

Antonio Manuel Peña Freire

**«REGLAS DE COMPETENCIA
Y EXISTENCIA DE LAS NORMAS
JURÍDICAS»**

DOXA 22 (1999)

REGLAS DE COMPETENCIA Y EXISTENCIA DE LAS NORMAS JURÍDICAS

Antonio Manuel Peña Freire
Universidad de Granada

1. Objetivo y planteamiento

El objetivo de este artículo es analizar algunos de los factores que condicionan la existencia de las normas jurídicas, en concreto intentaré indagar en qué medida la actuación de los órganos productores de normas en la forma prevista por las denominadas normas de competencia afecta a los juicios referidos a la existencia o a la validez de las normas.

Si de analizar las condiciones de existencia o validez de las normas jurídicas se trata, el primer problema que encontramos es que ni para la validez, ni para la existencia, ni tampoco para las normas de competencia, el tercer concepto en juego, existe un soporte significativo estable que permita entrar directamente *en materia* sin antes haber aclarado mínimamente cuál es el significado o el alcance de cada una de estas expresiones. De ahí que antes sean necesarias algunas precisiones terminológicas.

Por «validez» entenderé aquella propiedad de las normas que son conformes con todas las normas que regulan su producción (GUASTINI 1995a:130-131). Quedan, por tanto, fuera del discurso, nociones próximas como la de *pertenencia*¹ o la de *obligatoriedad*². En cuando al término

¹ La validez como legalidad de una norma implica su pertenencia a un ordenamiento, pero validez y pertenencia no son propiedades coextensivas, pues a los ordenamientos jurídicos pertenecen otras normas además de aquéllas que han sido producidas legalmente. Tal sería el caso de las normas supremas u originarias que pertenecen al sistema por definición (VON WRIGHT 1963:202-203, ALCHOURRÓN y BULYGIN 1979:69 y 1991:78 y GUASTINI 1995b:257), y también el caso de las normas últimas o no recurribles, como por ejemplo, leyes cuya constitucionalidad no puede revisarse, sentencias dictadas en última instancia, etcétera (KELSEN 1960:275-279, NINO 1978: 364-365 ó RUIZ MANERO 1990:60-95).

² En ningún momento, a lo largo de este trabajo, emplearé el término validez en sentido normativo, es decir, referido a la denominada *validez normativa* u *obligatoriedad* de las normas jurídicas (NINO 1980:134). La afirmación de que una norma es válida irá en todo momento referida a su inserción o pertenencia a un ordenamiento jurídico, sin que esta afirmación conlleve ningún tipo de justificación de la conducta prescrita o implique invitación alguna a la obediencia de la norma por el mero hecho de serlo porque, como señala CARACCIOLO

«existencia»³ también frecuente encontrarlo vinculado a referentes significativos, si bien me detendré en apenas dos de ellos: entenderé que una norma existe desde un *punto de vista meramente fáctico* cuando ciertos actos, hechos o documentos son considerados como normas jurídicas por los miembros de un grupo social, ya se trate de particulares o autoridades. La existencia fáctica es una situación existencial constatable, una forma de existencia del derecho o de las normas equivalente a su *estar* en un contexto social determinado (ROBLES 1993:72-73). Esta forma de existencia no sólo da cuenta de la naturaleza social del derecho, sino también de que los procedimientos de identificación del derecho y de las normas no son ajenos a las creencias y actitudes de los miembros de un grupo respecto de lo que el derecho es, pues, como acertadamente señalan MORESO y NAVARRO (1993:109-110), son normas jurídicas vigentes aquéllas que un grupo de sujetos de una sociedad *Cree* que son normas jurídicas y reconocen que tienen que ser tenidas en cuenta por funcionarios y particulares.

En segundo lugar, me referiré a la *existencia formal* de las normas o actos jurídicos, que, de momento, quedará definida como aquélla que se da cuando las normas existen, no como hechos sociales, sino como entidades jurídicas de una determinada clase o, como indica GUASTINI (1995a:131), cuando aparecen como elementos integrados en un ordenamiento jurídico por un poder, a primera vista, competente para crear ese tipo de normas. No se trataría ahora de constatar un hecho social, es decir, de afirmar que los individuos creen o confían en la existencia de una norma como ocurre en el caso de la existencia fáctica, sino de probar la existencia de una norma o de un acto jurídico de una determinada clase *desde el punto de vista del derecho*, es decir, en función de factores y criterios de carácter formal o jurídico y no meramente de consideraciones sociales⁴.

(1988:22-23), una cosa sería entonces afirmar que «la acción p es obligatoria conforme la norma N» y otra muy distinta es sostener que «existe el deber de hacer p».

³ Es usual referirse a la existencia de las normas mediante el término «vigencia» (AL-CHOURRÓN y BULYGIN 1996:121 y ss., DELGADO PINTO 1990:101 y ss., entre otros). Sin embargo, creo que «existencia» expresa mejor que «vigencia» la redundancia que supone afirmar que *algo que es, existe como tal*, al contrario de «vigencia», que habitualmente adjetiva a los términos «norma» o «derecho» con la pretensión de señalar alguna propiedad específica de estas realidades, como su eficacia (NINO 1980:139, LÓPEZ CALERA 1997:88) o la entrada en vigor de una norma. Por este motivo, el uso del término «vigencia» para aludir a la existencia de las normas, puede resultar equívoco. En todo caso, en lo sucesivo consideraré a ambos términos como sinónimos aunque, salvados los casos de citas, me decantaré por el uso de «existencia» en lugar del más ambiguo «vigencia».

⁴ La existencia de una norma —como ocurría con la validez—, también quedará disociada de las nociones de obligatoriedad o fuerza vinculante de las normas. Ni la existencia fáctica ni la denominada existencia formal de una norma suponen en ningún momento postular su obligatoriedad, ni juzgar su legalidad o su pertenencia a un sistema jurídico, propiedades estas

2. Acerca de las normas de competencia

Las precisiones previas para la noción de norma de competencia requieren un detenimiento un tanto mayor por ser éste uno de los temas más polémicos y debatidos en la actual teoría del derecho. Han pasado casi cuarenta años desde que HART, en su obra *El concepto de derecho* (1961), calificara al imperativismo como una teoría simplificadora y reduccionista de la realidad jurídica y elevara a las normas secundarias o de competencia a la categoría de concepto básico de la teoría del derecho; sin embargo, pese al tiempo transcurrido, no parece que el uso del término por parte de los juristas sea pacífico en el sentido de que obedezca a unos referentes mínimos, no problemáticos o estables. Sorprende, por ejemplo, la diversidad de denominaciones concurrentes –sea el caso de normas secundarias, reglas que confieren poderes, reglas constitutivas o normas sobre la producción jurídica– así como la distinta extensión significativa de cada una de ellas.

Expondré brevemente algunas de las propuestas más conocidas sobre el tema que, en líneas generales, vienen a agruparse en dos –quizás tres– teorías o concepciones acerca de las normas de competencia: (1) las teorías que las asimilan o reducen a reglas regulativas, deónticas o normas de conducta y (2) las que las asimilan a reglas conceptuales o disposiciones cualificatorias⁵. Veamos cada uno de ellas separadamente.

Entre el primer grupo –las teorías que reducen las normas de competencia a normas de conducta o normas deónticas–, podemos distinguir, a su vez, dos tipos de concepciones: (1a) la primera de ellas asimila a las normas de competencia a reglas que imponen el deber de obedecer las normas que sean producidas en ejercicio de la competencia conferida, es decir, que la norma «El órgano O es competente para regular la materia M» significaría «Es obligatorio obedecer las normas dictadas por O sobre la materia M» (HERNÁNDEZ MARÍN 1996:122). Por su parte, la segunda teoría reduccionista (1b) nos dice que una norma de competencia es una norma que permite crear nuevas normas jurídicas, es decir, que las normas de competencia son normas permisivas. Conforme a esta teoría, la norma o el enunciado «O es competente para regular la materia M» significaría «Se permite a O dictar normas sobre M».

que precisamente por ser predicables de normas jurídicas, presuponen su existencia en alguno de los dos sentidos referidos.

⁵ Algunas exposiciones sobre las distintas concepciones y los correspondientes análisis en HERNÁNDEZ MARÍN 1996:121-130 y 1998:307-335; CALSAMIGLIA 1994:751-757; GONZÁLEZ LAGIER 1995:377-385 ó ATIENZA y RUIZ MANERO 1996:45-90. Otra interesante fuente es el volumen de *Analisi e Diritto* editado por GUASTINI y COMANDUCCI correspondiente al año 1995.

No voy a detenerme en las críticas que se han formulado a estas dos teorías que, a mi juicio, resultan definitivas⁶. Sí me extenderé un poco más en la exposición de las concepciones conceptuales o cualificatorias (2), fundamentalmente porque, pese a que algunas de sus formulaciones son ya *auténticos clásicos* de la teoría del derecho, aún es frecuente experimentar ciertas prevenciones o resistencias ante ellas, sin duda como efecto residual de la pervivencia de muchas de las fórmulas y estructuras conceptuales del prescriptivismo en el pensamiento de los juristas y los teóricos del derecho. La teoría conceptual o cualificatoria niega que las normas de competencia puedan reducirse a normas de conducta y que el derecho sea un conjunto formado por un único tipo de reglas; simultáneamente, y según sus diversas formulaciones, considera a las normas de competencia como reglas constitutivas, definiciones, reglas conceptuales o disposiciones cualificatorias.

Desde mi punto de vista, una correcta comprensión de la teoría conceptual o cualificatoria exige diferenciar nítidamente entre reglas regulativas y constitutivas y en especial, comprender el sentido y funciones de estas últimas. Para este cometido, un referente indispensable se encuentra en la teoría de los actos de habla de SEARLE (1969) para quien son *reglas regulativas* las que se refieren a formas de conducta existentes independiente o antecedentemente a las propias reglas y, de otro lado, son *reglas constitutivas* aquellas que crean o definen nuevas conductas, que constituyen una actividad cuya existencia es lógicamente dependiente de las reglas (p. 43). Las reglas constitutivas, por tanto, crearían *nuevas formas de conducta*, es decir, que darían lugar a la existencia de *hechos institucionales* (p. 58-59) que no existen al margen de las reglas y que, a diferencia de los hechos brutos, presuponen la existencia de instituciones humanas formadas por entramados de reglas constitutivas. ROSS nos ofrece otra de las concepciones *clásicas* referidas a las normas de competencia desde el punto de vista de la teoría conceptual o cualificatoria⁷. Afirma ROSS (1968:59) que reglas regulativas son aquellas que prescriben conductas independientes de las propias reglas, mientras que las reglas constitutivas *definen* ciertos tipos de conductas que son dependientes de esas reglas, es decir, que no se trata de actos naturales, que existan al margen o con independencia de las reglas que a ellos se re-

⁶ Las expresivas críticas vertidas por HART en *El concepto de derecho* son el ejemplo más conocido. Diversos análisis, más sintéticos, de los argumentos que cuestionan la teoría de las normas de competencia como normas de conducta pueden encontrarse en STRÖMBERG 1983, HERNÁNDEZ MARÍN 1996:123-126 y 1998:309-310 ó ATIENZA y RUIZ MANERO 1996:47-54.

⁷ Es así al menos en su *Directives and norms*, porque en su otra gran obra, *El derecho y la justicia* (1958), ROSS había definido a las normas de competencia como normas de conducta, es decir, directivas dirigidas a los jueces, indirectamente formuladas (pp. 33 y 50-51).

fieren, sino de actos cuyo ser está constituido por las reglas constitutivas a ellos referidas.

Un modelo estructural más completo –y también *más complejo*– es el de A. G. CONTE para quien las reglas constitutivas son el *prius* de aquello a lo que se refieren en el sentido de que son condición de pensabilidad y de posibilidad de las realidades o entidades referidas en las reglas (CONTE 1983:23). En el caso de las reglas constitutivas se da una curiosa inversión de las relaciones *entre lo regulado y la regla*, pues la regla es el *prius* cronológico de lo regulado ya que no alude a actividades, actos o situaciones que preexistan cronológicamente a la regla o que ontológicamente existan al margen de ella⁸. Desde este último punto de vista –el ontológico–, las reglas son el *prius* de lo regulado porque las acciones, situaciones, entidades o actos son las reglas mismas y no nada distinto a ellas. También por este motivo, la actuación de un modo distinto al contemplado por una regla de esta naturaleza tendrá por resultado algo distinto de lo constituido por la regla, es decir, una actividad ajena a la conducta referida por la regla⁹.

CONTE distingue tres tipos de reglas constitutivas, en función de que actúen como condición necesaria, como condición suficiente o como condición necesaria y suficiente de aquello a lo que se refieren: a las reglas que con condición necesaria de aquello a lo que se refieren las denomina CONTE reglas eidético-constitutivas; a las que son condición suficiente, reglas thético-constitutivas y a las que son condición necesaria y suficiente, reglas

⁸ Un elemento de crucial importancia para el análisis de las reglas constitutivas es la distinción entre *type* o tipo y *token* o réplica de un *type*. Por ejemplo, el alfil del juego del ajedrez –que es un *type*– es algo distinto de las singulares fichas con las que jugamos al ajedrez que son réplicas o *tokens* del *type* alfil del ajedrez. El *type* alfil vendría a ser una entidad ideal o institucional, carente de ubicación espacial pues un *type* no es un objeto ni ocupa un espacio físico, sino que es un lugar deóntico (CONTE 1966:36 a 40) y estaría formado por el entramado de reglas que lo constituyen. Un *type* se define mediante la enumeración de sus reglas constitutivas: el alfil como *type* sería entonces la ficha del juego del ajedrez que mueve en cualquier dirección pero siempre en diagonal una o más casillas, etcétera. El *type* alfil es diferente de cada uno de sus *tokens* o réplicas: si juego al ajedrez con un amigo pero, por haber perdido una de las fichas del juego, empleo una moneda o cualquier otro objeto y lo muevo en la forma descrita por las reglas del ajedrez para el alfil, esta ficha será una réplica o *token* del *type* alfil del ajedrez, con independencia de que en términos brutos sea una moneda o un garbanzo. Al respecto de esta importante distinción puede verse además ALARCÓN CABRERA 1991:276-278 ó JORI 1986:459-461.

⁹ Del mismo modo que el juego del ajedrez no es nada distinto del conjunto de sus reglas, si dos jugadores ante un tablero rectangular formado por 64 cuadros blancos y negros mueven unas fichas alternando sus movimientos en función del resultado obtenido tras tirar unos dados, están jugando a algo distinto del juego de ajedrez, pero carece de sentido afirmar que, al tirar los dados están *incumpliendo* las reglas del ajedrez. Por el mismo motivo por el que las reglas constitutivas no pueden ser incumplidas, tampoco son susceptibles de ser calificadas como eficaces o ineficaces ni, en general, según cualquier otra propiedad específica de las prescripciones.

noético-constitutivas. Las reglas thético-constitutivas parecen apuntar no tanto al problema de la constitutividad de las normas como el de la performatividad¹⁰, por lo que sólo impropiaamente pueden ser llamadas constitutivas (CONTE 1983:25). En cuanto a las reglas eidético-constitutivas y las reglas noético-constitutivas son realidades muy próximas¹¹ pues en ambos casos se expresan las condiciones necesarias para la existencia de un acto. Por estos motivos, dejaré de lado el problema de las reglas thético-constitutivas y me referiré a las reglas eidético-constitutivas y reglas noético-constitutivas como *reglas constitutivas a secas*¹².

Junto a las reglas constitutivas que son condición de aquello a lo que se refieren, existen otro tipo de reglas son *condicionantes* en el sentido de que *ponen* una condición a aquello a lo que se refieren; a este tipo de reglas se las denomina reglas hipotético-constitutivas (AZZONI 1986:161-162). De entre la variada tipología de reglas hipotético-constitutivas¹³, nos interesan básicamente las reglas que *ponen* una condición necesaria para que un acto o circunstancia posea un determinado valor, llamadas *reglas anankástico-constitutivas*. La diferencia básica entre reglas constitutivas y reglas anankástico-constitutivas es que las primeras *son* condiciones necesarias de las actividades sobre las que versan mientras que las reglas anankástico-constitutivas *ponen* condiciones necesarias para que un acto o circunstancia posea un determinado valor, es decir, que presuponen la entidad o acto sobre el que versan y señalan ciertas condiciones necesarias para que tal entidad o acto tenga un concreto valor. Si tomamos como ejemplo de lo constituido por las reglas a otras reglas y como valor designado el de la validez, diremos que las reglas anankástico-constitutivas *ponen* –que no son– condiciones *a* aquello a lo que se refieren y que tales condiciones no afectan direc-

¹⁰ Al respecto de este tipo de normas *vid.* CARCATERRA 1979, POLLASTRO 1983:236-239 GUASTINI 1983:548 y ss. ó JORI 1986:454-459.

¹¹ Para CONTE (1983:25) una regla sólo puede ser eidético-constitutiva por metonimia en la medida en que sólo en el contexto de un sistema de reglas y junto a las demás reglas constitutivas es realmente condición necesaria de aquello a lo que se refiere. En este sentido la constitutividad, entendida como la dependencia entre el sentido o significado de una actividad y las reglas que la constituyen, depende del sistema y no de una singular regla. Sin embargo, como advierte ALARCÓN CABRERA (1991:279-280), es posible pensar en reglas constitutivas singulares –como por ejemplo la de que «prometer es asumir una obligación»– con lo que ni debe de identificarse la constitutividad de la regla con la del sistema de reglas en que se inserta ni tampoco deja de tener sentido hablar distinguir entre reglas eidético-constitutivas y reglas noético-constitutivas.

¹² Lo haré así para simplificar el discurso, aunque es importante tener en cuenta que cuando una regla exprese una condición necesaria de aquello a lo que se refiere se tratará con propiedad de una regla eidético-constitutiva y cuando se trate de una condición necesaria y suficiente estaremos en presencia de una regla noético-constitutiva.

¹³ Un interesante estudio en AZZONI, 1986.

tamente a aquello a lo que se refieren las reglas sino a su validez (JORI 1986:459).

La teoría de la constitutividad y las distintas concepciones acerca de las normas de competencia tienen una enorme importancia sobre el tema que nos ocupa. A juicio de BULYGIN (1991:496), la distinción entre reglas regulativas y reglas constitutivas suministra una interesante herramienta conceptual para explicar el oscuro concepto de poder jurídico, dada la deficiente explicación que ofrecen las teorías que intentan dar cuenta del mismo en términos deónticos o prescriptivos. Las normas que establecen la competencia del legislador definen el concepto de legislador y hacen posible la actividad de legislar que no es una actividad existente al margen o con independencia a las reglas que establecen qué tipos de actos son considerados como actos de legislar y quién puede realizar tales actos. Para BULYGIN –y también para este mismo autor junto a ALCHOURRÓN (1991:439 y ss.)–, las normas de competencia son definiciones o reglas conceptuales, es decir, reglas que no prescriben ninguna conducta como obligatoria prohibida o permitida, sino que *definen*¹⁴ el significado de ciertos actos que no existen al margen de las reglas o en condiciones distintas a las expresadas por ellas (BULYGIN 1991:493-495).

Una propuesta similar, que también sirve para ejemplificar esta concepción, es la de HERNÁNDEZ MARÍN quien considera que el derecho está formado por dos tipos de disposiciones –aunque no excluye que existan otras– claramente diferentes: las normas de obligación y las disposiciones cualificatorias (HERNÁNDEZ MARÍN 1984:29). Mientras que las normas de obligación son enunciados directivos, las disposiciones cualificatorias son enunciados que atribuyen una propiedad o incluyen en una determinada clase, a todas las entidades que tengan una determinada propiedad o pertenezcan a una determinada clase (p. 30). Respecto de las llamadas normas

¹⁴ Sobre este punto, un aspecto interesante que resalta BULYGIN (1991:495-496) es el siguiente: las reglas conceptuales crean una *imposibilidad* en el sentido de que si «mayoría de edad» se define como «tener 18 años cumplidos» es imposible ser mayor de edad sin tener dieciocho años cumplidos. De este modo, una regla conceptual dará lugar a proposiciones analíticas cuya verdad depende solamente del significado del término definido, mientras que las proposiciones vinculadas a las normas regulativas han de ser necesariamente sintéticas ya que si no fuera así no podrían cumplir su función de ser guías de comportamientos individuales posibles –y no necesarios– y, por lo tanto, susceptibles de ser cumplidos o incumplidos. Las normas regulativas del tipo «Obligatorio x» –si yo no he entendido mal a BULYGIN en este punto–, no darían lugar a proposiciones analíticas en el sentido de que ninguno de los enunciados asertivos correspondientes al enunciado prescriptivo «Obligatorio X» (HERNÁNDEZ MARÍN 1998:250) ha de ser necesariamente verdadero, puesto que si lo fuera, estaría lógicamente excluida la posibilidad de incumplimiento, del mismo modo que lo está la de la norma «Está prohibido cerrar la ventada» si se da el caso de que la correlativa aserción «la ventada está cerrada» es siempre verdadera.

de competencia son, para este autor, una clase de este último tipo de disposiciones, es decir, que las normas de competencia son disposiciones cualificatorias que sirven para calificar como *correctos* a los enunciados jurídicos que presenten ciertos aspectos o propiedades, entre ellas, los más frecuentes son las referidas a la materia sobre la que verse el enunciado, al sujeto u órgano del que emanó, al cuerpo jurídico Ley, Reglamento, Decreto, etcétera en el que aparece y, por último, el procedimiento que se ha seguido en su creación (HERNÁNDEZ MARÍN 1998:315-319).

3. La relación de la validez/existencia de las normas y el problema de la competencia

A continuación, una vez introducidos los conceptos básicos de este trabajo, intentaré esclarecer algunos de los problemas que se plantean a la hora de considerar como válidas o inválidas o, en su caso, como inexistentes a las normas producidas por un poder o autoridad con capacidad para la creación de nuevas normas. Ni que decir tiene que la óptica a considerar será la de si la actuación del mencionado órgano se produjo o no en el marco delimitado por las normas de competencia que lo condicionaban.

3.1. Algunas propuestas de conexión

a) La propuesta kelseniana

El análisis más célebre de entre todos los que ponen en relación el problema de la validez o la existencia con las cuestiones vinculadas a la competencia de los órganos encargados de producir normas es el de KELSEN quien parte de la asimilación de la *existencia* de las normas a su *validez* –en sentido normativo– y de ésta a la conformidad o *legalidad* de cada norma respecto de otra norma válida anterior. La distinción entre sistemas estáticos y dinámicos completa este cuadro de relaciones: es de sobra conocido que para KELSEN el derecho es un sistema normativo dinámico, es decir, que la validez u obligatoriedad de sus normas no depende de su contenido o de su conformidad con algún referente material de naturaleza externa al propio ordenamiento; antes al contrario, la validez de una norma depende de que el órgano que la dictó hubiera recibido el poder para hacerlo de otra norma válida, que es la que fundamenta la fuerza vinculante o validez de la norma producida. Este proceso se repetía hasta llegar a la primera constitución histórica de un sistema, cuya validez no podía fundamentarse en ninguna norma *positiva* del sistema pues ésta sencillamente no existía, si bien en este caso, se suponía una norma básica, la conocida *Grundnorm*, que fundamentaba la validez de todas las normas del sistema.

b) La propuesta de LUIGI FERRAJOLI

De entre todos los comentarios y las críticas que ha suscitado una teoría tan rica y rigurosa como la de KELSEN, nos quedaremos –por proximidad al tema que nos ocupa– con las de FERRAJOLI quien, en su influyente obra *Derecho y Razón* (1989), considera reductora la asimilación entre validez y vigencia o existencia de las normas jurídicas. Para FERRAJOLI decir que «una norma existe» o que «está vigente» significa que la norma está contenida en un texto normativo no anulado y que puede por consiguiente ser aplicada mediante decisiones válidas respecto a ella (p. 873). Añade que «para que una norma exista es suficiente que satisfaga las condiciones de validez formal, condiciones que hacen referencia a las formas y los procedimientos del *acto normativo*, así como a la competencia del órgano del que emana. Para que sea válida se necesita, por el contrario, que satisfaga también las condiciones de validez sustancial, que se refieren a su contenido, o sea, a su *significado*» (p. 874). Considera además FERRAJOLI que las cuestiones que determinan la vigencia de las normas son empíricas o de hecho y, por lo tanto, susceptibles de ser expresadas mediante juicios técnicos, necesariamente verdaderos o falsos. La vigencia se ve así condicionada por requisitos *de hecho* en ausencia de los cuales el acto normativo no llega ni siquiera a existir, mientras que el juicio de validez se construye a partir de la constatación de que la norma cumple con los requisitos de validez sustancial establecidos por otras normas del ordenamiento y que se refieren a su contenido. Estos segundos requisitos están, en gran medida, en relación con normas y valores de naturaleza constitucional –como la igualdad, la libertad, los dimanantes de los derechos fundamentales, etcétera– cuya lesión producirá una antinomia entre una norma existente y aquella que establece una condición de validez que ha resultado incumplida. Por este motivo, entre las consideraciones que conducen a la formulación de un juicio de validez se incluyen valoraciones o consideraciones de naturaleza gradual o aproximativa respecto de lo dispuesto en otras normas, fundamentalmente, de rango constitucional (p. 875).

En una primera aproximación, la propuesta no resulta muy intuitiva, especialmente porque FERRAJOLI no analiza en profundidad qué clase de normas son las normas de competencia y procedimiento y qué alcance tienen esos llamados requisitos formales que condicionan la existencia misma de las normas. Entre las cuestiones que afectan al juicio de validez tal y como lo construye FERRAJOLI y las cuestiones de naturaleza indubitadamente empírica que pudieran llegar a condicionar la existencia de las normas, hay un extenso campo –al menos si tenemos en cuenta el significado que los juristas normalmente atribuyen a estas expresiones– sin que sepa-

mos dónde está el límite entre los asuntos formales que determinan la existencia y los materiales que condicionan la validez¹⁵; esta imprecisión tampoco logra resolverse con la afirmación de que el cumplimiento de los requisitos formales de validez –competencia y procedimiento– es una cuestión fáctica o de hecho, susceptible de verdad o falsedad, inmediatamente evidente una vez realizadas las correspondientes averiguaciones técnicas¹⁶, pues tampoco sabemos a ciencia cierta en qué consiste esa *inexistencia* que da la pista de lo que sean sus requisitos¹⁷.

c) La propuesta de MANUEL ATIENZA y JUAN RUIZ MANERO

Otra teoría sobre las normas de competencia en la que alcanza una singular importancia el problema de la existencia de las normas, es la que nos ofrecen ATIENZA y RUIZ MANERO¹⁸. Para estos dos autores las *reglas que confieren poderes* son reglas que establecen que en un determinado estado de cosas si se realiza una acción específica, se producirá un cierto resultado institucional; desde un punto de vista estructural, son reglas anankástico-constitutivas, es decir, reglas que establecen las condiciones suficientes (o necesarias y suficientes) para conseguir un concreto resultado¹⁹ (ATIENZA y RUIZ MANERO 1996:62–63).

En lo que a la conexión con el problema de la existencia se refiere, ATIENZA y RUIZ MANERO (1996:54) sostienen, con buen criterio, que cualquier teoría o concepción de acerca de las normas de competencia debe de servir para explicar porqué ciertos actos o entidades existen como ac-

¹⁵ Por ejemplo, pensemos en una norma A dictada por el órgano competente para hacerlo según otra norma B y cuyo contenido no es incompatible con lo dispuesto por normas jerárquicamente superiores del sistema y supongamos que en el procedimiento de elaboración y aprobación de la norma A se produjo alguna *leve* infracción respecto de lo dispuesto por las normas procedimentales correspondientes; ¿afirmaremos que la norma A es inexistente o diremos que ese particular requisito lo es de validez y no de existencia?.

¹⁶ Dilucidar si el órgano que elaboró una norma o del que emanó un determinado acto normativo es o no es el órgano competente de acuerdo a las normas de competencia presentes en un ordenamiento jurídico, no parece que sea una cuestión técnica o meramente fáctica. Pensemos en el conocido *conflicto de competencias* tal y como lo diseña la Constitución española y en el que las Comunidades Autónomas y el Estado se disputan determinadas atribuciones competenciales.

¹⁷ Pueden encontrarse algunos apuntes críticos en un sentido similar a éste en GUASTINI 1993:60-62 y JORI 1993:81-91.

¹⁸ Una exposición completa de la propuesta aparece en el Capítulo II de *Las piezas del derecho*, que incorpora además, como apéndice, una interesante réplica a escritos críticos de CARACCILO, MENDONÇA-MORESO Y NAVARRO publicados en el número de *Análisis e Diritto* dirigido por GUASTINI y COMANDUCCI del año 1995.

¹⁹ No me extenderé en la exposición de la propuesta de definición –por cierto de enorme interés– de ATIENZA y RUIZ MANERO, si bien las referencias correspondientes se encuentran en la nota anterior.

tos o entidades jurídicas de una determinada clase, mientras que otros no existen en absoluto como entidades jurídicas o, para ser más precisos, porque ciertos actos existen como actos normativos de una determinada clase al margen de que ulteriormente resulten anulables. El ejemplo de ATIENZA y RUIZ MANERO (p. 49–50) no puede ser más expresivo: una teoría sobre las normas de competencia debe de explicar porqué la sentencia ilegal de un juez existe como *sentencia* mientras que la «sentencia» elaborada por unos estudiantes de Derecho Penal como solución a un caso práctico que les ha formulado el profesor no lo es en absoluto. Mientras que a nadie en su sano juicio se le ocurriría plantear un recurso contra la «sentencia» dictada en las clases prácticas de Derecho Penal –por mucho que la decisión adoptada no resulte correcta desde el punto de vista de las normas aplicables al caso–, es obvio que frente a la sentencia irregular del juez cabe interponer diversos recursos dirigidos precisamente a poner de manifiesto su ilegalidad; probablemente sea también posible también solicitar su ejecución provisional al margen del resultado del recurso, su aclaración, etcétera. En general, la sentencia *contra legem* del juez tiene o provoca todos o algunos de los efectos característicos de las sentencias según el ordenamiento de que se trate, lo que probaría que es una sentencia y no otra cosa²⁰.

A juicio de ATIENZA y RUIZ MANERO (1996:50) la teoría que interpretaba las normas de competencia como normas permisivas no sirve para dar cuenta de esta diferencia, pues tanto la sentencia *contra legem* como la «sentencia» de los estudiantes quedan dentro del perímetro de lo no permitido con lo que la diferencia entre ambas entidades quedaría sin explicar. La solución al problema se encuentra en las reglas que confieren poderes, entendidas como reglas anankástico-constitutivas, ya que éstas determinan las condiciones en que ciertos actos tienen un cierto valor institucional o lo que es lo mismo, las condiciones en las que ciertas decisiones van a tener la consideración de sentencias²¹. Del mismo modo que la sentencia *contra legem* de un juez existe como tal puesto que al ordenamiento jurídico en cuestión pertenece una norma que confiere poder a los jueces para dictar sentencias, la «sentencia» de los estudiantes no es realmente sentencia, pues no hay norma alguna que confiera ese poder a los estudiantes de Derecho. Luego las reglas que confieren poderes condicionarían la existencia de las normas

²⁰ A algunos de los efectos de estas decisiones – auténticos indicadores de la existencia en la teoría de ATIENZA y RUIZ MANERO–, en concreto, a los de impugnabilidad, anulabilidad y obligatoriedad, se refiere CARACCILO (1995:207 y ss.), aunque no hay que excluir otros, como los referidos a la posibilidad de ejecución, de desarrollo, de aclaración, etcétera.

²¹ Su redacción, de acuerdo a la estructura propuesta por ATIENZA y RUIZ MANERO, vendría a ser la siguiente: «si un juez en el curso de un proceso judicial, adopta una decisión que resuelve la controversia planteada, se produce como resultado institucional una sentencia».

de un ordenamiento actuando como condición suficiente o necesaria y suficiente de su existencia. De este modo, los actos realizados por sujetos u órganos a los que se ha conferido un poder normativo para realizar esa clase de actos, si son realizados en las condiciones predeterminadas por la regla que les confieren poder, existirán como tales al margen de cualesquiera otras consideraciones normativas²².

Para completar la exposición de esta propuesta hay que aclarar con precisión a qué se refieren ATIENZA y RUIZ MANERO cuando hablan de *existencia* de una ley, de una sentencia, etcétera. De la exposición anterior se deduce con facilidad que estos dos autores no asimilan existencia y validez, entendida ésta como legalidad o conformidad con todas y cada una de las normas sobre la producción jurídica relevantes al caso. Si fuera así, la sentencia *contra legem* del juez del ya célebre ejemplo de *Las piezas del derecho*, no sería sentencia, no existiría como tal, cuando lo cierto es que ATIENZA y RUIZ MANERO afirman con rotundidad que sí que es sentencia al margen de las cuestiones que pudieran condicionar su legalidad y provocar su anulación. El concepto de existencia de ATIENZA y RUIZ MANERO tampoco coincide con el de existencia meramente fáctica, tal y como fue considerado al inicio de este artículo y aunque las referencias al problema de la existencia en el trabajo citado son un tanto dispersas, no dejan lugar a dudas de que la forma de existir las normas a la que se refieren va más allá de simples creencias o consideraciones sociales. Dicen ATIENZA y RUIZ MANERO (1996:51) que las reglas que confieren poderes establecen las condiciones necesarias y suficientes para poder hablar de un acto normativo *desde el punto de vista del derecho*, es decir, las condiciones en las que el propio derecho reconoce a estas normas como derecho, de modo tal que puede desplegar los efectos jurídicos que le corresponden, es decir, los efectos que el derecho correlaciona, en cada caso, con la realización de un acto normativo determinado (p. 79). En segundo lugar, hay que tener en cuenta que la existencia de las normas depende de que se den las condiciones expresadas en la norma de competencia, además de la realización de la acción y la verificación del estado de cosas mencionados en el antecedente de la regla que confiere poder (p. 90). En suma, la existencia condicionada por las reglas que confieren poderes que interesa a ATIENZA y RUIZ MANERO no es la existencia fáctica de la norma sino una existencia formal o normativa, cuya verificación en una norma depende necesariamente de la conformidad con ciertos requisitos predeterminados por normas

²² A *contrario* consideran ATIENZA y RUIZ MANERO (1996:83, nota 4) que sólo forman parte de la regla anankástico-constitutiva aquéllos elementos o requisitos que condicionan la existencia de la norma: lo demás serían reglas regulativas, es decir, que no forman parte de la regla que confiere poder ni de los deberes anankásticos que a partir de ella se generan.

y no de las creencias o de las actitudes de aceptación o reconocimiento social.

Volvamos ahora a la afirmación inicial de ATIENZA y RUIZ MANERO referida a la relación entre reglas que confieren poderes y existencia y según la que cualquier teoría acerca de las reglas que confieren poderes debe de dar cuenta de la diferencia existente entre lo que no es sentencia –o ley o testamento– *desde el punto de vista del derecho*, y lo que sí lo es, con independencia de que tales sentencias, leyes, actos, etcétera resulten ulteriormente recurribles, anulables, ejecutables, etcétera. En este punto, la resistencia de ATIENZA y RUIZ MANERO a acoger la tesis conceptual o cualificatoria, es decir, a *construir* las normas de competencia como definiciones o reglas conceptuales²³, les hace incurrir en una cierta contradicción ya que la propuesta final deja de ofrecer las claves suficientes para distinguir entre lo que es norma o acto jurídico o testamento desde el punto de vista del derecho y lo que no lo es cuando éste era uno de sus objetivos básicos. Veámoslo con el ejemplo que los dos autores que comentamos nos ofrecen: el testamento otorgado en presencia de un único testigo es, indudablemente a la luz de la regla citada, un testamento inválido, pero también es incuestionable que es testamento, que existe como acto normativo de una determinada clase, precisamente la clase de los testamentos. La prueba es la misma que sirve a ATIENZA y RUIZ MANERO para demostrar que la sentencia *contra legem* del juez es sentencia: el testamento otorgado ante un único testigo podrá ser recurrido, por ejemplo, por los herederos que se consideren beneficiados por la última voluntad expresada del testador si es que el albacea se niega a ejecutar la última voluntad contenida en el testamento o por los perjudicados si es que se decide llevarlo a efecto; y si puede ser recurrido o ejecutado es precisamente porque es testamento y no otra cosa. Si *existencia* en esta afirmación es algo distinto de validez, es obvio que el ejemplo de norma que ilustra la teoría sobre las reglas que confieren poderes de ATIENZA y RUIZ MANERO –la norma que establece que «para otorgar testamento es precisa la presencia de dos testigos» o la que establece en qué condiciones contraer matrimonio o en qué condiciones hay que actuar para elaborar una ley– no es determinante de la existencia del acto, sino de su validez. Luego, o las reglas que confieren poderes no son el cri-

²³ ATIENZA y RUIZ MANERO (1996:57-58 y 63-65) afirman que mientras que las definiciones *sólo* sirven para identificar normas jurídicas, las normas de competencia –del tipo de «para otorgar válidamente testamento se requiere la presencia de dos testigos»– sirven para algo más: la norma que establece que «para otorgar válidamente testamento se requiere la presencia de dos testigos» sirve precisamente para otorgar testamentos mientras que la norma que define lo que son «fincas rústicas» sólo sirve para dar significado al término «finca rústica» cuando ésta aparezca en algún enunciado jurídico. En un sentido próximo, AGUILÓ 1990:273.

terio que sirve para distinguir lo que existe como acto o entidad normativa de una determinada clase o lo que ATIENZA y RUIZ MANERO consideran que son reglas que confieren poderes no lo son realmente.

3.2. *Los distintos tipos de normas sobre la producción jurídica*

GUASTINI ha destacado una idea que creo puede servir para aclarar el dilema anterior y para poner un poco de orden en la difícil relación entre las normas de competencia y los problemas de existencia de las normas jurídicas. Señala el autor italiano que bajo las rúbricas de «requisitos de validez formal» o «vicios formales o de incompetencia» se aglutinan una importante variedad de normas, con diversas estructuras y funciones, y que el incumplimiento o disconformidad con los requisitos determinados por cada uno de estos tipos de normas no tiene las mismas consecuencias invalidantes²⁴. Se refiere GUASTINI (1995a:136 y ss.) a los siguientes tipos de normas:

- a) las normas que confieren poderes normativos o reglas que confieren poderes que son reglas que adscriben a un determinado sujeto poder para la creación de normas, esto es, poder para la creación de una tipo de norma o fuente legal específica, identificada mediante el correspondiente *nomen iuris*;
- b) normas que disciplinan el ejercicio de una competencia normativa o normas de procedimiento que regulan el modo de ejercicio de un poder conferido;
- c) normas que circunscriben el objeto de una competencia normativa o reglas que afectan al objeto o fin de un poder conferido, singularizando o determinando qué tipo de asuntos o qué materia puede ser regulada mediante el poder conferido;
- d) normas que reservan una competencia normativa o reglas que reservan para una determinada materia o asuntos una específica fuente legal, en el sentido de que ninguna otra fuente es adecuada para regular ese asunto y, además, que mediante la fuente legal afectada no es posible realizar delegación para regular el asunto de que se trate mediante cualquier otra fuente distinta;
- e) y, por último, normas o reglas que limitan el contenido de una competencia normativa, esto es, reglas que ordenan o prohíben a un poder normativo dictar normas con un específico contenido.

Llama la atención la referencia a los *tipos específicos de normas o fuentes legales*, y es que no es en absoluto usual, salvo quizás en el caso de órdenes jurídicos muy básicos, que las normas confieran un poder para crear normas sin más, es decir, un poder normativo genérico de disposición om-

²⁴ Empleo aquí el término «invalidante» en su sentido más amplio.

nímodo o multiforme sobre la comunidad. Más bien ocurre que las normas confieren poder para la creación de alguna fuerte o forma específica de normas jurídicas (GUASTINI 1995a:158) cuyos efectos jurídicos también están previstos y diseñados por el ordenamiento de que se trate. Es evidente que en los sistemas jurídicos modernos existen numerosas clases de normas o de fuentes legales, cada una de ellas con su correspondiente *nomen iuris* o con su denominación propia –leyes, sentencias, decretos, bandos municipales, contratos, acuerdos internacionales, etcétera– y con una peculiar fuerza o con unos singulares *efectos normativos* también establecidos por otras normas del sistema que se refieren a cada una de las concretas fuentes del derecho existentes. Por este motivo, la pregunta acerca de si las decisiones de un órgano determinado cuentan o existen como normas, tiene sentido sólo si va referida a normas de alguna clase, ya que en los ordenamientos jurídicos actuales no existen *normas jurídicas sin más o de ninguna clase*, sino distintos tipos de normas, cada uno de ellos con su *denominación* y con sus correspondientes efectos. Cuando preguntamos si la decisión de un parlamento existe, es necesario añadir si existe «como ley» o si existe «como sentencia». Si un acto o una decisión cuenta como «ley» o como cualquier otra fuente normativa específica, pasará a formar parte del género de las normas jurídicas, pero es evidente que no hay ningún caso de norma innominada que no sea ni ley, ni sentencia, ni integre ninguna otra especie nominada de normas y, a la vez, exista como norma²⁵.

3.3. Normas sobre producción jurídica y existencia de las normas

La clasificación anterior, además de resultar extraordinariamente intuitiva, sería realmente útil para ofrecer alguna luz al problema que nos ocupa si pudiéramos precisar cuál o cuáles de las normas anteriores hay que *vulnerar*, con qué intensidad o qué clase de incompatibilidad se tiene que plantear para que el efecto sea la inexistencia de las normas, entendiéndolo por inexistencia, insisto, el no reconocimiento del acto o de la decisión en cuestión como norma jurídica de una cierta clase *desde el punto de vista del derecho* o, lo que es lo mismo, la no consideración de esa entidad como entidad jurídica de una determinada clase de acuerdo a los *criterios de identificación* operativos en ese ordenamiento respecto de sus propios elementos.

En una primera aproximación, si pretendemos mantener la equivalencia entre, de un lado, cuestiones formales –competencia y procedimiento– y existencia y, del otro, cuestiones materiales y validez, parecería acertado decir se está en presencia de un vicio determinante de la inexistencia cuan-

²⁵ También por este motivo, como veremos inmediatamente, una cuestión tan aparentemente baladí como es *denominación* adquiere una importancia singular.

do se constata una vulneración de las normas comprendidas en las subclases a), b) c) y d), es decir, de las reglas que confieren poderes, de las normas de procedimiento, de las normas de competencia y de las normas de reserva²⁶. Por el contrario, el vicio de invalidez que motivaría el correspondiente juicio negativo de invalidez, se produciría cuando se ha vulnerado alguna de las normas referidas en e), es decir, alguna norma sobre el contenido de otras normas o, lo que es lo mismo, de una norma que impone obligaciones o prohibiciones que afectan al contenido de las futuras normas que haya de crear una singular autoridad normativa. Sin embargo, como ya veíamos, esta solución no es en absoluto acertada: es evidente que las condiciones de existencia para serlo realmente no deben de ser desmentidas por nuestra interpretación de las dinámicas del ordenamiento tipo al que va referido el análisis ni por las de los sistemas jurídicos reales que funcionen en condiciones de normalidad y que se ajusten al tipo definido. En este sentido, la misma prueba o test que sirvió para demostrar la existencia de una sentencia *contra legem* dictada por un juez y la inexistencia de la «sentencia» redactada por los alumnos de prácticas de Derecho Penal, vale para demostrar la existencia de numerosísimas normas que se producen con infracción de normas de procedimiento, normas de competencia o normas de reserva. Este tipo de normas están mucho más próximas a la sentencia *contra legem* del juez que al texto de los estudiantes, y puesto que pueden ser recurridas, anuladas, e incluso pueden llegar a aplicarse o a ejecutarse, es incuestionable que existen como normas.

Al margen de conclusiones *negativas* como la anterior, también podemos formular otras que resultan más *constructivas*. Por ejemplo, está claro que la conformidad con todas y cada una de las normas sobre la producción jurídica determina la validez en el sentido de legalidad o corrección plena de las normas; luego la conformidad con todas las reglas sobre la producción jurídica es condición necesaria y suficiente de validez. Del otro lado de la relación, diremos que un acto dictado desconociendo todas y cada una de las normas que afectan a la producción de tipo de norma que se pretende producir, es manifiestamente inexistente como tal²⁷.

Es también evidente que el núcleo del problema de las condiciones de la existencia de las normas jurídicas se sitúa entre esos dos casos extremos, aunque el problema es señalar exactamente en qué punto se pasa de un ámbito al otro, es decir, determinar cuáles son las condiciones suficientes o necesarias de existencia, una tarea mucho más dificultosa que determinar las

²⁶ En lo sucesivo mantendré estas sencillas denominaciones.

²⁷ Parece que no es necesario justificar que no es sentencia el acto de un ciudadano cualquiera, cuando tras escuchar alguna noticia en la radio que le provoca un elevado grado de ofuscación dice «Si yo fuera juez, condenaba a ese criminal a pudrirse en la cárcel».

condiciones de la validez absoluta o de la inexistencia indubitada (GUASTINI 1996:377). Procederé entonces por partes, analizando los efectos de las actuaciones al margen de las distintas normas sobre producción jurídica a las que se refería GUASTINI.

En primer lugar, parece correcto afirmar que existe una conexión fuerte entre las reglas que confieren poderes y la existencia de las normas, en el sentido de que la actuación de un poder al margen de la regla que le confiere un poder específico actúa como condición necesaria de existencia de la norma (GUASTINI 1996:377) y, por este mismo motivo, como condición suficiente de inexistencia de la norma producida de otro modo. Por ejemplo, si conforme a un ordenamiento determinado, al parlamento le corresponde dictar leyes y a los jueces sentencias, el hecho de que un juez tome una decisión a la que denomina «sentencia» es condición necesaria de su existencia; por el contrario, si un juez dicta una pretendida «ley», ésta se encontrará aquejada de un vicio de *incompetencia formal, absoluta o subjetiva* (GUASTINI 1995a:146-147) que determinará pura y simplemente su inexistencia como ley, del mismo modo que una decisión de los parlamentarios no existirá en ningún caso como sentencia ya que sólo los jueces tienen poder para producir este tipo de normas²⁸.

La conexión entre las condiciones de existencia y las normas sobre la producción jurídica, sin embargo, se debilita cuando nos referimos a la *infracción* de las normas de competencia, las normas de reserva o las normas sobre el contenido de otras normas. GUASTINI (1995a:151-153) denomina *vicio por incompetencia material (relativa u objetiva) positiva* al que se produce cuando es contradicha una norma de competencia, es decir, a aquella situación en la que un órgano dicta normas referidas a una materia cuya regulación ha sido reservada a otro órgano distinto. La infracción de una norma de reserva da lugar, por su parte, a un *vicio por incompetencia material (relativa u objetiva) negativa*: sea el caso de la pretensión de regular

²⁸ Habría que hacer una excepción referida a *normas*, por ejemplo, con contenido imposible o necesario, del tipo de la ley del parlamento que prohíbe la salida del sol en las mañanas de los sábados o bien que ordena que al atardecer se ponga el sol o bien a actos normativos carentes de mínimo de seriedad, como pudiera ser la sentencia del juez de lo civil en la que condena a muerte a un sujeto o la del juez que ordena la confiscación de todos los bienes del Estado para asegurar el pago de la indemnización que ha solicitado un ciudadano cuyo vuelo partió con retraso. Decisiones de esta naturaleza pueden reputarse inexistentes, pues generalmente no producirán los efectos típicos del género de fuente al que pertenecen. Luego, sólo para el caso de *actos serios* vale decir que la actuación en el marco de las normas de competencia, reserva o contenido actúan como condiciones de validez y no de existencia. Por el contrario, para actos ridículos o extravagantes, el factor determinante de la inexistencia no sería tanto la actuación al margen de las reglas de competencia, de contenido o de reserva como la seriedad del acto. Acerca de la seriedad como condición de existencia, *vid.* ALCHOURRÓN y BULYGIN 1979:29-31.

una materia por el órgano competente pero con un tipo de norma distinto del que ha sido reservado para regular esa concreta materia o bien el caso de la delegación realizada por el órgano competente a favor de otro órgano distinto para regular la materia en cuestión mediante una norma distinta de la reservada. Por último, la violación de normas de contenido o normas «sustanciales» daría lugar a un *vicio sustancial* o *material* (p. 153-154). En estos tres casos, es decir, en los supuestos de incompetencia material positiva o negativa como en el caso de vicios materiales, el efecto no es la inexistencia de las normas viciadas sino su invalidez. La prueba de esta afirmación es la misma que demostró el carácter de sentencia de la sentencia *contra legem* del juez en el ejemplo de ATIENZA y RUIZ MANERO: contra las decisiones aquejadas de cualquiera de estos vicios cabrá presentar los correspondientes recursos, además esas normas podrán o deberán ser aplicadas o ejecutadas hasta que se proceda a su invalidación, etcétera, es decir que, en general, producen los mismos efectos que si fueran plenamente válidas lo que demuestra su estatus jurídico, su existencia desde el punto de vista del derecho pese a su invalidez²⁹.

El caso auténticamente límite, sin embargo, es el de las normas procedimentales. Parece ser correcta la afirmación de que una *pequeña* infracción al procedimiento establecido en el proceso de aprobación de una norma o acto normativo de un tipo específico –ley, sentencia, multa, etcétera– no da lugar a su inexistencia como norma del tipo en cuestión. Por último, también se muestra como correcta la afirmación de que una norma aprobada con total y absoluto desprecio al procedimiento establecido para su producción no llega ni siquiera a existir, es decir, no será reconocida ni tomada en consideración como tal norma por otros órganos o agentes jurídicos llamados, por ejemplo, a aplicarla, ejecutarla, revisarla, etcétera. Ahora bien ¿cuáles y cuántas normas de procedimiento hay que infringir para que una decisión llamada «ley» y adoptada por un parlamento aunque de modo irregular no llegue a existir como ley?

Los comentaristas advierten que esta pregunta no tiene fácil respuesta pues no es fácil distinguir las normas que disciplinan el ejercicio de una competencia normativa –esto es, aquéllas que guían la actividad de un órgano y que deben de asimilarse a normas de conducta– y las normas que se asimilan a la definición del tipo de norma o fuente de que se trate (GUASTINI 1995a:149). Sin embargo, hay dos factores a considerar que sí que me

²⁹ Una cosa es, por lo tanto, afirmar que «el acto X no cuenta como Y» y otra es afirmar que «el acto X que es un Y no es válido»; en el primer caso, es evidente que el acto X no es un Y mientras que en el segundo, es un Y inválido. En el primer caso, estaríamos ante un supuesto de inexistencia (de X como Y), en el segundo ante un supuesto de invalidez de Y.

parecen relevantes y que pudieran servir para detallar el alcance de la pregunta formulada y para encontrar alguna respuesta satisfactoria a la misma.

La primera consideración abunda en la imposibilidad de distinguir con nitidez entre cuestiones procedimentales o *adjetivas* y cuestiones materiales o *sustantivas* y subraya el vínculo existente entre el ejercicio del poder *en un cierto modo* por parte de un órgano y la propia existencia de ese órgano como tal. Un órgano jurídico no es nada al margen *del modo en que unos sujetos se organizan o del modo en que se dispongan* en la medida en que las cuestiones básicas de organización y procedimiento condicionan, no ya el correcto funcionamiento del órgano, llamémosle O, al que se refiere una norma que confiere poder, sino su condición misma de órgano O como tal. La existencia del órgano al que se ha conferido un poder para producir normas es, utilizando la célebre distinción de SEARLE, no un hecho bruto que exista al margen de ciertas reglas sino un hecho institucional. Por este motivo, no hay nada esencial ni natural en el parlamento, en el rey o en un tribunal, que sea distinto del entramado de normas referidas a las condiciones de unos concretos sujetos, sus actos precedentes, su modo de organizarse, de decidir, etcétera. Luego la actuación en el modo reflejado por estas condiciones determina la propia condición de ese órgano como tal, hasta el punto de que no identificaremos como parlamento al grupo de sujetos cuya forma de organización y actuación no se corresponda con esos mínimos básicos.

La segunda consideración de interés está relacionada con las respuestas posibles a la pregunta ¿cuándo una *reunión de los sujetos a, b, c ...n* (hecho bruto) es un caso de un *órgano de una determinada clase* (hecho institucional) como, por ejemplo, un parlamento? A esta pregunta se le puede dar una primera respuesta de naturaleza teórica o conceptual que nos dice que, al ser las reglas constitutivas del órgano O condición de pensabilidad y posibilidad de ese órgano, un grupo de sujetos es un órgano O cuando se muestran o reúnen en el modo expresado por las reglas constitutivas del órgano en cuestión. La segunda respuesta es fáctica o empírica y se construye atendiendo a los factores o circunstancias reales que han llevado a otros sujetos observadores a reconocer –o no reconocer– como caso del órgano O a una reunión concreta de individuos. Ahora bien, ni esta doble respuesta ni la *inestabilidad* de la respuesta empírica alteran la estabilidad o la corrección del análisis conceptual, pues la respuesta dada desde este punto de vista a la pregunta formulada es siempre constante por mucho que varíen el número o el contenido de las normas concretas que *de hecho* condicionan la existencia o el reconocimiento de los *casos* o *tokens* del *type* de la institución.

No obstante, es posible considerar que el reconocimiento de un acto como acto de una determinada clase depende de factores empíricos o fácticos

y que, por este motivo, no resulta del todo obvio que este tipo de datos puedan erigirse como factores teóricos cruciales para una teoría de las normas de competencia (MENDONÇA-MORESO y NAVARRO 1995:222). Sin embargo, creo que esta opinión es matizable puesto que si bien es cierto que el reconocimiento de una decisión de un juez en que declara la guerra a un país extranjero como sentencia o el que una así llamada «sentencia» dictada por un parlamento llegue a producir los efectos jurídicos propios de las sentencias, depende de factores fácticos o empíricos, también es verdad que si conforme a una norma de un sistema, sólo las decisiones de los jueces cuentan como sentencias, desde el punto de vista del sistema, es así y no puede ser de otro modo, al margen de que existan individuos que, puntual o reiteradamente, reconozcan también como sentencias o leyes a las decisiones de un órgano distinto al que tiene conferido el poder de crearlas. Si aquella regla *vale*, vale también la afirmación en función de la cual «sentencia» se define como la decisión de los jueces y, lógicamente, la que señala que, desde el punto de vista de las normas, sólo las decisiones de los jueces son hábiles para producir los efectos jurídicos que el ordenamiento correlaciona con la fuente normativa «sentencia». Que otras decisiones tengan estos mismos efectos o que las genuinas sentencias no lo tengan, es perfectamente posible pero éste es un dato empírico o fáctico, como bien señalan MENDONÇA-MORESO y NAVARRO, que no puede desmentir ni condicionar, añado, ni lo que una sentencia *es* –cuestión ontológica– como hecho institucional de un sistema de reglas ni la connotación del término sentencia –cuestión semántica– según las reglas del derecho³⁰.

Recapitulemos: determina la existencia de las normas de la clase N la regla que confiere poder al órgano O para crear normas de la clase N, a la que hay que añadir –sería más correcto afirmar que es presupuesto de la primera– las normas de procedimiento que resulten constitutivas del órgano O como tal, pues un órgano cuya actuación no se ajuste a lo expresado en esta reglas no habría de ser reconocido³¹ como órgano O y, por consiguiente, sus decisiones tampoco serían consideradas como normas del tipo N. Las demás reglas, esto es, las restantes normas de procedimiento, las normas de

³⁰ Las condiciones empíricas que pudieran incidir en esos procesos de reconocimiento social son factores determinantes de la existencia fáctica a la que me refería al inicio de este trabajo, es decir, son los datos que explican porqué uno o varios individuos *creen* en la existencia de una norma o *consideran* que ciertas de decisiones son sentencias y otras no. Un problema distinto a éste es el de la existencia formal, pues, como veíamos, ésta va referida a las normas en tanto que entidades de un ordenamiento jurídico que funciona de acuerdo a sus propios parámetros de corrección, al margen por tanto de cualesquiera otras situaciones o circunstancias extrasistemáticas.

³¹ «Reconocido», no en función de criterios sociales o empíricos, sino desde el punto de vista de las normas.

competencia, las de reserva y las de contenido, condicionan la validez de las normas creadas por el órgano, pero no su existencia. Este segundo bloque de normas sobre la producción jurídica fijan las condiciones necesarias de validez y, por este mismo motivo, actúan como condiciones suficientes de invalidez de las normas que resulten incompatibles con ellas.

Si este esquema final es correcto, diremos que una norma N existe como tal cuando el órgano que la creó tenía poder para hacerlo o dicho de otro modo, una decisión D –hecho bruto– cuenta como norma de la clase N –hecho institucional– cuando el órgano O que la produjo tenía conferido poder para crear normas de la clase N. Esa misma norma N podrá ser existente –es decir, creada por un órgano O que existe como tal y que tiene conferido poder para producir normas del tipo de N– pero inválida si se encuentra en alguno, en varios o en todos los supuestos siguientes: a) si en el proceso de producción de la norma N se han incumplido alguna o algunas de las normas que regulaban el procedimiento para la creación de normas del tipo N por el órgano O³²; b) si el contenido de N afecta a materias o asuntos que no son competencia del órgano O; c) si el asunto o materia sobre la que versa N ha de ser regulado por un tipo de norma distinta del tipo al que pertenece N; d) y, por último, si N es una norma cuyo contenido es incompatible con lo dispuesto en otras normas del sistema.

Para terminar, sólo quisiera llamar la atención sobre una cuestión más. Las reglas que confieren poderes contienen dos elementos básicos: el órgano al que se le confiere poder para crear normas o producir actos normativos y el tipo de fuente o acto cuyo poder de producción se confiere. Mientras que la existencia del órgano se decanta a partir de sus reglas constitutivas, el segundo elemento viene expresado mediante el correspondiente *nomen iuris* de la fuente o norma. Esta última consideración es de gran interés, ya que deja entrever la importancia de la denominación en lo que al problema de la existencia de las normas se refiere. Efectivamente, desde el punto de vista del órgano productor de normas, la *denominación correcta*, es decir, la correspondencia entre la denominación de las decisiones del órgano O y el *nomen iuris* referido por la regla que confiere poder al órgano O, actúa como un requisito necesario de existencia de la fuente o norma que pretende producir y, probablemente, junto con el mínimo de seriedad al que se refieren ALCHOURRÓN y BULYGIN (1979:29-31), como condición suficiente de existencia de la norma como norma de la clase designada por la rotulación.

³² Presuponemos, por tanto, la actuación en el modo dispuesto por las reglas constitutivas del órgano O como tal.

3.4. Una propuesta estructural para el modelo

La distinción anteriormente trazada entre reglas constitutivas y reglas anankástico-constitutivas puede servir para distinguir entre las reglas que confieren poderes y las restantes normas sobre la producción jurídica tal y como acaban de ser presentadas. Las reglas que confieren poderes como normas que confieren poder a un órgano para producir un tipo específico de normas actúan como condiciones de existencia de aquello a lo que se refieren, luego, en este sentido, son las reglas constitutivas de las sentencias, las leyes, etcétera. La regla «la decisiones del parlamento cuentan como leyes» y «se confiere poder al parlamento para la producción de leyes» serían entonces equivalentes y en ambos casos estaríamos en presencia de la regla constitutiva del tipo normativo «ley» pues la regla citada, en cualquiera de sus dos formulaciones, es la condición de pensabilidad y posibilidad de aquello a lo que se refiere, en este caso la ley, que ni es posible ni puede ser pensada o concebida en ese sistema como decisión de un órgano distinto del parlamento. La regla que confiere poder a un órgano para producir una clase de norma o de fuente es constitutiva del *type* de esa fuente; junto a él, aparecerán las correspondientes réplicas, los *tokens* del *type*, es decir, cada singular ley producida por el parlamento que será un supuesto o caso real del modelo o tipo ideal de ley en ese ordenamiento en la medida en que se haya realizado en el marco de condiciones expresadas por la regla que confería poder a un órgano y que, como he expuesto, se reducían prácticamente a dar a la decisión o acto normativo la denominación correcta, esto es, el *nomen iuris* del tipo de fuente que designan los términos de la regla que confiere poder al órgano en cuestión.

En cuanto a las restantes normas sobre la producción jurídica, a saber, las normas de procedimiento no constitutivas, las normas de competencia, las de reserva y las que predeterminan el contenido de las futuras normas, son reglas que condicionan si una entidad jurídica de una determinada clase –por ejemplo, una ley o una sentencia– tiene un determinado valor, en concreto, el de la validez, entendida como corrección o conformidad con todas y cada una de las normas sobre la producción jurídica que afectan a la norma en cuestión. Como hemos visto, salvado el caso de actos no serios o extravagantes, la actuación fuera del marco diseñado por cualquiera de estas normas no llega a afectar a la existencia de la norma como tal, sino a su validez motivo por el que hay que pensar que se trata de reglas anankástico-constitutivas que *ponen* condiciones de validez a normas o actos cuya existencia depende ya de sus reglas constitutivas³³.

³³ Un interesante modelo, próximo a éste, es el de ROBLES (1983:119-160 y 1998:34-38) quien, en su terminología más reciente, ha distinguido entre reglas directa e indirectamente dirigidas a la acción. Las reglas indirectamente dirigidas a la acción, también llamadas reglas ón-

Para terminar con este apartado, apenas un comentario referido a las conocidas *normas que predeterminan el contenido –no la competencia o el procedimiento– de las normas futuras* pues considerarlas reglas anakástico-constitutivas puede tener consecuencias teóricas y prácticas singularmente extrañas. Hay que tener en cuenta que una norma no puede ser simultáneamente regulativa y constitutiva (BULYGIN 1991:490-492) y que no es lo mismo *prescribir* una condición que *poner* una condición, pues en el primer caso estaremos ante reglas regulativas y en el segundo ante reglas anakástico-constitutivas (AZZONI 1986:168). En este sentido, es frecuente referirse a las normas que predeterminan el contenido de otras normas como normas regulativas, puesto que limitan el contenido de una competencia normativa *ordenando* o *prohibiendo* a un poder normativo dictar normas con un específico contenido. La presencia en las normas que condicionan directamente el contenido de otras normas o actos de términos inequívoca-

ticas, son reglas expresables mediante el verbo *ser* que constituyen los elementos necesarios previos a una acción en su ámbito, es decir, las que crean las condiciones en las que la acción podrá tener lugar y ser regulada. En este sentido, el modelo de regla es cercano al que aquí se presentado bajo la denominación de *regla que confiere poder/regla constitutiva*. Las reglas indirectamente dirigidas a la acción son reglas que presuponen a la acción y se refieren a ella, bien para caracterizarla deónticamente (1998:37), bien para señalar algunos elementos o añadidos necesarios de la acción ya constituida (1983:158). Las primeras son las conocidas normas de conducta o de mandato y a las segundas las denomina ROBLES (1998:36) reglas procedimentales pues para este autor, el procedimiento es el conjunto de actos necesarios de la acción de cualquier órgano jurídico o ciudadano (1983:228). Además, señala ROBLES (p. 154) que como toda regla que determina lo que es necesario para alcanzar un cierto fin, la regla procedimental da lugar a la formulación de reglas técnicas susceptibles de expresarse mediante los verbos *tener que* o *poder que* (1998:36-37). Por su parte, estas últimas reglas resultan muy próximas a las que aquí hemos denominado reglas anakástico-constitutivas: ambos modelos presuponen la existencia de algo a lo que condicionan; en el caso de ROBLES ese *algo* es un ámbito óptico-práctico –sea el caso de los juegos o del derecho mismo– en el que se desarrollarán las correspondientes acciones; este ámbito se constituye tras una *convención*, cuyos elementos necesarios son el campo o ámbito espacial, el temporal, los sujetos o jugadores y sus respectivas competencias (ROBLES 1983:49 y ss.). Una vez constituido ese ámbito, la acción de los sujetos podrá tener lugar y es entonces cuando las reglas procedimentales pondrán condiciones necesarias a las acciones de los sujetos o bien pasarán a exigirlos o a prohibirlos. Es decir, en modelo de ROBLES, las reglas ópticas no van referidas a las acciones de juego o a las acciones jurídicas, sino al ámbito mismo en que éstas van a tener lugar, mientras que en el modelo presentado en este trabajo, las reglas constitutivas se refieren a acciones o hechos singulares del juego o del derecho. Es en este punto, es decir, en el análisis de la constitución de los juegos o de los denominados *ámbitos óptico-prácticos* en general, donde el modelo de ROBLES y su sugerente comparación ente el derecho y los juegos, no me parece muy convincente fundamentalmente por dos motivos: el primero va referido a la teoría de la constitutividad a partir de la que nuestro autor elabora su propuesta. Para ilustrar este punto, tomaré un ejemplo de *Las reglas del derecho y las reglas de los juegos* referido al alfil del ajedrez. Dice ROBLES (1983:155) que la regla que establece que el ajedrez se juega sobre un tablero con 64 cuadros es una regla óptica pues se refiere al ámbito espacial del juego; sin embargo, la regla que establece que el alfil se mueve en diagonal, sería una regla procedimental que presupone el ámbi-

mente prescriptivos o deónticos y su frecuente lectura o interpretación como normas que imponen obligaciones o prohibiciones al legislador, al juez, etcétera, son argumentos que abonan la tesis de que se trata de normas regulativas: la norma del art. 24 CE se dirige al juez y *proscribe* la indefensión del mismo modo que la del art. 14 CE *prohíbe* cualquier discriminación por motivos de raza, nacimiento, sexo, etcétera³⁴. Desde el otro punto de vista, hay que tener en cuenta –y este factor abona la tesis de la anankasticidad– que la consecuencia por la actuación fuera del marco descrito en estas reglas, es decir, *incumpliendo los deberes prescritos*, normalmente es la *nulidad del acto o norma irregular* y no la imposición de una sanción al órgano infractor y si aceptamos el criterio hartiano que rechaza la reducción de la nulidad a la sanción (HART 1961:42-45), habría que reconocer

to en el que la acción *mover el alfil* tiene lugar y la propia acción regulada y que sirve para decir a los jugadores cómo tienen que mover el alfil. Sin embargo, pienso que igual que quien juega sobre un tablero dividido en 56 cuadros, juega a algo distinto del ajedrez, quien juega sobre un tablero de 64 pero sin emplear ninguna ficha que mueva en diagonal una o varias casillas, también lo hace, es decir, que también juega a algo distinto del ajedrez. Desde el punto de vista de la acción y los requisitos necesarios de su existencia, no creo que exista una distinción relevante entre las reglas referidas al tablero, la duración de la partida, los jugadores y sus competencias y el resto de las reglas pues cualquier actuación al margen de cualquier regla determina que se juegue a algo distinto del ajedrez, es decir, que las acciones no sean *de ningún modo* movimientos del juego del ajedrez. Por este mismo motivo, no acierto a concebir ninguna cualificación especial de los factores referidos por ROBLES, en la medida en que es el juego en sí y no el movimiento, lo que se disipa ante toda acción contraria a cualquier regla del ajedrez, vaya referida al tablero o la forma de mover las fichas. Parece más acertado considerar que el ajedrez es un juego formado por un entramado de reglas todas ellas constitutivas y que la actuación al margen de cualquiera de estas reglas da como resultado algo distinto del ajedrez. Hay un segundo apunte crítico que creo de interés y que además matiza el interesante paralelismo entre los juegos y el derecho que traza ROBLES: en el ajedrez, por seguir con el ejemplo, no existen reglas que posibiliten la realización de movimientos –por ejemplo, *comer una ficha*– cuyo *valor* pueda ser luego cuestionado y revisado por un tercero distinto de los jugadores, a quien que le correspondiera decidir si la acción fue efectivamente una *comida* por reunir todos los requisitos necesarios de ese movimiento o si *al movimiento realizado por el jugador* no le corresponde ese valor por no reunir alguno de estos elementos necesarios, motivo por el cual al jugador que perdió la ficha le corresponderá retrotraer el juego al momento de la *comida*, recuperar la ficha, etcétera. En este ajedrez imaginario, es obvio que el movimiento anulado era un movimiento del juego, es decir, que el jugador que movió de aquel modo realmente jugaba al juego, aunque luego quedó establecido que no iba a lograr alguno de sus objetivos pues su jugada no reunía los elementos necesarios para conseguirlo. El movimiento anulado ha de ser considerado parte del juego, del mismo modo que la sentencia del juez que es revisada sigue teniendo la consideración de sentencia, aunque lo sea anulada o casada. Y es este el ámbito donde creo que tiene sentido pensar a las normas de competencia entendidas como normas anankástico-constitutivas, es decir, como normas no constitutivas de las acciones o de las normas en sí ni tampoco del juego o del derecho en su conjunto, sino del valor que le ha de corresponder a unas determinadas jugadas o a unos determinados actos jurídicos que necesariamente reúnan ciertos requisitos.

³⁴ No obstante, éste no es un factor determinante, pues tampoco la presencia de expresiones de permisión en las normas de competencia *provoca* que éstas sean normas permisivas.

que estamos ante normas secundarias y no ante reglas que imponen deberes. Si esta tesis es cierta, las normas que predeterminan el contenido de otras normas habrían de ser consideradas como reglas anankástico-constitutivas y no como normas regulativas, esto es, como condiciones *necesarias* de validez de otras normas y no como obligaciones o prohibiciones dirigidas a los órganos productores de normas³⁵.

4. Algunas aplicaciones prácticas del modelo

Junto a los aspectos teóricos de la distinción entre normas constitutivas que determinan la existencia y normas que condicionan la validez, hay otra serie de problemas relacionados con su alcance práctico: son los referidos a los medios de depuración o reacción frente a las normas aquejadas de algún tipo de vicio, sea éste de inexistencia o de invalidez. Personalmente me inclino a pensar que la relevancia práctica de la distinción entre existencia y validez es muy reducida; pero hay quien opina de otro modo: GUASTINI (1994:223), por ejemplo, al tratar algunos aspectos prácticos del tema que nos ocupa, advierte que la distinción entre inexistencia e invalidez tiene una *gran importancia*³⁶ y GASCÓN (1997:154) ha señalado que la distinción entre invalidez e inexistencia tiene un escaso peso teórico, si bien su interés práctico es mayor, al menos en aquellos sistemas que establecen un modelo para la declaración de invalidez de las leyes que constituya una excepción al sistema común de invalidación previsto para el resto de las normas, es decir, para los sistemas de control de constitucionalidad concentrada. Veamos, para terminar definitivamente, cuáles son estos aspectos prácticos resaltados para, a continuación, aclarar el peso práctico efectivo de cada uno de ellos.

GUASTINI³⁷ ha distinguido dos regímenes de depuración diferenciados para los posibles vicios que pueden afectar a las normas, al menos a las leyes, pues sus consideraciones se refieren específicamente a este tipo de fuente. Afirma el autor italiano que cuando una ley se encuentre afectada

³⁵ Por ejemplo, en la medida en que la reacción del ordenamiento frente al *incumplimiento* de la norma del art.14 CE o de la norma del art.24 CE, no es la imposición de una sanción personal al juez sino la anulación de su sentencia, la no-discriminación no ha de ser considerada un imperativo dirigido a los órganos judiciales, sino una condición necesaria para la validez de sus decisiones. Confróntese este análisis con el que resulta de considerar normas inequívocamente prescriptivas o regulativas como la que establece que los jueces están obligados a resolver inexcusablemente todos los asuntos de que conozcan del art. 1.7 del Código Civil y la correspondiente sanción de inhabilitación especial para el caso de incumplimiento contemplada en el art.448 del Código Penal.

³⁶ Parece cambiar de opinión después, ya que en GUASTINI 1995a:147, se señala que es harto difícil que un vicio de inexistencia se produzca en la práctica.

³⁷ Sobre este punto, puede verse GUASTINI 1994:222-223, 1995a:146-148 y 154-156 ó 1996:376-377.

por un vicio de incompetencia formal o subjetivo –esto es, un vicio de existencia que se produce cuando un poder dicta una norma de un tipo específico sin tener conferido el poder para hacerlo–, éste podrá ser apreciado no sólo por el órgano de control de constitucionalidad, sino por cualquier juez. No ocurriría lo mismo en el caso de vicios de incompetencia material o vicios sustanciales ya que, en estos casos, la invalidación de la norma correspondería necesariamente al órgano de control de constitucionalidad. Además, advierte GUASTINI (1995a:154-156) que el vicio formal afecta a la totalidad de la norma o fuente viciada –sea el caso de una Ley, de un Decreto, de una Orden, de un Código, etcétera– y no a algunas de sus disposiciones o a algunas de sus normas; por el contrario, los vicios de incompetencia materiales o los vicios sustanciales no afectan a la totalidad de la fuente o a la totalidad de un cuerpo jurídico, sino sólo aquéllas normas que se puedan formular a partir del texto del enunciado normativo y que estén afectadas directamente por el vicio o bien al texto de la disposición como tal si éste no puede ser interpretado de forma tal que exprese normas no contrarias a la constitución o cuando una vez interpretada no pueda expresar normas que afecten a asuntos o materias que caen dentro de la competencia del órgano que las dictó.

La propuesta me parece correcta, pero me sigue pareciendo sustancialmente irrelevante desde el punto de vista práctico a la vista de los supuestos reales que podrían ejemplificarla. Una ley afectada de un vicio de incompetencia formal o subjetivo es, por ejemplo, una «ley», así llamada, dictada por un juez o por un alcalde; decir que otro juez puede inaplicarla directamente sin necesidad de recurrir al tribunal constitucional es absolutamente correcto, aunque lo auténticamente sorprendente hubiera sido postular que el juez está obligado a cuestionar la validez de la *norma* ante el tribunal constitucional, en lugar de darle traslado del *asunto* al fiscal o a quien corresponda para que inhabilite al enajenado juez o alcalde que se creyó *legislador por un día*. Quedarían los supuestos límite que evidentemente son los que en realidad preocupan a GUASTINI: sea el caso de la ley que ha de ser aprobada por las dos cámaras representativas y que sólo es votada en una de ellas o la ley que requiere una mayoría cualificada que no se alcanza en la votación, etcétera. Estos casos son efectivamente difíciles y –en esto estoy del todo de acuerdo con GUASTINI– no hay una respuesta previa y concluyente para ellos. Desde un punto de vista práctico, en casos como estos, lo que procede probablemente es esperar y dar respuesta al supuesto en función del modo en que se desarrollen los acontecimientos: si la ley es recurrida por los trámites y procedimientos que el ordenamiento dispone para la revisión de las leyes, entonces habrá de admitirse que existe como tal, que se cumplieron los requisitos mínimos de existencia y que, por lo tanto, la

configuración de una determinada mayoría o de una aprobación conjunta por dos cámaras son normas procedimentales que no determinan la existencia sino la validez de las leyes, es decir, que no son normas constitutivas sino anankástico-constitutivas. Si el resultado es el contrario, si la cámara discolosa es disuelta o si sus miembros son censurados y el texto pasa a la historia como una extravagancia o como una curiosa muestra de la tensión política del momento, si el mentado texto no llega a producir en ningún momento ninguno de los efectos que según el ordenamiento corresponden a las leyes, habrá que concluir afirmando que la actuación se produjo al margen de las reglas constitutivas de las leyes y que la decisión adoptada no existió nunca como tal³⁸.

En cuanto a la propuesta de GASCÓN, creo que su clara disposición a admitir importantes efectos prácticos a la distinción entre vicios de invalidez y vicios de inexistencia se explica si tenemos en cuenta que, para esta autora, *inexistencia* equivale a *manifiesta e indubitada irregularidad* (GASCÓN 1997:150-151), referente este que según las coordenadas de este trabajo, quedaría del lado de la validez y no del lado de la existencia de las normas o actos jurídicos. Para este tipo de vicios de grosera o manifiesta invalidez es absolutamente correcto –y, desde mi punto de vista, también conveniente– diseñar un mecanismo de depuración expeditivo, abierto, flexible o difuso, en suma, un dispositivo análogo al bosquejado por GASCÓN (p. 148-150). Sin embargo, es obvio por los motivos que ya he expuesto para la propuesta anterior, que carecería de cualquier relevancia si lo refiriéramos a la inexistencia tal y como aquí se ha considerado³⁹.

³⁸ Desde un punto de vista teórico, sin embargo, la respuesta es clara: la llamada «ley» será ley si se produjo en las condiciones expresadas por sus reglas constitutivas y no lo será en caso contrario. Si el intérprete del caso descrito considera que la aprobación por las dos cámaras es constitutiva de la existencia –por ejemplo, por ser constitutiva del órgano con poder para producir leyes–, habrá de afirmar que la decisión no existe como ley; mas si considera lo contrario, se verá forzado a sostener que se trata de una norma legal aunque manifiestamente inválida. No obstante, si nuestro intérprete aboga por la inexistencia de la norma y luego, en la realidad de los hechos, el tribunal constitucional admite a trámite el recurso y declara la inconstitucionalidad de la *ley*, entonces de algún modo debería el mencionado observador dar cuenta del estatus que corresponda a la norma debatida, y probablemente la única solución que le quede sea la de reconocer que la condición de aprobación por ambas cámaras no era realmente constitutiva de la existencia sino de la validez de las leyes. Este último inciso vendría a demostrar la vinculación última que existe entre ciertas cuestiones fácticas y la existencia formal de las normas o las entidades jurídicas, aunque desde luego, dar una respuesta puntual a este asunto desborda los límites razonables de este trabajo.

³⁹ No obstante, no me parece del todo justa la afirmación de GASCÓN en la que se niega interés teórico a la distinción entre existencia y validez. GASCÓN (1997:146-148) rechaza la relevancia teórica de la distinción fundamentalmente porque no es posible discernir con precisión cuando se ha *vulnerado* una regla constitutiva, es decir, una regla determinante de la existencia y, en segundo lugar, porque tampoco es posible precisar cuántas o cuáles reglas consti-

Si mis consideraciones anteriores son acertadas, la distinción *teórica* entre lo que existe como norma jurídica regular o irregular y lo que no existe como norma jurídica resultaría crucial para comprender la variedad y tipología de reglas que forman los sistemas jurídicos y, en particular, las constitutivas de los actos y entidades jurídicas como tales, aunque la relevancia *práctica* de la distinción entre invalidez e inexistencia es efectivamente mínima.

Como ya he dicho, leída en clave de requisitos de existencia, la regla que confiere poder al órgano O para producir normas del tipo N, tiene como efecto práctico el que las decisiones serias de O y rotuladas como «N», existan como normas del tipo N o lo que es lo mismo que las normas serias que apruebe el parlamento y que se denominen «Leyes», existen como leyes y que las decisiones serias de los jueces en cuyo encabezamiento figure el término «Sentencia» existen como sentencias. A partir de este momento, cualquier irregularidad que pueda afectar a la ley o a la sentencia tendrá que ser declarada y, en su caso, depurada, pero en todo caso se trata de una irregularidad en una norma de una específica clase que existe como tal. *A contrario*, lo que el sistema de reglas que confieren poderes de un ordenamiento nos dice es que no existen como normas del tipo N las decisiones de un órgano O si éste no tiene conferido poder para la producción de normas del tipo N —en este caso, por muy serias que sean y por mucho que se denominen «N»—, tanto más en cuanto que necesariamente existirá otro poder que sí que tiene conferido el poder para producir normas tipo N⁴⁰.

Desde el punto de vista de la reacción frente a estos actos, habrá que decir que si la decisión de O no existe como N, no tiene ningún sentido diseñar un mecanismo para la corrección de la decisión de O como N, porque

tutivas hay que *vulnerar* para o el acto en cuestión sea considerado inexistente en lugar de irregular. Ya he señalado anteriormente que se trata de dos problemas distintos y que cada uno de ellos debe de ser considerado en su propio ámbito: el teórico o el práctico. En este sentido, la imposibilidad para precisar, desde un punto de vista práctico, cuántas o cuáles normas condicionan la existencia y cuántas o cuáles la validez, no afecta a la relevancia teórica de la distinción, del mismo modo que la imposibilidad de determinar cuántas normas forman el derecho civil o si una norma es civil o laboral, tampoco debería llevarnos a considerar teóricamente irrelevante la distinción entre derecho civil y derecho laboral. Tampoco la dificultad para señalar si ante una norma viciada estamos en presencia de una norma inválida o ante una norma inexistente debe de llevarnos a negar relevancia a la distinción entre invalidez e inexistencia, del mismo modo que la dificultad para precisar si un objeto es o no es un objeto de una determinada clase o presenta o no una propiedad, no autoriza a negar la relevancia teórica de la clase o de la propiedad en cuestión. Por ejemplo, la dificultad para afirmar si un individuo actuaba o no con intención o a sabiendas de lo que hacía, no autoriza a rechazar la distinción teórica entre dolo e imprudencia.

⁴⁰ No tiene sentido pensar en un tipo de norma o fuente cuyo poder de producción no haya sido conferido a nadie.

la decisión de O no es N⁴¹. Puestos a imaginar, podría tener algún sentido práctico para los supuestos fronterizos o casos difíciles, la existencia de algún mecanismo u órgano que corroborara que si la decisión del órgano O es N o no es N. Ahora bien, si se llega a la conclusión de que la decisión de O es un caso de N y O tiene poder para producir normas del tipo N, cualquier irregularidad que afecte a N condicionará su validez y el asunto habrá de ventilarse por los procedimientos –más o menos expeditivos, esto sí que es relevante– establecidos para la revisión de la validez de las normas del tipo N, es decir, recurso judicial si N es una sentencia, recurso administrativo y contencioso–administrativo si es un acto administrativo, recurso de inconstitucionalidad si es una ley, etcétera. Sin embargo, si este órgano dirimente llegase a la conclusión de que O ha dictado una norma distinta de N, lo único que tendría sentido hacer sería preguntar a los sujetos que forman parte de O porqué se dedican a dictar normas del tipo S cuando no tienen poder conferido para hacerlo y cuando a ellos sólo les corresponde producir normas del tipo N. Claramente de nuevo: si un juez dicta una «ley», si un parlamento dicta una «sentencia» o si un general militar decide dictar una nueva «constitución» o «derogar» la existente, ninguna de estas decisiones existirá –ni son posibles ni se pueden concebir– como ley, como sentencia, como constitución o como derogación de la constitución *desde el punto de vista del sistema que nos sirve de referencia*, y, por este motivo, no tiene ningún sentido pensar en un procedimiento para depurarlas o corregirlas en tanto que leyes, en tanto que sentencias o en tanto que normas constitucionales. Si el general militar, por seguir con este último caso, logra efectivamente *acabar* con la constitución que declaró derogada, nos colocará ante un problema completamente distinto al que se ventila en este artículo, ya que en este caso nos encontraríamos ante un nuevo ordenamiento jurídico cuya norma originaria es la decisión del militar en la que se autoatribuye competencia normativa suprema para producir y derogar constituciones. Ahora bien, desde el punto de vista del anterior sistema, la decisión del general *nunca podrá contar como* constitución porque el militar golpista no tenía conferido poder constituyente y sólo contará como lo que es, a buen seguro, desde el punto de vista del ordenamiento constitucional de referencia: un acto de insubordinación contra el orden establecido, prohibido y fuertemente castigado por sus normas penales.

⁴¹ Sería algo así como pensar en el diseño de un procedimiento en la Ley de Enjuiciamiento Civil que permitiera a los órganos judiciales la desestimación o expeditiva inadmisión de la demanda dirigida a un tribunal por un alumno de Derecho Penal que discrepa de la «sentencia» elaborada por sus compañeros en las clases prácticas o del recurso presentado ante un tribunal por un abogado que se dice representante legal de Poncio Pilatos, contra la «sentencia» absolutoria de Jesucristo leída por un juez que actuaba comoregonero de la Semana Santa.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ, J. (1990) «Sobre “Definiciones y normas”» en *Doxa* nº 8, 1990.
- ALARCÓN CABRERA, C. (1991) «Sobre el concepto y tipología de las reglas constitutivas» en *Anuario de Filosofía del Derecho*, VIII, 1991 (También en *Normas y paradojas*, Tecnos, Madrid, 1993).
- ALCHOURRÓN C.E. y BULYGIN, E. (1979) *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Biblioteca de Ética, Filosofía y Derecho nº 39, Distribuciones Fontamara, México, 1997.
- (1991) *Análisis lógico y Derecho*, CEC, Madrid.
 - (1996) «Norma jurídica» en GARZÓN VALDÉS, y LAPORTA 1996.
- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. (1996) *Las piezas del derecho*, Ariel, Barcelona.
- AZZONI, G.M. (1986) «Condizione costitutive» en *RIFD*, LXIII, nº 2, 1986.
- BETEGÓN, J., GASCÓN, M., DE PÁRAMO, J.R. y PRIETO, L. (1997) *Lecciones de Teoría del Derecho*, McGraw Hill, Madrid.
- BULYGIN, E. (1991) en ALCHOURRÓN y BULYGIN 1991.
- CALSAMIGLIA, A. (1994) «Geografía de las normas de competencia» en *DOXA*, nº 15-16, 1994.
- CARACCILO, R. (1988) *El sistema jurídico. Problemas actuales*, CEC, Madrid.
- (1995) «Due tipi di potere normativo» en GUASTINI y COMANDUCI 1995.
- CARCATERRA, G. (1974) *La forza costitutive delle norme*, Bulzoni, Roma.
- CONTE, A. (1966) «Fenomeni di fenomeni» en *RIFD*, nº 63.
- (1983) «Regole costitutive, condizione, antinomia» en SCARPELLI 1983.
- DELGADO PINTO, J. (1990) «Sobre la vigencia y la validez de las normas jurídicas» en *Doxa* nº 7, 1990.
- FERRAJOLI, L. (1989) *Derecho y Razón*, Trotta, Madrid, 1992.
- GARZÓN VALDÉS, E. y LAPORTA, F.J. (1996) *El derecho y la justicia*, Trotta, Madrid.
- GASCÓN, M. (1997) «Sentido y alcance de algunas distinciones sobre la invalidez de las leyes» en *Doxa* nº 20, 1997.
- GIANFORMAGGIO, L. ed. (1993) *Le ragioni del garantismo*, Giappichelli, Milán.
- GONZÁLEZ LAGIER, D. (1995) *Acción y norma en G.H. von Wright*, CEC, Madrid.

- GUASTINI, R.(1983) «Teorie delle regole costitutive» en *RIFD*, 1983 (hay traducción al español en el número 25/I de la *Revista de Ciencias Sociales* de la Universidad de Valparaiso, 1984).
- (1993) «I fondamenti teorici e filosofici del garantismo» en GIANFORMAGGIO 1993.
 - (1994) «Invalidity» en *Ratio Iuris*, 7, nº 2.
 - (1995a) *Il giudice e la legge*, Giappichelli, Milán.
 - (1995b) «Normas supremas» en *Doxa*, 17-18, 1995.
 - (1996) «Fragments of a Theory of Legal Sources» en *Ratio Iuris*, vol. 9, nº 4, 1996.
- GUASTINI, R. y COMANDUCCI, P. (1995) *Analisi e Diritto*, Giappichelli, Milán.
- HART, H.L.A. (1961) *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.
- HERNÁNDEZ MARÍN, R. (1996) «Autoridad-competencia» en GARZÓN VALDÉS y LAPORTA 1996.
- (1984) *El derecho como dogma*, Tecnos, Madrid.
 - (1998) *Introducción a la Teoría de la norma jurídica*, Marcial Pons, Madrid.
- JORI, M. (1986) «In margine all' ultimo Conte» en *Materiali per una Storia de la Cultura Juridica*, vol. XVI, nº 2, Il Mulino, Bolonia.
- (1993) «La cicala e la formica» en GIANFORMAGGIO 1993.
- KELSEN, H. (1960) *Teoría Pura del Derecho*, UNAM, México.
- LÓPEZ CALERA, N. M. (1997) *Filosofía del Derecho (I)*, Comares, Granada.
- MENDONÇA, D., MORESO, J.J. y NAVARRO, P. (1995) «Intorno alle norme di competenza» GUASTINI y COMANDUCCI 1995.
- MORESO, J.J. y NAVARRO, P.E. (1993) *Orden jurídico y sistema jurídico*, CEC, Madrid.
- NINO, C.S. (1978) «Some Confusions around Kelsen's Concept of Validity» en *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, LXIV/3, 1978.
- (1980) *Introducción al análisis del derecho*, Ariel, Barcelona.
- PECZENIK, A., LINDAHL, L. y ROERMUND B. van, (1983) *Theory of Legal Science*, Reidel, Dordrecht.
- POLLASTRO, P. (1983) «Fenomenologia delle regole costitutive» en *Materiali per una Storia de la Cultura Giuridica*, XIII, nº 1, 1983.
- ROBLES, G. (1983) *Las reglas del derecho y las reglas de los juegos*, Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, Palma de Mallorca.

- (1993) *Sociología del derecho*, Civitas, Madrid.
 - (1998) *El derecho como texto*, Civitas, Madrid.
- ROSS, A. (1958) *Sobre el Derecho y la Justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1963.
- (1968) *Lógica de normas*, Tecnos, Madrid, 1971.
- RUIZ MANERO, J. (1990) *Jurisdicción y normas*, CEC, Madrid.
- SCARPELLI, U. (1983) *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenza attuale*, Edizioni di Comunità, Milán.
- SEARLE, J. (1969) *Actos de habla*, Cátedra, Madrid, 1994.
- STRÖMBERG, T. (1983) «Norms of Competence in Scandinavian Jurisprudence» en PECZENIK, LINDAHL y ROERMUND 1983.
- WRIHT, G. H. von (1963) *Norma y acción*, Tecnos, Madrid, 1970.

