L, *Contribuciones a la Filosofía del Derecho. Imperia Barcelona 2010*. Marcial Pons, Madrid, 2012.

___ 2012a: *Desencantos para abogados realistas*. Compilación de MORENO CRUZ, D. Universidad Externado, Bogotá.

___ 2012b: «Il realismo radicale della teoria pura del diritto», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, núm.1, 2012: 240 y ss.

___ 2013: “Wiener Realism”, en DUARTE D’ALMEIDA, L., GARDNER, J., Y GREEN, L. (eds.), 2013: 157-160.

___ 2015: «Cuatro etapas en la epistemología jurídica de Hans Kelsen». Inédito.

DICIOTTI, E., 1999a: *Interpretazione della legge e discorso razionale*. Giappichelli, Torino.

___ 1999b: *Verità e certezza nell'interpretazione della legge*. Giappichelli, Torino.

___ 2003: *L’ambigua alternativa tra cognitivismo e scetticismo interpretativo*. Working Paper 45. Dipartimento di Scienze Storiche, Giuridiche, Politiche e Sociali, Siena.

DUARTE D’ALMEIDA, L., GARDNER, J., Y GREEN, L. (eds.), 2013: *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law*. Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon.

DWORKIN, R., 1977: *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press, Cambridge, MA. Citado por la versión castellana: *Los derechos en serio*. Ariel, Barcelona, 1984.

___ 1978: «No right answer? », en HACKER, P.M.S, Y RAZ, J.: *Law, Morality, and Society. Essays in Honor of H.L.A. Hart*, Oxford University Press, Oxford, 1977: 58-84.

___ 1985: *A Matter of Principle*. Harvard University Press, Cambridge, MA.

___ 1986: *Law's Empire*. Harvard University Press, Cambridge, MA. Citado por la versión castellana de *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 1988.

___ 1991: «Pragmatism, Right Answers, and True Banality», en BRINT, M., Y WEAVER, W. (eds.): *Pragmatism in Law & Society*. Westview Press Boulder, San Francisco, Oxford, 1991: 359-387.

___ 1996a: «Indeterminacy and Law», en Guest, S. (ed.): *Positivism Today*. Dartmouth Publishing Company, Aldershot, 1996: 1-9.

___ 1996b: »Objectivity and Truth: You`d better believe it«, en *Philosophy and Public Affairs*, núm. 25, 1996: 87-139.

___ 2004: «La lectura moral y la premisa mayoritaria», en HONGJU, H. Y SLYE, R., 2004: *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Gedisa, Barcelona.

ELSTER, J., 2000a: *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad precompromiso y restricciones*. Fondo de Cultura Económica, México D.F.

___ 2000b: *Ulises y las Sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*. Fondo de Cultura Económica. México, D.F.

ENDICOTT, T., 1996: «Linguistic indeterminacy», en *Oxford Journal of Legal Studies* 16, 1996.

___ 2000: *Vagueness in Law*. Oxford University Press, Oxford.

FAVOREAU, L., 1994: *Los tribunales constitucionales*. Ariel, Barcelona.

FERRAJOLI, L., 1983: «La semantica della teoria del diritto», en SCAPELLI, U. (ed.): *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*. Edizioni di Comunità, Milano, 1983: 81-103.

___ 1998: *Derecho y razón*. Teoría del garantismo penal,

___ 1999: *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trotta, Madrid.

___ 2011: *Podere Salvajes: la crisi de la democracia constitucional*. Trotta, Madrid.

___ 2007: *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. Roma, Laterza. Citado de la versión castellana: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Trotta, Madrid, 2007.

FERRER BELTRÁN J., 2000: *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

FERRER BELTRÁN J., y **RATTI, G. B.**, 2011: *El realismo jurídico genovés*. Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires.

___ 2012 (eds.): *The logic of legal requirements. Essays on Defeasibility*. Oxford University Press, Oxford.

FERRER BELTRÁN, J., Y RODRÍGUEZ, J.L., 2011: *Jerarquías normativas y la dinámica de los sistemas jurídicos*. Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires.

FERRERES COMELLA, V., 1997 *Justicia constitucional y democracia*. Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

___ 2011: *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*. Marcial Pons, Madrid.

FISS, O., 2007: *El derecho como razón pública*. Marcial Pons, Madrid.

GARZÓN VALDÉS, E., 1977: «Algunos modelos de validez normativa», en *Revista Latinoamericana de Filosofía*, iii (1). Citado de la versión publicada en GARZÓN VALDÉS E., 1993: 73-105.

___ 1993: *Derecho, ética y política*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

GIANFORMAGGIO, L., 1994: *Estudios sobre Kelsen*. Fontamara, México.

___ 1995: «Pure Theory of Law and Tacit Alternative Clause», en GIANFORMAGGIO, L. Y PAULSON, S. (eds.): *Cognition and interpretation of law*. Giappichelli, Torino, 1995: 257-273.

GIANFORMAGGIO, L., Y PAULSON, S., 1995: *Cognition and interpretation of law*. Giappichelli, Torino.

GUASTINI, R., 1983: «Teorie delle regole costitutive», en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 60, 1983: 548-564.

___ 1985: *Lezioni Sui Lenguaggio Giuridico*. Giappichelli, Torino.

___ 1989: «Disposizione vs. norme», en *Giurisprudenza costituzionale*, 34, 1989.

___ 1991: «Giudizi di validità e scienza giuridica nell'ultimo Kelsen», en GIANFORMAGGIO, L., (ed.), *Sistemi normativi statici e dinamici. Analisi di una tipologia kelseniana*, Giappichelli, Torino, 1991: 413-427.

___ 1992: *Dalle fonti alle norme*. Giappichelli, Torino.

___ 1993: *Le fonti del diritto e l'interpretazione*. Giuffrè, Milano.

___ 1994: «Invalidity», en *Ratio Juris*, 7, 1994: 212-226.

- ___ 1995a: «Normas supremas», en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 17-18, 1995: 257-270.
- ___ 1995b: *Il giudice e la legge. Lezioni di diritto costituzionale*. Giappichelli, Torino.
- ___ 1996: *Distinguendo: studi di teoria e metateoria del diritto*. Giappichelli, Torino. Citado por la versión castellana de FERRER BELTRÁN, J.: *Distinguendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Gedisa, Barcelona.
- ___ 1997: «Conoscenza senza accettazione», en GIANFORMAGGIO, L., Y JORI, M.: *Scritti per Uberto Scarpelli*. Giuffrè, Milano, 1997: 407 y ss.
- ___ 1998: *Teoria e dogmatica delle fonti*. Giuffrè, Milano.
- ___ 2001: *Lezioni di teoria costituzionale*. Giappichelli, Torino.
- ___ 2002: «Cinco observaciones sobre validez y derogación», en *Discusiones. Inconstitucionalidad y Derogación*, núm. 2, 2002: 59-63
- ___ 2004: *L'interpretazione dei documenti normativi*. Giuffrè, Milano.
- ___ 2005a: *Bobbio sobre la Norma Fundamental y la Regla de Reconocimiento*. Giappichelli, Torino.
- ___ 2005b: «Lo scetticismo interpretativo rivisitato», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 36, 2006: 277 y ss.
- ___ 2006a: «Variaciones de temas sobre Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, Lagunas Axiológicas e Interpretación», en *Análisis Filosófico*, XXVI Nº 2, noviembre de 2006: 277-293.
- ___ 2006b: «A Sceptical View on Legal Interpretation», en COMANDUCCI, P., Y GUASTINI, R. (eds.) *Analisi e Diritto Ricerche di Giurisprudenza Analitica 2005*. Giappichelli, Torino. 2006: 139 y ss.
- ___ 2006c: *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*. Giappichelli, Torino.
- ___ 2008: «Una teoría cognoscitiva de la interpretación», en *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 29, octubre 2008: 15-31.
- ___ 2010a: *Le Fonti del Diritto. Fondamenti teorici*. Giuffrè, Milano.
- ___ 2010b: «Fundamentos de una teoría escéptica de la interpretación», en LIFANTE VIDAL, I. (ed.): *Interpretación Jurídica y Teoría de Derecho*. Palestra, Lima, 2010: 168 y ss.

___ 2010c: *Nuevos estudios sobre interpretación jurídica*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

___ 2011a: *Interpretare e argumentare*. Giuffrè, Milano.

___ 2011b «Contribución a la teoría del ordenamiento jurídico», en FERRER, BELTRÁN, J., Y RATTI, G.B., 2011: 81-115.

___ 2012a. «Cuestiones abiertas en la Teoría Pura» en MORESO, J.J. Y MARTÍ, J.L, (eds.): *Contribuciones a la Filosofía del derecho*. Marcial Pons, Barcelona- Madrid, 2012; y en RAMÍREZ CLEVES, G.A (ed.), 2012: 345-354.

___ 2012b: «El escepticismo ante las reglas replanteado», en *Discusiones*, XI abril de 2012: 27-57.

___ 2013a: *Distingüendo Ancora*. Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires.

___ 2013b: «The Basic Norm Revisited», en DUARTE, L., GARDNER, J. Y GREEN, L. (eds.), 2013: 63-76.

___ 2013c: «Il realismo giuridico ridefinito», en *Revus* 19, 2013: 97-111.

___ 2016: «Kelsen on Validity (once more) », en *Ratio Juris*, vol. 29, No. 3, sept. 2016: 402-409.

GRAY, J., 1909: *The nature and sources of the law*. The Columbia university press, New York.

GREEN, L., 1996: «The Concept of law revisited», en *Michigan Law Review*, 1994: 1687-1717.

GRIFFIN, S.M., 1996; *American Constitutionalism. From Theory to Politics*. Princeton University Press, Princeton, N.J.

HABERMAS, J., 2008: *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*. Trotta, Madrid.

HAMILTON, A., MADISON, J., JAY, J. 1994. *El Federalista*. Editorial Fondo de Cultura Económica, D.F., México.

HART, H. L. A., 1958: «Positivism and the Separation of Law and Morals», en *Harvard Law Review*, vol. 71, No. 4, Feb., 1958: 593-629. Citado por la versión castellana de CARRIÓ, G., *Derecho y Moral*. Astrea, Buenos Aires, 1962.

___ 1961: *The concept of Law*. Clarendon Press, Oxford. Citado por la versión castellana de CARRIÓ, G.: *El concepto de derecho*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963.

___ 1983: «Problems of the philosophy of law», en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Clarendon Press, Oxford, 1993.

___ 1994: «Poscript», en H. L. A. HART: *The concept of Law*, 2ª ed., Oxford: Oxford University Press.

HART ELY, J., 1997: *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*. Siglo del Hombre Editores, Bogotá.

HERNÁNDEZ MARIN, R., 1984: *El Derecho como dogma*. Tecnos, Madrid.

___ 1986: *Historia de la filosofía del derecho contemporánea*. Tecnos, Madrid.

___ 1989: *Teoría general del Derecho y de la ciencia jurídica*. P.P.U., Barcelona.

___ 1996 «Autoridad-competencia», en *Enciclopedia Latinoamericana de Filosofía, monográfico: El Derecho y la Justicia*, núm. 11. Trotta, Madrid.

___ 1998: *Introducción a la teoría de la norma jurídica*. Marcial Pons, Madrid.

___ 1999: *Interpretación, subsunción, y aplicación del derecho*. Marcial Pons, Madrid.

___ 2008: «Sobre ontología jurídica e interpretación del derecho» en *Isonomía*, 29, 2008: 33-78.

HOLMES, S., 1999: «El precompromiso y la paradoja de la democracia», en ELSTER, J. Y SLAGTAD, R.: *Constitucionalismo y democracia*. Fondo de Cultura Económica, D.F., México.

JORI, M., Y PINTORE, A., 1995: *Manuale di teoria generale del diritto*. Giappichelli, Torino

KELSEN, H., 1931: *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* W. Rothschild, Berlin-Grunewald. Citado por la versión castellana de BRIE, R.J., *¿Quién debe ser el protector de la Constitución?* (2ª ed.) Tecnos, Madrid, 1999.

___ 1934: *Reine Rechtslehre* (1ª ed.). Traducción al inglés de PAULSON, B., L., Y PAULSON, S.: *Introduction to the problems of the legal Theory*. Clarendon Press, Oxford, 1992. Citado por la versión castellana: *Teoría Pura del Derecho. Introducción a la ciencia del derecho*. Editorial Universitaria, Buenos Aires, 1960.

___ 1941: «The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence», en *Harvard Law Review* 55, no. 1, 1941: 44-70.

___ 1945a: *General Theory of Law and State*. Harvard University Press, Cambridge. Citado por la versión castellana de GARCÍA MAYNEZ, E.: *Teoría General del Derecho y del Estado*, 1989. UNAM, México, D.F.

___ 1945b: «Natural Law Doctrine and Legal Positivism», en KELSEN, H., 1945a: 391:446

___ 1950: *The Law of the United Nations. A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*. The Lawbook Exchange Ltda., New Jersey, 2000.

___ 1959: «Manuscrito de Kelsen 15-5-1959», en BULYGIN, E.: *Normas Jurídicas y Análisis Lógico*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.

___ 1960a: *Reine Rechtslehre* (2 ed.). Franz Deuticke, Wein. Citado por la versión castellana de VERNENGO, R. *Teoría Pura del Derecho*. UNAM, México, 1986.

___ 1960b: «What Is the Pure Theory of Law», en *Tulane Law Review* 34 (1959-1960), 1960: 269-276.

___ 1962: «Derogation», en WEINBERG, O. (ed.): *Essays in Legal and Moral Philosophy* (translated by HEATH, P.). D. Reidel, Dordrecht-Boston, 1973: 261-275.

___ 1965: «Law and Logic», en WEINBERG, O. (ed.): *Essays in Legal and Moral Philosophy* (translated by HEATH, P.). D. Reidel, Dordrecht-Boston, 1973: 228-252. Citado por versión castellana de SCHMILL, U. Y CASTRO, J.: *Derecho y Lógica*. UNAM, México, 1978.

___ 1979: *Allgemeine Theorie der Normen*. Manzche Verlags-und Universitätsbuchhandlung, Wein. Citado por versión inglesa de HARTNEY, M.: *General Theory of Norms*. Clarendon Press, 1991.

___ 1988: «La garantie jurisdictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)», en *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, XXXV, 1928. Citado por la versión castellana DE RUIZ MANERO, J.: «La garantía jurisdiccional de la Constitucional (la justicia

constitucional)», en KELSEN, H., *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo*. Editorial Debate, Madrid, 1988: 109-156.

KELSEN, H., E., BULYGIN, Y R., WALTER, 2005: *Validez y eficacia del derecho*. Astrea, Buenos Aires.

KELSEN, H., Y SCHMITT, C., 2009: *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Tecnos, Madrid.

LAPORTA, F.J, 2001: «El ámbito de la Constitución», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 24, 2001: 459-484.

___ 2003: *Constitución. Problemas filosóficos*. Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid.

___ 2007: *El imperio de la ley. Una visión actual*. Trotta, Madrid

LEITER, B., 2007: *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*. Oxford University Press, Oxford.

LIFANTE VIDAL, I. (ed.), 1999: *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*. CECP, Madrid.

___ 2010: *Interpretación Jurídica y Teoría de Derecho*. Palestra, Lima.

___ 2012: «Distinciones y paralogramos. A propósito del escepticismo guastiniano», en *Discusiones XI*, 2012: 59-85.

LOSANO, M., 1985: «La dottrina pura del diritto dal logicismo all'irrazionalismo», en KELSEN, H.: *Teoria generale delle norme*. Einaudi, Torino, 1985: lvii y ss.

MERKL, A., 1918: *Das doppelte antlitz der Reinen Rechtslehre Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie*. Citado por versión italiana de GERACI, C.: *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*. Giuffrè, Milano.

___ 1931: «Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues», en VERDROSS, A. (et al.): *Gesellschaft, Staat und Recht, Festschrift für Hans Kelsen zum 50. Geburtstag*, Springer,

Wien Citado por la versión castellana de AZPITARTE SÁNCHEZ, M. Y FUENTES OSORIO, J.L.: “Prolegómenos a una teoría de la estructura jurídica escalonada del ordenamiento” en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. Universidad de Granada, 2, julio-diciembre de 2004: 235-259, y 3, enero-junio 2005: 301-324.

MARMOR, A., 1992: *Interpretation and Legal Theory*. Clarendon Press, Oxford.

___ 2011: *Philosophy of Law*. Princeton University Press, Princeton.

MACCORMICK, N., 1978: *Legal reasoning and legal theory*. Clarendon Press, Oxford.

___ 1981: *H.L.A. Hart*. Standford University Press. Standford, California.

MARTINO, A. (ed.), 1982: *Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information System*. North Holland Publishing Company, North Holland- Amsterdam- New York- Oxford.

MAZZARESE, T., 1991: «Norm Proposition: Epistemic and Semantic Queries, en “Rechtstheorie”, 22, 1991: 39-70. Citado de la versión italiana: «Proposizione normativa. Interrogativi epistemologici e semantici», en Comanducci, P., y Guastini R., (eds.): *Analisi e diritto 1991*. Giappichelli, Torino, 1991: 193-243.

___ 1993: «Normological Scepticism and Legal Dynamics. Weinberger and Kelsen Confronted», en AARNIO, A., PAULSON, S.L., WEINBERGER, O., VON WRIGHT, G.H. (eds.): *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit*. Duncker und Humblot, Berlin, 1993: 155-169.

___ 1996: *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*. Giappichelli, Torino.

MONTESQUIEU, CH., 1748: *De l'esprit des lois*. Citado de traducción castellana de BLÁZQUEZ, M., Y DE VEGA, P., 1972: *Del espíritu de las leyes*. Tecnos, Madrid.

MORESO, J.J., 1993: «Sobre las normas inconstitucionales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 13, núm. 38, mayo-agosto de 1993: 81-115.

___ 1997: *La Indeterminación del Derecho y la Interpretación de la Constitución*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

___ 2000a: «Algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, 2000: 105-118.

___ 2000b: «Derechos y justicia procesal imperfecta», en *Discusiones: Derecho y justicia constitucional*, núm. 1, 2000: 15-51.

___ 2001: «El encaje de las piezas del derecho», en *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 15, octubre 2001: 165-192.

MORESO, J.J, y MARTÍ, J.L, 2012: *Contribuciones a la Filosofía del Derecho. Imperia Barcelona 2010*. Marcial Pons, Madrid.

MORESO, J. J., MENDONCA, D., NAVARRO, P., 1995: «Intorno Alle Norme di Competenza», en *Analisi e Diritto: Ricerche di Giurisprudenza Analitica*. Giappichelli, Torino, 1995: 219 – 236.

MORESO, J. J., y NAVARRO, P., 1993: *Orden jurídico y sistema jurídico. Una investigación sobre la identidad y la dinámica de los sistemas jurídicos*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid

___ 1996: «Applicabilità ed efficacia delle norme giuridiche», en COMANDUCCI, P, Y GUASTINI, R. (eds.), 1996: 15-35. Citado en la versión castellana de los autores, «Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas», en *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 5 octubre de 1996: 119-139.

___ 1997: «Applicability and Effectiveness of Legal Norms», en *Law and Philosophy*, 16, 1997: 201-219.

___ 1998: «The Reception of Norms and Open Legal Systems», en Stanley L. Paulson, S., L., Litschewesky Paulson, B., (eds.), *Normativity and Norms. Critical perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford: Oxford University Press, 1998: 273-292.

MORESO, J.J., NAVARRO, P., REDONDO, M.C, 2002: *Conocimiento jurídico y determinación normativa*. Fontamara, México.

MORESO, J.J. y VILAJOSANA, J.M., 2004: *Introducción a la teoría del derecho*. Marcial Pons, Barcelona.

MENDONCA, D., 1999: *Cómo hacer cosas con la constitución. Una introducción al análisis constitucional.* Litocolor, Asunción.

MENDONCA, D., Y GUIBOURG, R.A., 2004: *La odisea constitucional. Constitución, teoría y método.* Marcial Pons, Madrid, Barcelona.

NARVÁEZ MORA, M., 2015: «Expresiones de normas. Sobre formulaciones normativas y otras entidades en la Teoría del Derecho», en *Revus*, No. 25, agosto de 2015: 71-99.

NAVARRO, P., BOUZAT, A., Y ESANDI, L.M., (eds.), 1999: *Interpretación Constitucional.* Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca.

NAVARRO, P. E., ORUNESU, C, RODRÍGUEZ, J.L., Y SUCAR, G., 2000: «La aplicabilidad de las normas jurídicas», en COMANDUCCI, P., Y GUASTINI, R., 2000: 113-152.

NINO, C.S., 1978: « Some Confusions around Kelsen's Concept of Validity», en *Archiv für Rechts und Socialphilosophie*, LXIV, 1978. Citado por la versión castellana del autor «El concepto de validez jurídica en la teoría de Kelsen», en NINO, 1985.

___ 1985: *La validez del derecho.* Astrea, Buenos aires.

___ 1986: «El Concepto de Derecho de Hart», en *Revista de Ciencias Sociales H.L.A. Hart y el concepto de Derecho*, núm. 28, 1986.

___ 2002: *Fundamentos de derecho constitucional.* Astrea, Buenos Aires.

ORUNESU, C., Y RODRÍGUEZ, J.L., 2013: «Validez, Reconocimiento y Potestades Normativas», en *Análisis Filosófico*, vol. XXXIII, núm.2 (noviembre), 2013: 145-169.

ORUNESU, C., RODRÍGUEZ, J. L., SUCAR, G., 2001: «Inconstitucionalidad y derogación», en *Discusiones*, núm. 2: 11-58.

PAULSON, S., 1980: «Material and Formal Authorisation in Kelsen's Pure Theory», en *The Cambridge Law Journal*, Vol. 39, No. 1, Apr., 1980: 172-193. Cambridge University Press, Cambridge Law Journal.

___ 1990: «Toward a Periodization of the Pure Theory of Law», en GIANFORMAGGIO, L. (ed.): *Hans Kelsen's Legal Theory. A Diachronic Point of View*. Giappichelli, Torino, 1990: 11-47.

___ 1991: «La alternativa kantiana de Kelsen: una crítica», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 9, 1991: 172-187

___ 1992: «Kelsen's Legal Theory: The Final Round», en *Oxford Journal of Legal Studies*, 12, 1992: 265-274.

___ 1998a: «Introduction», en PAULSON, S., Y LITCHEVSKI PAULSON, B. (eds.), 1998: xxiii-xxvii;

___ 1998b: «Four Phases in Hans Kelsen's Legal Theory? Reflection on a Periodization», en *Oxford Journal of Legal Studies*, 20, 1998.

___ 2013: «Reflexões sobre a periodização da teoria do direito de Hans Kelsen -Com pós-escrito inédito», en Aguiar de OLIVEIRA, J., TRAVESSONI, A., TREVISONNO, G. (comps.): *Hans Kelsen. Teoria jurídica e política*. Grupo Editorial Nacional- Forense Universitaria, Rio de Janeiro, 2013: 3-37.

PAULSON, S., Y LITCHEVSKI PAULSON, B. (eds.), 1998: *Normativity and Norms*. Clarendon Press, Oxford.

PEGORARO, L., 1998: *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*. Giappichelli, Torino.

PERELMAN, CH., 1964: *Les antinomies en droit: Essai de synthèse*. Communication faite au Centre national de recherches de logique, le 21 janvier 1964.

PINO, G., 2012: «La aplicabilidad de las normas jurídicas», en Moreso, J.J, y Martí (eds.): *Contribuciones a la Filosofía del Derecho. Imperia en Barcelona*. Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires.

PRIETO SANCHÍS, L., 1991: «Notas sobre la interpretación constitucional», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 9, 1991.

___ 2009: *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Trotta, Madrid.

RAMÍREZ, L., 2012: «El desvelo de la pesadilla. Una respuesta a “El escepticismo ante las reglas replanteado”», en *Discusiones*, XI, 2012: 8-116.

___ 2015: «Verdad y corrección en la interpretación jurídica», en *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. XXVIII, núm. 1, junio, 2015: 9-31

RAMÍREZ CLEVES, G.A (ed.), 2012: *Ecos sobre Kelsen*. Universidad Externado, Bogotá.

RATTI, G.B., 2014: «Un poco de realismo sobre inconstitucionalidad y derogación», en *Discusiones*, 14, 2014: 253:276.

RAZ, J., 1970: *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System* (2º ed.). Oxford University Press, Oxford, 1980.

___ 1971: «The identity of the legal systems», en *California Law Review*, nº 50, 1971: 795-815.

___ 1974: «Kelsen`s theory of the basic norm», en RAZ, J., 1979a: 122-145.

___ 1979a: *The authority of Law. Essays on Law and Morality*. Oxford University Press, Oxford.

___ 1979b: «Legal validity», en RAZ, J., 1979a: 146-159.

___ 1986: *El concepto de sistema jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico* (traducción de TAMAYO Y SALMORÁN, R.). UNAM, México.

RODRÍGUEZ, J. L., 2006: «La tensión entre dos concepciones de los sistemas jurídicos», en *Análisis Filosófico*, volumen XXVI, núm. 2, 2006: 242-276.

___ 2011: «Algunas dificultades en la reconstrucción de la dinámica jurídica», en FERRER BELTRÁN J., y RATTI, B., G., 2011: 117- 146.

RODRÍGUEZ, J.L., Y VICENTE, D., 2009: «Aplicabilidad y validez de las normas del Derecho internacional», en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, 32, 2009: 177-204.

REDONDO, M.C., 1997 «Teorías del derecho e indeterminación normativa», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm.20, 1997:177-196.

RUSSEAU, D, 2002: *La justicia constitucional en Europa*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Ross, A., 1958: *On the Law and Justice*. Stevens & Sons, London. Citado por la versión castellana de CARRIÓ, G.: *Sobre el Derecho y la Justicia* (2ª ed.). Eudeba, Buenos Aires, 1997.

___ 1961: «Validity and the Conflict Between Legal Positivism and Natural Law», en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, IV, 1961: 46- 93. Reproducido en Ross, 1969.

___ 1962: «Review of The Concept of Law B. Y H.L.A Hart, The Clarendon Press, Oxford», en *The Yale Law Journal*, núm. 71. Citado de la versión castellana: «Hart sobre el concepto de Derecho», en CASANOVA, P., Y MORESO, J.J., 1994: *El ámbito de lo jurídico. Lecturas sobre el pensamiento jurídico contemporáneo*. Crítica, Barcelona.

___ 1968: *Directives and Norms*. Routledge & Kegan Paul, London. Citad de la versión castellana de HIERRO, J.S.P, 1971: *Lógica de las normas*. Tecnos, Madrid.

___ 1969: *El concepto de validez y otros ensayos*. Centro Editor de América Latina, Buenos Aires. Reeditado en Fontamara, México, 1991.

___ 1972: «Rise and Fall of the Doctrine of Performatives», en Olson R.E., y Paul, A.M. (eds.): *Contemporary Philosophy in Scandinavia*. John Hopkins University Press, Baltimore y London. Citado por la versión castellana: «Grandeza y decadencia de la doctrina de las expresiones realizativas», en Ross, A., 1969: *El concepto de validez y otros ensayos*. Fontamara, México, 1991.

RUBIO LLORENTE, F., 1997: «Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa», en: *VVAA, Manuel Fraga, Homenaje Académico*. Fundación Cánovas del Castillo, Madrid, 1997: 1411 y ss.

RUIZ MANERO, J., 1990: *Jurisdicción y normas*. Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

___ 1991: «Normas independientes, criterios conceptuales y trucos verbales. Respuesta a Eugenio Bulygin», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 9, 1991: 281-293.

___ 1995: «On the tacit Alternative Clause», en GIANFORMAGGIO, L. Y PAULSON, S. (eds.), 1995: 247-256.

___ 2007: «Una tipología de las normas constitucionales», en AGUILÓ, J., ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J.: *Fragmentos para una teoría de la Constitución*. Iustel, Madrid, 2007.

___ 2012: «Cincuenta años después de la segunda edición de la Reine Rechtslehre», en RAMÍREZ CLEVES, G.A (ed.), 2012: 377-390.

___ 2014: Sobre la interpretación genovesa de Kelsen: Kelsen como realista (On the Genoese Interpretation of Kelsen: Kelsen as a Realist), en *Analisi e Diritto. Ricerche di Giurisprudenza analítica*. Giappichelli, 2014: 115-12.

RUIZ MIGUEL, A.,2000: «Modelo americano y modelo europeo de justicia constitucional», en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, 2000: 145-160;

___ 2004: «Constitucionalismo y democracia», en: *Isonomía*, núm. 21, octubre, 2004: 51-84.

SEARLE, J., 1965: «What is a Speech Act? », en Max Black (ed.): *Philosophy in America*. Allen & Unwin. Citado por versión castellana: «¿Qué es un acto de habla?», en VALDÉS VILLANUEVA, L.M.L.(ed.), 1991: *La búsqueda del significado*. Tecnos, Madrid.

___ 1969: *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*. Cambridge University Press, Cambridge. Citado por la versión castellana de VALDÉS VILLANUEVA, L.M.L., 1990: *Actos de habla, Cátedra*. Tecnos, Madrid, 1990.

34 y 35.

___ 1975: «A taxonomy of illocutionary acts», en GÜNDESON, K. (ed.): *Language, Mind, and Knowledge*. Minneapolis, vol. 7. Citado por la versión castellana «Una taxonomía de los actos ilocucionarios», en VALDÉS VILLANUEVA, L.M.L.(ed.), 1991: *La búsqueda del significado*, Tecnos, Madrid.

___ 1995: *The Construction of Social Reality*. The Free Press, New York.

SHAPIRO, A., 2009: «What Is the rule of recognition (and Does It exists)? », en ADLER, K. Y HIMMA, E. (eds.): *The Rule of Recognition and the U.S., Constitution*. Oxford University Press, Oxford 2009: cap. 9.

___ 2011: *Legality*. Bellknap Press, Cambridge.

SCHAUER, F., 1991: *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-based Decision-making in Law and in Life*. Oxford University Press, Oxford.

SCHMILL, U., 2001: «Observaciones a “Inconstitucionalidad y Derogación”», en *Discusiones*, núm. 2, 2001: 79-119.

SPAACK, T., 1994: *The Concept of Legal Competence*. Dartmouth Publishing Company, Aldershot.

SUMMERS, R., 1982: *Instrumentalism and American legal theory*. Cornell University Press Ithaca, N.Y.

TARELLO, G., 1974: *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*. Il Mulino, Bologna.

___ 1976: «Orientamenti analitico-linguistici e teoria dell'interpretazione giuridica», en SCARPELLI, U. (ed.), 1976: *Diritto e analisi del linguaggio*. Giuffrè, Milano.

___ 1980: *L'interpretazione della legge*. Giuffrè, Milano.

___ 1982: *Il realismo giuridico americano*. Giuffrè, Milano.

TROPER, M., 1975: «Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle», en *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*. Editions Cujas, Paris, 1995: 247-255.

___ 1981: «Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique», en *Revue Internationale de Philosophie: Kelsen et le positivisme juridique*, núm. 138.

___ 1985: «Hans Kelsen et la jurisprudence», en *AphD*, núm. 30.

___ 1999: «Una teoria realista dell'interpretazione», en *Materiali per una storia della cultura Giuridica*, XXIX, 2, 1999: 473-493.

___ 2001a: *Por una teoría Jurídica del estado*. Dykinson, Madrid.

___ 2003: *Cos'è la filosofia del diritto*. Giuffrè, Milano.

TUR, R., 2013: «The Alternative Character of the Legal Norm: Kelsen as a Defeasibilist? », en DUARTE, L., GARDNER, J., Y GREEN, L. (eds.), 2013: 245-25.

TUSHNET, M.V. (ed.), 1992: *Constitutional Law*. International Library of Essays in Law & Legal Theory, New York University Press, New York.

VERNENGO, R., 1985: «Validez y verdad en la "Teoría general de las normas", de Hans Kelsen», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 25, 1985: 13-28.

VÍRGALA FORURIA, E., 2001: «Control abstracto y recurso directo de inconstitucionalidad en los Estados Unidos», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 21, núm. 62, mayo-agosto, 2001: 77- 124.

VON WRIGHT, G. H., 1963: *Norm and Action. A logical Inquiry*. Routledge & Keagan Paul, London. Citado por la versión castellana de GARCÍA FERRERO, P., 1970: *Norma y acción. Una investigación lógica*. Tecnos, Madrid.

___ 1989: «A reply to my critics» en SCHILPP, P., Y HAHN, L. (eds.) *The Philosophy of Georg Henrik von Wright*. La Salle, Illinois, Library of Living Philosophers, 1989: 731-888.

___ 2000: «On norms and Norm- Propositions. A Sketch», en KRAWIETZ, W., et. Al. (eds.): *The Reasonable as rational? On Legal Argumentation and Justification. Festschrift for Aulis Aarnio*. Duncker & Humbolt, Berlin.

WALDRON, J., 2009: «Who needs rules of recognition? », en ADLER, K. Y HIMMA, E. (eds.): *The Rule of Recognition and the U.S., Constitution*. Oxford University Press, Oxford, 2009: cap. 12.

WALDRON, J., 2005: *Derecho y desacuerdos*. Marcial Pons, Madrid.

WALUCHOW, W.J., 1994: *Inclusive Legal Positivism*. Oxford. University Press, Oxford-New York.

WEYLAND, I., 1986: «Idealism and Realism in Kelsen's Treatment of Norm Conflict», en TUR, R. Y TWINING, W. (eds.): *Essays on Kelsen*. Oxford University Press, Oxford, 1986.

WRÓBLEWSKI, J., 1983: *Meaning and Truth in Judicial Decision* (2º ed.). Juridica, Helsinki,

___ 1987: « An Outline of a General Theory of Legal Interpretation and Constitutional

Interpretation», en *Acta Universitatis Lodziensis. Folia Iuridica*, núm. 32, 1987: 33–89.

___ 1989: *Sentido y hecho en el derecho*. Universidad del País Vasco, Bilbao.

___ 1992: *The judicial application of Law*. Kluwer Academic Publishers, Dordrecht.

INTRODUZIONE

Hans Kelsen, la cui opera ancora oggi è tra le più influenti nella teoria del diritto, affermava che l'idea della regolarità si applica ad ogni grado in base a quanto questo costituisca applicazione o riproduzione del diritto. La regolarità, infatti, non è altro che la relazione fra corrispondenza di un grado inferiore con un grado superiore dell'ordinamento giuridico⁵²⁷. La domanda a cui si vuole dar risposta in questa ricerca è: "Come può la teoria del diritto descrivere il fatto che norme non conformi alle condizioni per la produzione normativa e imposte dallo stesso sistema giuridico vengano comunque applicate, producendo così effetti giuridici?". Nella letteratura giuridica si possono trovare alcune proposte per spiegare l'applicazione di norme irregolari: nel corso di questa analisi prenderò in considerazione quelle che ritengo più rilevanti. L'obiettivo di questo lavoro è offrire un quadro concettuale che permetta di studiare il fenomeno. A tal fine, la metodologia e la struttura del lavoro saranno illustrate nei paragrafi successivi.

L'analisi delle norme irregolari richiede, prima di tutto, di chiarire la complessa rete di concetti legati al fenomeno. Per questo motivo, nella prima parte viene presentata la metateoria che ritengo necessaria. Validità, esistenza, pertinenza, obbligatorietà e applicabilità delle norme giuridiche, sono i concetti ricostruiti e analizzati, per assumere quelli che ritengo più appropriati, tenendo in considerazione che tali espressioni sono utilizzate in vari modi nella letteratura giuridica.

Una delle risposte attuali più ricorrenti fra i teorici del diritto, riguardo la problematica, è attraverso il concetto di applicabilità. Questa è la proposta di Eugenio Bulygin⁵²⁸, adottata dalla maggior parte degli autori che hanno analizzato la materia. Bulygin osserva che le norme irregolari sono norme non valide (ovvero non conformi alle norme sulla produzione giuridica) e, secondo l'autore, non appartenenti ai sistemi giuridici, ma, nonostante ciò, risultano applicabili in virtù di altre norme appartenenti al sistema giuridico di riferimento, che ne ordinano l'applicazione. A tal proposito sosterrò che - senza negare l'utilità del concetto di applicabilità come strumento teorico per spiegare la presenza di certi elementi all'interno dei sistemi giuridici (come le norme

⁵²⁷ KELSEN, 1988: 111.

⁵²⁸ BULYGIN, 1982, 2005a, 2006.

sull'applicazione) - questa risposta risulta incompleta per descrivere l'applicazione delle norme irregolari, poiché esclude alcuni elementi che considero fondamentali e che dunque analizzerò nel corso di questo lavoro di ricerca.

Questi elementi pongono l'enfasi su questioni fattuali e strutturali dei sistemi giuridici. Così, l'errore della proposta di Bulygin non è in quello che afferma, ma l'aver omesso che il problema delle norme irregolari è strettamente legato alla domanda su come sono strutturati i sistemi giuridici in relazione al controllo della regolarità. La decisione sull'(ir)regolarità delle norme e, quindi, sulla loro capacità di continuare a produrre effetti giuridici dipende, come anticipato, da meccanismi di controllo istituiti dal sistema giuridico; della decisione degli organi competenti in materia, soprattutto quelli che decidono in ultima istanza. L'approccio adottato in questo lavoro si concentra sull'analisi dell'assetto istituzionale dei sistemi giuridici e sulla descrizione della realtà giuridica.

La seconda parte della ricerca si occupa di esaminare la risposta fornita da Kelsen riguardo al problema preso in analisi. Questa risposta è nota come la tesi della clausola alternativa tacita (CAT) e ha dato vita a una polemica piuttosto accesa fra i teorici del diritto. La grande influenza dell'opera di questo autore sulla teoria giuridica, così come l'impatto di questa tesi in concreto, le conferisce un ruolo centrale⁵²⁹. In linea generale, secondo Kelsen, le norme irregolari risultano valide nella misura in cui sono autorizzate indirettamente dalla Costituzione, che permette al legislatore di formulare norme con il contenuto e stabilite secondo il procedimento che egli disponga. Ciò cambia se il controllo della regolarità spetta a un organo diverso dal legislatore: in tal caso, infatti, è l'organo ad avere l'ultima parola sulla loro validità.

Gran parte degli autori rifiuta questa tesi, poiché la considera assurda e contraddittoria con quanto affermato nella stessa teoria del diritto di Kelsen e, quindi, ha cercato risposte diverse al problema delle norme irregolari, formulando altre proposte di analisi. Così, ad esempio, l'utilizzo del concetto di applicabilità è sorto come alternativa alla spiegazione fornita da Kelsen nella sua opera *Dottrina Pura*. Fatto salvo quanto precede, credo valga la pena dedicarle un'analisi attenta giacché, anche se problematica, è pur sempre una tesi che non va scartata del tutto. In questa seconda parte riprenderò la tesi della clausola alternativa tacita e le principali argomentazioni

⁵²⁹ Principalmente in KELSEN, 1960a: 274 y ss. Anche in KELSEN, 1934: 93-94, 95 ss., 112 ss., 120; 1945b: 401-407.

sostenute, sia per difendere o criticare. Nella parte finale del capitolo presenterò osservazioni critiche, alcune volte a spiegare le discrepanze fra gli autori che si occupano di questa tesi. Spiegherò anche il motivo dell'inserimento di questa tesi nella teoria di Kelsen e formulerò alcune critiche su quest'ultima, aggiungendo nuove sfumature rispetto a quello già sottolineato da altri autori. Sosterrò che l'errore di Kelsen è da ricercare soprattutto nel modo in cui è stata formulata la tesi, ma che, nonostante ciò, se ne deve salvare un aspetto importante: il vincolo messo in luce fra l'analisi delle norme irregolari e la domanda su chi decide in ultima istanza la validità delle norme giuridiche.

La terza parte del lavoro contiene una proposta di analisi sul tema della ricerca. Presenterò alcuni elementi che considero indispensabili per una nozione di norma irregolare: 1. L'irregolarità come relativa alle norme sulla produzione giuridica; 2. L'irregolarità come risultato di un'attività di attribuzione di significato, ovvero, come prodotto di una decisione interpretativa; 3. L'applicazione di fatto, e l'applicabilità delle norme irregolari; 4. I meccanismi di controllo della regolarità come l'aspetto dei sistemi giuridici che spiega il fatto che una norma irregolare produce effetti fino a quando non viene eliminata dal rispettivo sistema.

Nel primo punto di quest'ultima parte presenterò un'analisi critica delle proposte che definiscono le norme irregolari in relazione alle norme di competenza. Sosterrò poi che è più conveniente definire le norme irregolari in relazione a un concetto come quello delle norme sulla produzione giuridica proposto da Riccardo Guastini⁵³⁰. Ciò perché la mancata osservanza delle norme di competenza è uno dei motivi di irregolarità della norma, ma non l'unico. L'irregolarità della norma può originarsi anche quando non vengono osservati altri tipi di norme sulla produzione normativa, sia quelle che stabiliscono requisiti formali sia materiali. Per giungere a questa conclusione prenderò in considerazione alcuni dei principali dibattiti sul carattere delle norme di competenza, così come le discrepanze riguardo all'oggetto delle stesse.

Una volta affermato ciò e riconoscendo le norme in quanto contenuto significativo, svilupperò l'idea che la regolarità o irregolarità di una norma è il risultato di una decisione interpretativa. A sostegno di ciò, presenterò alcune discussioni sulle teorie dell'interpretazione, legate alla tematica

⁵³⁰ GUASTINI, 1996: 307 e ss.

presa in analisi. Porrò particolare enfasi sugli effetti giuridici di una decisione interpretativa sulla regolarità, a seconda del suo interprete.

Un altro elemento da tenere in considerazione sono le norme di applicazione, descritte da Bulygin attraverso il concetto di applicabilità. La presenza di istituzioni come la 'presunzione di regolarità costituzionale' è un elemento correlato e quindi da prendere in esame. Fatto salvo quanto precede, sottolineerò che descrivere la presenza di tali elementi in un sistema giuridico è una questione legata, però diversa, dall'applicazione di fatto delle norme irregolari.

Nell'ultimo punto concluderò ponendo l'enfasi sull'idea sviluppata nel corso di tutto il lavoro e che è la sua tesi principale: la domanda sull'applicazione delle norme irregolari è strettamente legata alla domanda su come, in un sistema giuridico concreto, sono configurati i meccanismi di controllo della regolarità. In ultima analisi, dipende da questioni di disegno istituzionale e da questioni fattuali come le decisioni che gli organi competenti prendono in materia.

Prima di procedere con lo sviluppo del corpo principale di questo lavoro, ritengo opportuno chiarire alcuni aspetti. Per prima cosa vorrei specificare che, salvo espressamente indicato, mi riferirò alle norme di fonte legislativa e non a norme consuetudinarie. È necessario anche sottolineare che farò riferimento soprattutto all'irregolarità rispetto alla norme sulla produzione di fonte costituzionale, nonostante l'irregolarità sia molto più ampia e possa emergere dalla contravvenzione di norme sulla produzione di qualsiasi fonte del diritto, secondo la struttura di ciascun ordinamento giuridico. Ad esempio, una norma regolamentare può risultare irregolare in relazione a una norma sulla produzione di fonte legislativa.

Inoltre, visto l'incidenza considerevole nella tematica analizzata, la teoria del diritto di Hans Kelsen verrà utilizzata come punto di partenza delle varie discussioni. Gli autori presi in esame hanno sviluppato le loro tesi (almeno in questa materia) basandosi sulla teoria di Kelsen; sia per seguirne le linee, sia per criticarla. Voglio anche rimarcare che tutti questi autori sono i teorici del diritto che, attraverso le loro opere, hanno messo in luce le problematiche che ho cercato di mostrare e rispondere in questo lavoro.

CONSIDERAZIONI FINALI

A conclusione del mio lavoro, vorrei riprendere la domanda formulata nella parte introduttiva, ovvero “Come può la teoria del diritto spiegare il fatto che le norme irregolari producono effetti giuridici?”. Il problema che emerge da questa domanda è il seguente: nella dinamica giuridica, affinché una norma abbia validità, è necessario che questa venga creata sulla base di altre norme che stabiliscono i requisiti formali e materiali della creazione normativa. Ciononostante, l’esistenza di norme irregolari dimostra che, all’interno della realtà giuridica, anche le norme che contraddicono la normativa sulla produzione giuridica possono essere applicate, a meno che non vengano eliminate dal sistema giuridico per decisione di un organo competente in materia. L’importanza di questo fenomeno è illustrato nel fatto che i sistemi giuridici spesso contengono alcuni meccanismi di controllo, affinché interpreti specifici con potere di decisione ultima sulla regolarità, possano impedire alle norme considerate da loro come irregolari di produrre o di avere effetti giuridici.

Ho analizzato la metateoria, a mio parere necessaria, per poter spiegare questo fenomeno secondo la teoria del diritto, evidenziando la complessità dei concetti legati alla problematica. In seguito, ho esaminato le proposte concettuali più convincenti e significative per illustrare questo aspetto della realtà giuridica: il concetto dell’applicabilità e la tesi della clausola alternativa tacita. Infine, ho elencato quattro elementi che considero indispensabili per l’analisi delle norme irregolari. A seguire le principali conclusioni tratte:

- Un’analisi concettuale delle norme irregolari richiede la spiegazione di alcuni concetti della teoria giuridica legati alla problematica. Se si tratti di norme valide o non-valide, se queste abbiano un’esistenza meramente fattuale o giuridica, se appartengano all’ordinamento giuridico, se siano obbligatorie o applicabili. Questi i quesiti sorti analizzando il fenomeno, quesiti a cui la letteratura giuridica ha già dato varie risposte, soprattutto riguardo l’utilizzo di termini come ‘validità’, ‘esistenza’, ‘appartenenza’, ‘obbligo’, con un significato diverso.

- Alla luce di ciò, ho precisato come convenga utilizzare il termine ‘validità giuridica’ esclusivamente per designare la conformità di una norma con quelle norme che, in un sistema giuridico, regolano la creazione normativa: sia le norme riguardanti i requisiti formali (ossia

l'organo a cui vengono attribuiti i poteri normativi e i procedimenti da seguire), sia le norme relative ai contenuti. Così intesa, la validità si distingue dall'obbligatorietà: sia quando viene concepita come obbligo morale di obbedienza al diritto, sia quando viene considerata come concetto vincolato a un obbligo giuridico, imposto da una norma di un sistema giuridico che prescrive di obbedire ad altre norme.

- Allo stesso modo, è necessario fare una distinzione fra validità come conformità ed esistenza giuridica. Il fenomeno delle norme irregolari mette in luce l'esistenza di norme che, anche se non conformi ai requisiti stabiliti dal sistema giuridico, possono produrre conseguenze giuridiche se utilizzate come fondamento per le decisioni dagli organi che applicano il diritto. Il concetto di esistenza giuridica dovrebbe concentrarsi proprio su questo aspetto: su una questione fattuale, sulla capacità di una norma di produrre effetti giuridici e, perché ciò avvenga gli organi di applicazione del diritto devono riconoscere una norma giuridica in quanto tale. Sulla base delle affermazioni precedenti ho stabilito che il concetto di esistenza giuridica inteso come le norme formulate da un'autorità competente, è il più appropriato; fornisce un buono spunto concettuale per richiamare l'attenzione sul fenomeno delle norme giuridiche irregolari. L'esistenza giuridica si distingue dall'esistenza meramente fattuale proprio perché la prima indica la capacità di produrre effetti giuridici.

-L'esistenza giuridica di una norma, nell'accezione sopraindicata, non si sovrappone al concetto di validità in quanto la presenza di un organo competente è una delle condizioni necessarie per la validità, ma non l'unica. La validità richiede l'adeguamento a tutte le norme che fissano i requisiti per la produzione normativa: sia quelli riguardanti le competenze dell'organo e le regole di procedimento, sia le condizioni materiali o di contenuto. Affinché una norma acquisti esistenza giuridica e possa produrre effetti giuridici all'applicazione, è sufficiente la formulazione dell'organo competente.

- Le considerazioni precedenti richiedono l'adozione di una nozione di organo competente che non includa tutte le condizioni di validità. In tale prospettiva, la competenza rimanda alla capacità o potere normativo attribuito da alcune norme di un sistema giuridico a un organo specifico, definito secondo la sua nozione di base, cioè come i soggetti con poteri di creazione normativa, ovvero purché rispetti il proprio ruolo. Pertanto, per poter riconoscere un organo competente che agisce come tale, facendo una distinzione fra il suo agire e quello dei soggetti che lo compongono,

bisognerà seguire alcune regole procedurali. Determinare quali e quante regole procedurali siano necessarie per poter identificare un organo competente che esercita la propria funzione, è una questione che difficilmente ammette una formula teorica a priori. Ciò dipende da una serie di fattori sociali complessi, dalla struttura e dal funzionamento di un sistema giuridico; perciò è necessario prendere in analisi il sistema giuridico concreto che si vuole analizzare.

-Alla domanda sull'appartenenza o non-appartenenza delle norme irregolari al sistema giuridico di riferimento sono state fornite varie risposte da parte dei teorici del diritto. Tutto dipende dal criterio di identificazione adottato. Secondo i sostenitori del criterio di legalità e deducibilità, le norme irregolari non appartengono ai sistemi giuridici; ciononostante queste norme possono essere applicate in virtù dell'esistenza di norme d'applicazione. In generale, questi autori utilizzano il termine 'validità' come sinonimo di appartenenza. Al contrario, secondo coloro che ritengono sia la vigenza o l'efficacia il criterio di identificazione delle norme di un sistema giuridico, le norme irregolari appartengono all'ordinamento giuridico nella misura in cui possono essere utilizzate come fondamento per le decisioni degli organi di applicazione. L'adozione dell'uno o dell'altro criterio permette di analizzare ambiti diversi del diritto: la ricerca dell'adeguamento alle norme sulla produzione giuridica, o il funzionamento della realtà giuridica. Tuttavia, credo risulterebbe più conveniente, per ridurre l'ambito del dibattito, non utilizzare il termine validità come sinonimo di appartenenza, anche se si afferma che la validità intesa come legalità è il criterio di appartenenza delle norme a un sistema giuridico. In questo modo la disputa si riduce ai criteri di identificazione e si potrebbe convenire che, quando si parla di validità di una norma, si alluda alla conformità con le norme sulla produzione normativa.

-Attraverso il concetto di applicabilità, Bulygin nota che all'interno dei sistemi giuridici possono trovarsi norme che impongono ai giudici di applicare altre norme, anche quando possano risultare irregolari. Questa è la risposta al problema analizzato che attualmente gode di maggiore attenzione nella teoria giuridica. Senza volerne negare la capacità esplicativa o il grande apporto, nella mia tesi ho sostenuto che il concetto di applicabilità è una risposta utile, però incompleta per lo studio del fenomeno delle norme irregolari. E questo non solo perché l'esistenza di norme di applicazione è una questione contingente, ma anche perché una spiegazione della teoria giuridica non può omettere il fatto che la domanda di applicazione delle norme irregolari sia strettamente legata alla domanda riguardo la configurazione dei meccanismi di controllo della regolarità, aspetto che considero centrale per l'analisi

- L'altra risposta, a mio parere, più rilevante, sulla questione delle norme irregolari è quella fornita da Hans Kelsen ed analizzata nella seconda parte del mio lavoro. Lo studio della tesi della clausola alternativa tacita, così come l'analisi delle argomentazioni dei suoi sostenitori e oppositori, mi hanno fatto giungere alla conclusione che questa tesi è problematica, soprattutto a causa della sua formulazione. Ciò è dovuto alla confusione nella teoria kelseniana fra i concetti validità, obbligo ed esistenza giuridica, e alla affermazione di coerenza tra le norme del sistema giuridico. A mio giudizio, questo ha portato Kelsen a commettere il principale errore della sua tesi, ossia l'averla formulata come se si trattasse di un'autorizzazione o di una norma tacita e non come una descrizione di quello che potrebbe accadere nella realtà giuridica. In quest'ultimo caso, infatti, non solo la tesi non sarebbe più problematica, ma risulterebbe anche utile per capire il funzionamento del diritto. Ho sottolineato che le varie posizioni sulla tesi dell'alternatività, assumono un diverso punto di vista sulla teoria di Kelsen (sia come positivista normativista o come un positivista realista), e anche un punto di vista diverso sulla funzione giudiziaria nella dinamica del diritto.

- Fatto salvo quanto precede, sono giunta alla conclusione che non si debba scartare del tutto la tesi della clausola alternativa tacita. La tesi di Kelsen include un aspetto a mio parere ineludibile per l'analisi delle norme irregolari, ma spesso non considerato: la relazione coi meccanismi di controllo della regolarità. L'autore della teoria pura è colui che osserva come in un sistema giuridico, in mancanza di un organo specifico che controlli la regolarità delle norme, spetti al legislatore stesso stabilire quali norme sono applicabili, anche se queste potrebbero contraddire le norme costituzionali. Se, invece, il controllo della costituzionalità spetta a un organo diverso dal legislatore, incaricato di stabilire se una norma rispetti o meno questo criterio (il vero interprete, in tal senso), sarà proprio quest'organo a stabilire definitivamente la regolarità o irregolarità costituzionale, e quindi, la possibilità della sua applicazione.

- Lo studio della metateoria sopracitata e l'analisi delle principali risposte della letteratura giuridica sulle norme irregolari mi hanno permesso di identificare quattro elementi che ritengo indispensabili per l'analisi del fenomeno.

-Il primo elemento consiste nell'idea che la regolarità o irregolarità delle norme giuridiche sia relativa e dipenda da un'altra serie di norme del sistema giuridico: le norme sulla produzione giuridica. Queste ultime sono intese come insieme di norme che influenzano o stabiliscono le condizioni per la creazione normative, sia formali sia materiali. Ho affermato che il concetto di

norme sulla produzione giuridica è più appropriato che il concetto di norme di competenza per definire, in relazione, le norme irregolari. Su questa tematica è in corso un acceso e complesso dibattito, soprattutto per quanto riguarda il carattere delle norme di competenza e il suo oggetto. Gli autori che definiscono le norme irregolari in relazione alle norme di competenza concepiscono quest'ultime in un senso più ampio, includendo tutte le condizioni di validità. Ciononostante questo risulta problematico, poiché viene attribuito un carattere unitario alle norme di competenza, come norme permissive o norme costitutive. Per come definiscono le regole permissive o costitutive, è difficile attribuire quello stesso carattere a tutte le norme che stabiliscono condizioni di validità. Un'altra alternativa teorica è quella che concepisce il carattere unitario delle norme di competenza, ma si limita esclusivamente alle norme che attribuiscono poteri normativi a un determinato soggetto o organo (come propone Ferrer). In questo modo si evita il problema sopracitato, ma, così, le norme irregolari non possono essere definite in relazione alle norme di competenza. Un concetto come quello delle norme sulla produzione giuridica di Guastini consente di definire in relazione a queste le norme irregolari, evitando complicazioni. Questo perché le norme sulla produzione giuridica possono essere concepite come un insieme eterogeneo di norme, che stabiliscono requisiti formali (relativi all'organo competente e ai procedimenti che deve seguire) e materiali (o di contenuto) per la creazione di altre norme. Inoltre, questa concezione non elimina la differenza tra esistenza giuridica e validità come già menzionato, dato che permette di fare una distinzione tra il requisito di un organo competente e altre condizioni di validità, offrendo spazio concettuale per mettere in luce l'esistenza giuridica delle norme irregolari.

-Il secondo elemento identificato mira a dimostrare che la regolarità o irregolarità di una norma è il prodotto di una decisione interpretativa, intesa come risultato di un'attività di attribuzione di significato. Questa decisione produce effetti giuridici se l'organo è l'interprete a cui il sistema giuridico affida la decisione sulla regolarità della norma, soprattutto quando esso ha la competenza di decidere in ultima istanza. Tale organo può eliminare dall'ordinamento giuridico la norma considerata irregolare o, per lo meno, può impedirne l'applicazione. Come analizzato nel paragrafo precedente, per arrivare a questa conclusione ho adottato una concezione più ampia di interpretazione giuridica: un'attività qualsiasi di attribuzione di significato di una formulazione normativa, che dà luogo a una norma, indipendentemente dalla difficoltà o complessità che coinvolgono l'attività. A sua volta, concepire l'irregolarità come risultato di una decisione interpretativa non va contro nessuna delle tre grandi teorie dell'interpretazione (cognitivismo,

scetticismo, teoria eclettica). Quello che ho evidenziato mira ad osservare cosa accade nella realtà giuridica e a sottolineare che solo le decisioni di alcuni interpreti producono conseguenze giuridiche, ovvero degli interpreti a cui il proprio sistema giuridico attribuisce competenze normative. Ciò non dice nulla riguardo al problema della soggezione delle decisioni interpretative a valori di verità o falsità, o a qualche parametro di correttezza. Quest'ultima questione, però, può essere trattata separatamente.

-Il terzo elemento fa una distinzione fra applicazione di fatto e applicabilità delle norme irregolari. A differenza degli altri elementi, questo non si concentra sulla decisione di regolarità o irregolarità normativa, ma sulla possibile applicazione nei fatti di norme considerate irregolari. Queste norme possono essere utilizzate come fondamento per le decisioni degli organi di applicazione, fino a quando l'organo di controllo della regolarità non ne decide l'eliminazione dall'ordinamento giuridico. Ho sottolineato come l'applicazione di fatto delle norme irregolari sia una questione connessa, ma diversa, da quella descritta dal concetto di applicabilità. Il concetto di applicabilità descrive l'esistenza di norme sull'applicazione: una questione contingente, dato che in un sistema giuridico possono esserci norme che impongono agli organi competenti l'applicazione di altre norme specifiche, a volte irregolari. L'esistenza di norme di applicazione è uno dei fattori che può spiegare l'utilizzo delle norme irregolari come fondamento per le decisioni degli organi di applicazione, così come l'esistenza di istituzioni come la 'presunzione di regolarità costituzionale'. A causa di quest'ultima, gli organi di applicazione si vedono obbligati ad applicare le norme che regolano un caso, senza poterne mettere in discussione la regolarità: tale compito spetta ad un altro organo, che ha la competenza esclusiva in materia. In conclusione, quello che ho sostenuto è che l'applicazione di fatto delle norme irregolari, così come l'esistenza di norme di applicazione e la presunzione di costituzionalità, sono aspetti strettamente vincolati all'esistenza e al funzionamento di meccanismi di controllo della regolarità delle norme.

-Il quarto e ultimo elemento è la formulazione dell'idea che è anche stata il filo conduttore di questo lavoro. La domanda riguardo alla possibilità delle norme irregolari di produrre effetti giuridici va di pari passo con quella riguardante quali meccanismi controllino la regolarità e come siano organizzati. Presentando i vari tipi e modelli di controllo della regolarità delle norme giuridiche, ho voluto mostrare che la loro configurazione e, soprattutto, chi decide in ultima istanza è ciò che determina l'applicazione di norme ritenute da alcuni interpreti irregolari; mentre

l'interprete a cui viene attribuita la competenza di controllo della regolarità normativa decide quando non possono più continuare a produrre effetti giuridici.