

The Step Not Taken.

Competencia, reglas determinativas y sistemas constitutivos en la *Teoría Analítica del Derecho*

Alejandro D. Calzetta*, Julieta A. Rabanos**

Para Jorge, con analítica admiración y afecto

Resumen

En el presente trabajo, sostenemos que Rodríguez rechaza demasiado pronto el concepto de regla constitutiva, y que su enfoque de la competencia sufre por ello. Proponemos un enfoque alternativo basado en otra noción de regla constitutiva (aquella de A. Conte), que se presenta como un enfoque más completo que el propuesto por Rodríguez.

Palabras clave: Jorge L. Rodríguez. Competencia. Reglas constitutivas. Reglas determinativas. Sistemas constitutivos.

Abstract

In this paper we argue that Rodríguez rejects the concept of constitutive rule too hastily and that his approach to legal competence suffers from it. We propose an

* Facultad de Derecho, Universidad Alberto Hurtado, Cienfuegos 41, Santiago, Chile, acalzetta@uahurtado.cl. Este trabajo se enmarca en los resultados del proyecto Fondecyt de Iniciación N° 11190629, *La formalización de las normas de creación jurídica*.

** Facultad de Derecho, Universidad Alberto Hurtado, jrabanos@uahurtado.cl. Istituto Tarello per la Filosofia del Diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Genova, Via Balbi 30/18, 16126, Genova, Italia, julieta.rabanos@giuri.unige.it.

Los autores son ambos responsables por las tesis y afirmaciones sostenidas en el presente trabajo; sin embargo, por razones estrictamente concursales, se indica a Alejandro D. Calzetta como autor de los puntos 1, 3.2, 3.3 y 3.4; y a Julieta A. Rabanos como autora de los puntos 2, 3.1, 4, 5.

alternative approach based on another notion of constitutive rule (A. Conte's) that presents itself as a more complete approach than Rodríguez's own.

Keywords: Jorge L. Rodríguez. Legal competence. Constitutive rules. Determinative rules. Constitutive systems.

0. Introducción

Al momento de enfrentarse con el monumental manuscrito que luego se transformó en *Teoría Analítica del Derecho* (de ahora en más, TAD), quienes suscriben este trabajo experimentaron un abanico de emociones: fascinación, entusiasmo, admiración. Tantos puntos transforman a TAD en una obra única: entre ellos, la monumentalidad de su tamaño, su extraordinaria exhaustividad, la profundidad y agudeza de su análisis, y la cuidada y sostenida articulación de principio a fin que hace del volumen no una gran exposición de temáticas aisladas, sino una verdadera propuesta de teoría del derecho.

Con todo, la dimensión de TAD (en todas y cada una de las acepciones de este término, incluyendo sus más de ochocientas páginas) es algo que ahora mismo sólo puede ser vislumbrada; sin embargo, y si la obra sigue al autor, tenemos la certeza de que el tiempo la demostrará en todas sus aristas y en toda su amplitud. Al menos, eso es exactamente lo que le sucedió a quienes suscriben este trabajo desde la primera vez que conocieron a Jorge y vislumbraron tanto su inmensidad académica como su enormidad humana. Todos estos años sólo nos han proveído, uno tras otro, de infinita confirmación.

Siguiendo una máxima que Jorge y nosotros compartimos acerca de los halagos, dado que la aprendimos de la misma persona, en este trabajo nos proponemos realizar una crítica a su posición acerca de algunos temas específicos y entrelazados que aparecen tratados en TAD: normas constitutivas, reglas que confieren potestades, y el concepto de potestad jurídica (competencia). En este sentido, por cuanto nos resulta realmente difícil estar en desacuerdo con Jorge (de ahora en más, Rodríguez), encontramos que su posición respecto de estos temas es bastante más limitada de lo que debería ser, y que esta limitación acarrea algunas consecuencias evitables para la teoría rodrigueana del derecho.

Así, el presente trabajo tiene como objetivo mostrar cuál es el paso que Rodríguez no ha dado con respecto a estos temas, y argumentar cuál es el paso que debería dar ir más allá de lo que sostiene en TAD (y por qué debería adoptarlo). A estos efectos, seguiremos el siguiente recorrido. En la Sección 2, ofreceremos una breve reconstrucción de su posición respecto de las reglas que constituyen o determinan, incluyendo su rechazo a la noción de regla constitutiva de Searle, así como de la noción de competencia y de regla que confiere potestades. En la Sección 3, sugeri-

remos que el rechazo de Rodríguez a la noción de regla constitutiva por su rechazo a Searle fue demasiado apresurado (hay una alternativa: la teoría de Amedeo Conte); que Rodríguez no debería basar el rechazo a esta noción en el rechazo a que una regla constitutiva “regule y constituya a la vez” (hay una alternativa: la mejor forma de concebir el punto es a través de la noción de sistema constitutivo); y que una explicación más adecuada de la competencia no es aquella que sólo toma en cuenta a las reglas que confieren potestades en cuanto reglas determinativas, sino aquella que la concibe en términos de normas constitutivas *à la* Conte y en términos de sistemas constitutivos.

Por su parte, en la Sección 4 analizaremos por qué Rodríguez tendría buenas razones para abandonar la asimilación de regla que confiere poderes con regla determinativa y de para adoptar una concepción diferente de norma constitutiva (que introduce también el concepto de sistema constitutivo). Finalmente, en la Sección 5, concluiremos señalando cómo lo desarrollado en el trabajo ofrece, para Rodríguez, no sólo una reconstrucción más adecuada y amplia de las nociones de regla que confiere poderes y potestad jurídica, sino también de otras problemáticas conectadas y tratadas en TAD.

1. *The Step Taken*. Competencia y reglas que constituyen o determinan en la *Teoría Analítica del Derecho*

1.1. Reglas que determinan o constituyen

La problematización de la “constitutividad” aparece, en TAD, tratada por primera vez en su primer capítulo. Allí, al momento de profundizar la diferenciación entre las prescripciones y las reglas determinativas en terminología de George H. Wright – cuya tipología desarrolla con gran detalle –, Rodríguez introduce un análisis comparativo entre esta distinción y la distinción propuesta por John Searle entre regla regulativa y regla constitutiva. La diferenciación regla determinativa/prescripción estaría principalmente basada en el objeto y las consecuencias del incumplimiento: las reglas determinativas definen o determinan actividades humanas y su incumplimiento coloca a la conducta “incumplidora” por fuera de los límites de la actividad definida, mientras que las prescripciones pretenden influir sobre la conducta de sus destinatarios para que se comporten del modo pretendido y su incumplimiento suele acarrear una sanción¹. Por su parte, la diferenciación entre el par regla regulativa/constitutiva estaría principalmente basada en si la existencia de la conducta objeto de la regla es independiente o no de la existencia de esa misma regla². Así, una regla

¹ TAD: 42-48.

² TAD: 52 ss.

regulativa exige o prohíbe conductas cuya existencia es independiente (y lógicamente previa) de la regla en sí, y sólo tiene un componente regulativo. Por su parte, una regla constitutiva crea la posibilidad misma de llevar a cabo una cierta conducta: no sólo regula conductas, sino que también crea o define una nueva forma de conducta cuya existencia no es independiente (y, lógicamente, es posterior) a la regla. Así, tendría un componente definicional y un componente regulativo.

Evaluando ambas distinciones, Rodríguez propugna por la primera argumentando que la segunda es pasible de críticas de las que la primera está exenta³. Las críticas principales que recoge⁴ y adscribe Rodríguez son las siguientes: la distinción taxativa puede esclarecer pero, a la vez, oscurece el que muchas reglas constitutivas tienen un “lado regulativo” y que las reglas regulativas también forman parte de prácticas e instituciones creadas por reglas [1]; el criterio de distinción que propone Searle lleva a la implausible consecuencia de que todas las reglas poseen, a la vez, las características de reglas regulativas y reglas constitutivas [2]; y Searle nunca explica cuál sería la “fuerza normativa” de las reglas constitutivas (*i.e.* en qué sentido éstas “regulan” las acciones a las cuales se refieren) [3]. A ello, agrega que el hecho de que las reglas constitutivas “regulen y constituyan” parece afectar la propia separación o división conceptual que Searle hace del universo de las reglas: esta división no se sostendría si las reglas constitutivas no sólo constituyen, sino que también regulan [4].

Al analizar qué podría entenderse por esta “regulación” de las reglas constitutivas, criticado en [3], Rodríguez señala que la consecuencia de no realizar una actividad según la determinación dada por la regla es, simplemente, que no se considerará que las acciones llevadas a cabo puedan ser una instancia válida de esa actividad. No se trataría así de consecuencias que se asocian con otro tipo de reglas, como la presencia de una sanción.

Por otra parte, Rodríguez acepta que: 1) nada obsta que se formulen afirmaciones como que la regla “regula” la actividad o que define el modo correcto de hacerlo; 2) no puede negarse que en el marco de cierta actividad pueden coexistir reglas determinativas de la actividad con reglas prescriptivas; y 3) es sensato considerar que en muchos casos las reglas que determinan una actividad «cobran cabal sentido debido a la existencia de otras que le correlacionan ciertas consecuencias, a veces prescriptivas». Sin embargo, termina por señalar que «asignar a una y la misma regla la doble función de definir y prescribir, dos actividades que resultan como mínimo conceptualmente independientes –si no lisa y llanamente incompatibles– no parece adecuadamente justificado»⁵, afirmando así [4].

Por estos motivos, Rodríguez propugna el abandono del par “regla regulativa/constitutiva” de Searle por el par “regla determinativa/prescripción” de von Wright, que considera exento de las críticas anteriores en cuanto logra mantener conceptual-

³ TAD: 53.

⁴ Cfr. Schauer 1991: 6-7; Raz 1975: 108-111.

⁵ TAD: 55.

mente diferenciadas a las reglas definitorias de las reglas técnicas y de las prescripciones, y en ningún momento (al menos, en los llamados tipos “puros” de las reglas primarias) estos tipos colapsan (escapando, así, de [4]). Este rechazo y esta adopción determinan en fuerte medida, luego, algunos de los temas que TAD trata en los capítulos siguientes.

1.2. Potestad jurídica (competencia) y reglas que confieren potestades

La problematización de la “competencia”, y accesoriamente de las reglas que la confieren, es tratada en TAD principalmente en su tercer capítulo. Aquí, Rodríguez desdobra su análisis: por un lado, toma una posición diferente a la de Kelsen –y a la de otros autores, incluidas algunas lecturas de Hart– en relación con el tipo de normas que serían las normas de competencia; por el otro, utiliza esto para realizar una reconstrucción del concepto de competencia en el marco de una propuesta de reconstrucción diferente de los conceptos jurídicos fundamentales.

Rodríguez concibe a las normas de competencia, o reglas que confieren potestades (jurídicas), como reglas conceptuales o determinativas, las cuales no resultarían (conceptualmente) dependientes de otras normas como pueden ser las prescripciones ni tampoco podrían asimilarse a estas últimas. Para ello, siguiendo a Hart, rechaza primero la idea kelseniana de que las normas de competencia sean fragmentos de normas (o normas no independientes)⁶. El argumento central es que la consecuencia de sanción, parte fundamental de una norma genuina o independiente kelseniana, es perfectamente escindible de la existencia de una regla que disponga las condiciones necesarias y suficientes para la validez de un determinado “acto” (como otorgar un testamento o promulgar una ley). Sin embargo, lo que no resulta escindible a una regla que confiere potestades sería la consecuencia de nulidad.

Esta separación entre sanción y nulidad también le permite, siguiendo a Bulygin, rechazar que las normas de competencia sean normas permisivas⁷. Para ello, Rodríguez da dos argumentos. El primero es que, si las normas que confieren potestades fueran permisos, entonces la prohibición de hacer uso de una competencia otorgada por esas normas daría lugar a una contradicción. Sin embargo, ningún jurista entendería que en el caso existiría un conflicto entre normas, ni resulta en realidad incompatible decir que un acto es válido y que, no obstante, al sujeto competente le cabe una sanción por haberlo producido⁸. El segundo es que esta reducción a normas permisivas no logra explicar adecuadamente el fenómeno de la transmisión de autoridad: la mera permisividad de acciones normativas para la autoridad delegada no resultaría suficiente, dice Rodríguez, para justificar la obligación de aceptar al

⁶ TAD: 252-256. Para su análisis de “potestad jurídica” en Kelsen, cfr. pp. 236-239.

⁷ Prescripciones, en el sentido de von Wright.

⁸ TAD: 256.

delegado como autoridad competente en la materia delegada⁹.

Por estos motivos, Rodríguez considera que la mejor forma de concebir a las normas de competencia es como reglas determinativas en el sentido de von Wright: esto es, reglas que definen o determinan la aptitud de un sujeto para (con su intervención) la producción de un cierto efecto normativo en un contexto determinado. Así, serían reglas que determinan las condiciones (necesarias y suficientes)¹⁰ para el surgimiento de una instancia válida de un determinado instituto jurídico, como puede ser una «norma jurídica general y abstracta»¹¹.

Lo anterior no implica, para Rodríguez, negar que «tales reglas [determinativas] se encuentran estrechamente ligadas a la existencia de prescripciones», en relación con las cuales cobran sentido. En este sentido, la potestad jurídica de un sujeto para el dictado de normas no resultaría de una única norma sino de un sistema que requiere al menos dos reglas: una conceptual (una regla que confiere potestades) y una prescripción que establezca los efectos jurídicos del acaecimiento de las instancias válidas de ese predicado *P*: «debe existir al menos una conducta calificada deónticamente de cierto modo correlacionada con el surgimiento de una instancia válida de un predicado jurídico para que tenga sentido calificar a este último como tal»¹².

Rodríguez luego afina su propuesta de “potestad jurídica” y “competencia”, en el marco de su propuesta de redefinición de conceptos jurídicos básicos, de la siguiente manera. La afirmación de que «Un agente *x* tiene, de acuerdo con un sistema jurídico *S*, la potestad jurídica respecto de un agente *y* de llevar a cabo una cierta acción normativa *AN* (acción cuyo resultado es la modificación de ciertas consecuencias normativas derivables de *S*)», es para Rodríguez equivalente a afirmar que «Una regla determinativa que es consecuencia de *S* establece que la realización de *AN* por parte de *x* es una de las condiciones para la producción de una instancia válida de cierto predicado jurídico *P*, al que al menos otra norma derivable de *S* liga cierta consecuencia normativa respecto de *y*»¹³. La “competencia” sería así un subtipo de potestad jurídica, donde el predicado jurídico *P* sería “norma jurídica”¹⁴. A partir de esto, y siempre de modo relacional, Rodríguez define ulteriormente “sujeción a la potestad jurídica”, “incompetencia” e “inmunidad”, y concluyendo que el «ejercicio válido de una potestad jurídica produce una modificación en las soluciones normativas derivables del sistema»¹⁵.

⁹ TAD: 256-7.

¹⁰ En este punto, la teoría expuesta en TAD es coincidente con la de Jordi Ferrer. Cf. Ferrer Beltrán 2000: 153.

¹¹ TAD: 257-8.

¹² TAD: 258-9.

¹³ TAD: 295.

¹⁴ TAD: 295-296.

¹⁵ Cfr. TAD: 296-299.

2. *The Step Not Taken*. Alternativas a “regla constitutiva”, sistemas constitutivos y competencia

2.1. El péndulo de Rodríguez

Al momento de analizar la posición de Rodríguez acerca de la competencia, hay una cosa que salta inmediatamente a la vista. Rodríguez parece oscilar entre concebir al conferimiento de competencia como producto de una (única) regla determinativa, y concebir a este conferimiento como producto de un sistema de reglas (que incluiría como mínimo una regla determinativa y una prescripción). Como hemos visto al final del punto anterior, incluso cuando Rodríguez insiste en la posición de que las reglas que confieren potestades deben entenderse como reglas determinativas o conceptuales, al mismo tiempo argumenta acerca de la necesidad de considerar la articulación de éstas con prescripciones para hablar de “potestad jurídica”, a pesar de que se niega a calificar (explícitamente) esta necesidad como conceptual o a definir en términos claros exactamente cuál sería el estatus de esa articulación¹⁶.

A nuestro entender, al menos una de las causas de esta oscilación puede encontrarse en el rechazo de Rodríguez a las ideas de Searle acerca de las normas constitutivas. Esto lo lleva a rechazar la propia utilidad de la noción de norma constitutiva o constitutividad, y a adscribir a la noción de von Wright de “regla determinativa” como – aparentemente – la única alternativa posible para tratar temas vinculados a conceptos jurídicos como “competencia” (y a las reglas que confieren potestades). Sin embargo, hay otro camino que Rodríguez habría podido tomar, y que a nuestro criterio lo habría llevado a dar el paso faltante hacia una concepción completa de la competencia: adoptar una versión diferente de la noción de norma constitutiva, y concebir a la competencia no como el producto de una única regla de un determinado tipo, sino como el producto de un sistema de reglas – de un Sistema Constitutivo. Veamos esto.

2.2. El apresurado rechazo de las reglas constitutivas: un enroque de Searle a Conte

Como hemos visto, el concepto de regla constitutiva aparece rechazado y descartado en TAD a través del rechazo que Rodríguez hace de las ideas de Searle. Uno de los principales puntos de rechazo para Rodríguez, sino el más importante, es la afirmación de Searle de que las reglas constitutivas no sólo constituyen su objeto, sino que además lo regulan. Esta afirmación parece afectar la propia separación conceptual entre reglas constitutivas y reglas regulativas que Searle propone para su tipología de las reglas. Así, Rodríguez considera que el camino más adecuado

¹⁶ Cfr. por ejemplo TAD: 259, al evaluar a qué tipo de normas reservar la denominación “reglas que confieren potestades” según cómo se relacionan con los “predicados jurídicos”.

es abandonar a Searle y al par regla regulativa/regla constitutiva, para utilizar la tipología de normas de von Wright y el “par” regla determinativa/prescripción.

Por nuestra parte, coincidimos con Rodríguez en el rechazo último a la propuesta de Searle y sus ideas sobre reglas regulativas/constitutivas, pero no en el diagnóstico de que la mejor alternativa sea abandonar la noción de regla constitutiva y utilizar una tipología de normas, como la de von Wright, que no la contenga. A nuestro criterio, la noción de “regla constitutiva” permite reconstruir mejor el fenómeno de los hechos institucionales que la noción de “regla determinativa”. La intuición de que la regla constitutiva plantea una equivalencia entre un hecho bruto (vía una interpretación del hecho bruto) y un hecho institucional dentro de un contexto particular es algo que vale la pena rescatar; y esto es algo que la noción de regla determinativa de von Wright no logra capturar adecuadamente. Vale la pena intentar buscar una alternativa superadora a la “regla constitutiva” de Searle. Una candidata posible es la noción de la norma constitutiva de Amedeo Conte, quien parte de algunas ideas del propio Searle¹⁷.

Conte parte de una idea mínima que se halla en la obra de Searle: que lo que hace una regla constitutiva es interpretar que un hecho bruto (por ejemplo, determinados movimientos físicos que una persona hace con un pequeño trozo de plástico) es equivalente, en un contexto institucional determinado, a un cierto tipo de hecho institucional (por ejemplo, una jugada de la pieza de ajedrez llamada “caballo”)¹⁸. A partir de ello, construye una conceptualización de las reglas constitutivas no basada en la separación conceptual entre éstas y las reglas regulativas, sino basada en la noción de condición. La clave de las reglas constitutivas, para Conte, radica no tanto en que sean un tipo lógico independiente de las reglas regulativas, sino en el hecho de si la regla (meramente) determina condiciones de existencia en relación con su objeto y/o si la existencia misma de la regla puede ser considerada un tipo adicional de condición. En otras palabras: la clave de las reglas constitutivas debe ser buscada en el uso de la regla en el marco de una praxis concreta.

Conte señala que las reglas insertas en una praxis son utilizadas de tal modo que se considera que éstas fijan condiciones que constituyen (junto con otras reglas) una práctica institucional compleja (llamada “praxema”), la cual sólo puede ser entendida o definida gracias a las reglas que le dan origen¹⁹. Este aspecto pragmático resulta la clave del desarrollo de las reglas constitutivas en Conte, y aquello que permite conceptualizar su tipología.

¹⁷ Cf. Conte 1995a, 1995b y 1995c. Estos son, a nuestro juicio, los textos esenciales de Conte sobre el tema. Cf. además Azzoni 1988, Roversi 2007 y 2012, los principales autores (junto a Conte) de la escuela de Pavia. El autor más claro de esta escuela, y quien nos ha permitido penetrar en lo sostenido por el resto sus miembros, es Corrado Roversi.

¹⁸ Y retrotrayendo el concepto hasta Wittgenstein, aunque uno podría decir que la idea ya podía encontrarse en Russell 1921. Cf. Conte 1995a.

¹⁹ El análisis del praxema es bastante complejo y, por temas de espacio, no podemos hacer más que mencionarlo. Para profundizar sobre el tema cf. Conte 1995a: 300 ss, Conte 1995b: 323 ss.

Esta tipología está construida sobre dos ejes: i) según en qué se basa el tipo de condición que establece²⁰ la regla; y ii) según si esta es una condición necesaria, condición suficiente, o condición necesaria y suficiente. Si el tipo de condición se basa en la existencia misma de la regla, el conjunto consiste en: *reglas eidético-constitutivas*, *reglas thético-constitutivas*, *reglas noético-constitutivas*. Si el tipo de condición es fijado por la regla, pero no por la existencia de ésta, el conjunto consiste en: *reglas anankástico-constitutivas*, *reglas metaético-constitutivas*, *reglas nómico-constitutivas*. Más gráficamente²¹:

TIPO DE REGLA CONSTITUTIVA	TIPO DE CONDICIÓN (I)	TIPO DE CONDICIÓN (II)	PROPUESTA DE TERMINOLOGÍA OPTIMIZADA
Eidético-constitutivas	Existencia de regla <i>es</i> condición	Necesaria	A1
Thético-constitutivas	Existencia de regla <i>es</i> condición	Suficiente	A2
Noético-constitutivas	Existencia de regla <i>es</i> condición	Necesaria y suficiente	A3
Anankástico-constitutivas	Regla <i>fija</i> condición	Necesaria	B1
Metathético-constitutivas	Regla <i>fija</i> condición	Suficiente	B2
Nómico-constitutivas	Regla <i>fija</i> condición	Necesaria y suficiente	B3

La propuesta de Conte de conceptualización de reglas constitutivas y de ordenación de diferentes tipos nos parece una alternativa superadora a la de Searle. En particular, esta propuesta evita (al menos, en parte) el problema “constitutiva v. regulativa” que aparece en la no tan clara conceptualización de Searle. En virtud de que la clave para Conte radica en si la regla establece algún tipo de condición o no, de hecho, es perfectamente posible concebir que una regla regulativa en el sentido de Searle sea a su vez un tipo de regla constitutiva en el sentido de Conte.

A los fines de este trabajo, hay un tipo puntual de regla constitutiva en el cual merece la pena detenerse: las que Conte llama reglas eidético-constitutivas o, como las llamaremos de ahora en más siguiendo una propuesta de terminología optimizada, reglas A1.

²⁰ El verbo “establecer” es usado en este trabajo como término genérico para denotar tanto el hecho de que la existencia de la regla *es* la condición como los casos en la que la regla *fija* condiciones de posibilidad de los objetos institucionales constituidos por estas.

²¹ Este cuadro está basado en un trabajo inédito de Rabanos (cfr. 2016), a su vez basado en una reconstrucción hecha por Ferrer Beltrán (cfr. 2000: 152-153).

2.3. Disolviendo la confusión “regular y constituir”: reinterpretación de las reglas A1 de Conte y sistemas constitutivos

Hay dos formas en las que Conte conceptualiza las reglas A1. En su manera más sencilla y directa, estas reglas son aquellas normas cuya existencia *es* condición necesaria de aquello que es su objeto²². Sin embargo, cuando uno se adentra en su teoría, se vuelve evidente muy rápido que para Conte esta noción resulta fundamentalmente incompleta.

Un hecho importante es que la existencia de reglas cuya existencia es condición necesaria de aquello que es su objeto parece ser indispensable para fenómenos normativos complejos como el derecho, al menos si aceptamos que el derecho está repleto de conceptos que dependen de ciertas reglas que establezcan condiciones constitutivas para su existencia (desde conceptos como “contrato” o “testamento” hasta la idea misma de “ley”). Estos conceptos no se encuentran en el mundo físico, sino que son un producto lógico-conceptual –un artefacto construido (constituido o determinado) por un cierto sistema de reglas– que da cierta significación institucional a ciertos hechos brutos.

En el caso del derecho²³, las reglas A1 podrían ser esenciales para reconstruir el fenómeno de la competencia. Ello así porque podemos entender a las normas de competencia como reglas constitutivas en un sentido genérico²⁴. El agregado fundamental de Conte es el siguiente: considerar que la existencia misma de la regla es una condición necesaria de lo regulado (la primera, desde un punto de vista lógico), y que permite constituir el concepto del cual se otorga competencia.

La noción conteana de A1 es más compleja que la versión básica. Para Conte, no tiene sentido hablar de una regla A1 de tipo individual, esto es, de *un* enunciado concreto que sea considerado *una* regla A1. Ello así porque *ninguna* regla individual que establezca condiciones necesarias puede, por sí misma, constituir plenamente ningún concepto. Para hacerlo, es necesario contar con una pluralidad de reglas subsidiarias que también sean condiciones necesarias de la cosa a constituir²⁵.

Así, A1 (en Conte) es una colección de fragmentos de normas que forman un conjunto. *Es la existencia del conjunto* lo que constituye la condición necesaria de aquello que es objeto de A1. Del mismo modo, A1 (en Conte) es la unión de un conjunto de elementos ontológicos, deónticos, etc. que forman un sistema que constituye el praxema de un cierto concepto. Estos elementos no serían reglas A1 en sí mismos sino, más bien, fragmentos de A1.

²² Cf. Conte 1995b: 322 ss., Azzoni 1988: 7 y ss. y Roversi 2007: 34.

²³ Roversi 2007: 6-7.

²⁴ Como hacen Ross y Bulygin, pioneros en considerar a estas normas como reglas constitutivas. Cf. Ross 1968: 130 ss. y Bulygin 1991.

²⁵ Conte 1995b: 329.

En nuestra opinión, esta reconstrucción conteana de A1 no es necesariamente incorrecta; sin embargo, puede resultar innecesariamente compleja. Por una parte, la tarea de individualizar la regla A1 parece una tarea muy difícil, sino directamente imposible. Por otra parte, más que ser condición necesaria de aquello que es su objeto, pareciera ser que la regla A1 sería el conjunto de todas las condiciones necesarias que contribuyen a constituir un hecho institucional cualquiera de manera completa. Se aprecia aquí que Conte parece estar afirmando dos cosas incompatibles. Por un lado, se afirma que la *existencia de A1 es condición necesaria* del hecho institucional, no que A1 es el conjunto de las condiciones necesarias de dicho hecho. Por otro lado, se sostiene que la constitutividad de A1 depende no sólo de la propia regla A1, sino que precisa de reglas subsidiarias que permiten “cerrar” el concepto a constituir²⁶.

Siguiendo a Guastini, podría entenderse que lo que Conte llama regla A1 funciona como una definición parcial, definición que debe completarse apelando a otras reglas o normas del sistema jurídico para así llegar a una definición completa de conceptos tales como “juez”, etc.²⁷. Sin embargo, si consideramos A1 en el sentido citado por Conte, esto no podría ser el caso. En la colección de fragmentos normativos que componen A1, estaría el conjunto de las condiciones necesarias que “hace” a los conceptos institucionales. La regla se bastaría a sí misma, y no sería diferente de una regla A3 (cuya existencia es condición necesaria y suficiente de su objeto). Si consideramos que ambos conceptos (A1 y A3) son útiles, y que es importante mantenerlos diferenciados, se vuelve necesario entonces reformular la concepción de Conte sobre A1.

En nuestra opinión, para conceptualizar las reglas A1 de Conte, resulta más adecuado que cada uno de los elementos del conjunto que las componen sea considerado como una regla o norma autónoma.

Así, parece más adecuado conceptualizar lo que Conte llama “regla A1” como un sistema o microsistema de normas en el sentido de Alchourrón y Bulygin²⁸. A este microsistema pertenecen una pluralidad de reglas o normas, que a su vez son de una pluralidad de tipos (para seguir la terminología de von Wright, podrían ser prescripciones, reglas técnicas, etc.). El único elemento que no puede faltar en este microsistema es una norma que dé inicio al objeto del microsistema (que es un hecho institucional, por ejemplo, un concepto): esto es, una norma que lo haga pensable. En otras palabras, un elemento que pueda ser considerado como una definición parcial del hecho institucional a constituir y que, además, permita que dicha definición pueda completarse mediante el agregado de otras normas.

²⁶ Conte 1995b: 322-328.

²⁷ Para la versión más actual de la teoría de Guastini sobre la competencia, cfr. Guastini 2010: 25 ss. Para la compleja relación de Guastini con las reglas constitutivas (y el problema de la competencia), cfr. Calzetta 2023.

²⁸ Cf. Alchourrón y Bulygin 2012: 82-100.

A esta norma, que podría tener la clásica formulación “*x* cuenta como *y* en el contexto *C*”, proponemos llamarla *regla A1*. Esta regla *A1*, por su parte, sería el elemento central de un microsistema de normas que proponemos llamar *sistema constitutivo*.

Veamos brevemente cómo funciona esta propuesta en el caso de la competencia o producción normativa.

2.4. Hacia una explicación completa.

Sistemas Constitutivos, competencia, y el caso de las normas sobre la producción jurídica

Como ha sido señalado en puntos anteriores, Rodríguez considera que las normas de competencia son reglas determinativas en el sentido de von Wright, y que estas “confieren potestades”. Si entendemos esta afirmación como “definición/constitución del sujeto competente”, entonces no hay diferencia entre lo que Rodríguez llama “reglas que confieren potestades” y lo que nosotros llamamos aquí reglas *A1*. Sin embargo, y aquí nuestro desacuerdo con Rodríguez: las normas atributivas, si bien fundamentales, no agotarían en sí mismas la competencia del agente²⁹. La razón es que estas normas atributivas, que son o pueden ser consideradas como reglas *A1* o reglas determinativas en sentido de von Wright, no pueden determinar o constituir por sí mismas de modo completo la competencia.

Veamos lo anterior con un ejemplo: el caso de “ley”, entendida en el sentido estricto de “ley formal”. La competencia para dictar leyes es la competencia para dictar o crear un tipo particular de fuente, la cual está regida por una serie de procedimientos puntuales. Esto último, en realidad, puede predicarse de todas las fuentes. Recordemos que una fuente es un tipo de medio reconocido por un sistema jurídico para objetivar una norma jurídica³⁰ y que está definida por al menos dos elementos: i) un origen en un órgano determinado (físico o de existencia ideal); y ii) producción mediante un procedimiento previamente establecido³¹.

Una norma que sólo confiere potestades, en el sentido que estamos analizando, no parece ser útil para captar lo anterior: lo máximo que esta norma haría es disponer que el sujeto u órgano *x* tiene la competencia para dictar leyes. Sin embargo, ésta es una definición incompleta de la competencia: nada dice acerca del objeto llamado “ley” o cómo se crea este objeto. Este tipo de normas, tal como las reglas *A1*, por sí mismas sólo atribuirían una potestad parcial. Completar dicha atribución depende de la presencia de reglas subsidiarias que determinen el medio de creación de la fuente, esto es, el procedimiento que el competente debe seguir si es que quiere producir el hecho institucional llamado “ley”.

²⁹ En este punto seguimos la teoría sobre las normas sobre la producción jurídica de uno de los autores de este trabajo. Cf. Calzetta 2016: cap. 7.

³⁰ Ross 2005: 105-108.

³¹ Por motivos de simplicidad, excluimos aquí el caso de la costumbre.

Determinar el procedimiento, en este caso, implica al menos lo siguiente:

- i) Determinar cuáles son los pasos concretos a seguir para obtener el resultado institucional deseado. Podemos llamar *normas procedimentales en sentido estricto* a aquellas que cumplen esta función. El tipo de norma que mejor se ajustaría a esta función serían las reglas técnicas en el sentido de von Wright;
- ii) Determinar la modulación deóntica de los pasos a seguir, esto es, determinar si el conjunto de pasos concretos mencionados en i) es, en conjunto, una obligación o una facultad para el competente. Podemos llamar *normas procedimentales en sentido impropio* a aquellas que cumplen esta función. El tipo de normas que mejor se ajustaría aquí serían las prescripciones en el sentido de von Wright.

Estos tres elementos –reglas A1, reglas técnicas y prescripciones– constituyen los elementos que componen un microsistema abocado a determinar una competencia. En este caso, la competencia de una autoridad legislativa. De este microsistema surge la determinación o atribución completa de la competencia de la autoridad legislativa pues está compuesto de:

- i) Una norma (la regla A1) que determina que cierto sujeto tiene la potestad de crear leyes (por decirlo de alguna manera, una que indica quién es el competente);
- ii) Un conjunto de normas (reglas técnicas) que definen qué es una ley, entendida esta como ciertos procedimientos conducentes a cierto resultado; y
- iii) Una norma, como mínimo, que determina si los procedimientos mencionados constituyen una facultad o un deber para el competente.

De esta manera, la constitución de la potestad legislativa queda completa gracias al microsistema. Es por este motivo que lo llamamos “sistema constitutivo”: es el *sistema* de reglas el cual determina la potestad de la autoridad legislativa del ejemplo, no ninguna de las normas que pertenecen a éste. En otras palabras: la determinación se produce por el *conjunto articulado* de estas normas, y no por una o algunas de ellas consideradas aislada e individualmente.

Es claro que la norma A1 –o la regla determinativa, si preferimos la opción que ofrece TAD– tiene un lugar de privilegio en el sistema. Esta norma atributiva de competencia tiene una prioridad lógica fundamental: su existencia –es por esto que es una norma A1, y no una B1– es la condición necesaria que permite que siquiera comencemos a definir la competencia de un sujeto, o a meramente pensarla. De no existir en el sistema constitutivo un elemento como esta norma A1, las demás normas accesorias no tendrían sentido, pues determinarían y modularían procedimientos sin un sujeto para ponerlos en práctica. La única forma de que estas normas tengan algún sentido es que pertenezcan a algún sistema en el que un elemento como A1 exista y que les dé razón de ser.

De este modo, al menos en lo que al derecho respecta, la producción normativa depende así de la presencia de (micro)sistemas constitutivos en el marco de un

(macro)sistema jurídico concreto. En este punto, la intuición de Roversi acerca de la importancia de las reglas A1 parece ser acertada.

3. *The Step Forward*. Sistemas constitutivos como solución posible a las objeciones de Rodríguez a las reglas constitutivas (en Searle)

Siguiendo el desarrollo de los puntos anteriores, tenemos ahora algunas herramientas para sugerir que quizás muchos de los que Rodríguez reconoce como problemas de la noción de “regla o norma constitutiva” surgen, en parte, de la asociación de “norma constitutiva” con “regla”. En otras palabras: surgen de concebir que una norma constitutiva se trata –o debe entenderse como tratándose– de un único enunciado aislado y autocontenido.

Un ejemplo para ilustrar esto. Como hemos visto, una de las grandes críticas a la noción de “regla constitutiva” de Searle que encuentra Rodríguez, y que suscriben otros autores que trae a colación, es que una única y misma regla regularía y constituiría al mismo tiempo. Sin embargo, y a la luz de lo que hemos desarrollado en los puntos anteriores, esta propuesta puede en realidad no ser una confusión ni una innecesaria (implausible) multiplicación de funciones de una única y misma regla. En realidad, se trataría de un reflejo de que cuando se habla de “regla o norma constitutiva” en realidad de lo que se está hablando es de *sistemas constitutivos*: sistemas compuestos por diversas normas, o enunciados, entre los cuales siempre hay –si se quiere mantener la terminología de von Wright– tanto reglas determinativas como prescripciones.

Así, lo que generalmente se piensa o expresa como “norma constitutiva” en realidad podría ser entendido como el sentido o significado completo de una “práctica” (praxema, para usar una noción conteana): esto es, como el resultado de una suerte de *combinato composto* entre enunciados/reglas de diferentes tipos, cuya comprensión como conjunto articulado o sistema es lo que produce esta “norma constitutiva”, que por ejemplo Searle enunciaría como “*X cuenta como Y en el contexto C*”.

Este sistema constitutivo contendría, necesariamente, una parte definicional o determinativa de algún tipo (o “deóntica en sentido práctico”, la regla A1 en nuestra variante) y una parte prescriptiva de algún tipo (o “deóntica en sentido estricto”)³²; y cada una de esas reglas o enunciados que lo componen sería una condición necesaria, pero no individualmente suficiente, de la “norma constitutiva” resultante³³.

Esta intuición ya parece subyacer en algunas afirmaciones de Rodríguez. Por

³² Esto no excluye que incluya reglas de otros tipos. Simplificamos aquí la definición para seguir las propias intuiciones de Rodríguez en su análisis.

³³ Por cuestiones de brevedad, dejamos aquí abierta la discusión de si esto que llamamos “norma”, por simplicidad, es genuinamente una norma o se trataría de una proposición normativa.

ejemplo, Rodríguez sostiene que «aunque se acepte que la noción de potestad jurídica debe ser reconstruida a partir de las reglas determinativas o conceptuales, es igualmente cierto que tales reglas se encuentran estrechamente ligadas a la existencia de prescripciones» y compara esta cuestión con la situación de las definiciones legales, las cuales señala que «sólo cobran sentido si existen en el mismo *sistema* prescripciones en las cuales aparecen los términos en ellas definidos». Y no podemos olvidar su posición acerca de que la potestad jurídica no resulta de una única norma sino de un sistema de normas que requiere al menos una regla determinativa y una prescripción. Rodríguez incluso ofrece una formalización de estas dos normas³⁴.

Teniendo esto en cuenta, la pregunta que surge es: ¿por qué entonces continuar equiparando “regla que confiere potestades” con “regla determinativa”? La respuesta de Rodríguez parece basarse en el rechazo de la noción de “regla constitutiva” de Searle, especialmente en relación con la idea de que una misma regla regule y constituya a la vez. Sin embargo, como se ha intentado mostrar en los puntos anteriores, es posible utilizar otra noción de norma constitutiva, y también explicar en qué sentido “regularía” y “constituiría” a la vez (en realidad, constituiría – lo cual significa definir y regular a la vez), lo cual lleva a una mejor comprensión de cuál es la “conexión” que menciona Rodríguez y por qué, en realidad, su posición sobre la competencia y las reglas que confieren potestades es parcial³⁵.

Por supuesto, entendemos que Rodríguez podría negar este punto insistiendo en las razones para considerar que existe una independencia conceptual entre las reglas determinativas y las prescripciones, y que pareciera que la “constitutividad” no es más que la determinación de qué cuenta como una instancia válida de un determinado predicado *P* (siendo *P* un hecho institucional, aquí sí en términos de Searle). Sin embargo, aquí nosotros preguntaríamos: ¿comienza a *existir* *P* como hecho institucional por el mero hecho de la existencia de formulación de una regla determinativa aislada, o lo hace cuando uno considera un marco de interpretación más amplio de la práctica (que incluye no sólo la determinación sino también la atribución de efectos jurídicos al acacimiento de una instancia válida del predicado jurídico *P*)?

Creemos que esta segunda idea parece más adecuada para no caer en el reduccionismo explicativo de considerar a las reglas determinativas como aisladas del contexto complejo que les da sus efectos de *determinación*, y para dar una mayor explicación al modo en el cual (contextual, institucionalmente) parece existir necesariamente una *consecuencia* cuando se realiza un determinado tipo de determinación como ésta. Por otra parte, y en particular en el ámbito de la competencia, esto permitiría conciliar aún mejor la parte de “verdad” que tienen aquellos que conciben a las normas de competencia como prescripciones junto

³⁴ TAD: 258-9.

³⁵ Ver la sección 2.4 del presente trabajo.

con aquellos que las conciben como reglas conceptuales o reglas determinativas³⁶. En ambos casos, se trata de que han puesto el acento en intuiciones diferentes relacionadas con el mismo fenómeno.

4. Conclusiones

El enfoque “sistémico” de la potestad jurídica o competencia (y de las reglas que confieren potestades) que hemos presentado aquí puede ser entendido como una extensión de aquello que propone Rodríguez en TAD, cuyo propósito es proponer un modo alternativo de explicación, solventar algunas ambigüedades presentes en su discurso, y también solucionar una parcial incompletitud.

En este sentido, hemos buscado aquí ampliar el punto de vista de la propuesta rodrigueana hasta incluir aquellos elementos que hacen a la competencia, pero que no consisten únicamente en la atribución de ésta. Ello implica no sólo retomar la noción rechazada de “regla constitutiva” (aunque bajo otra concepción), sino también extender el entendimiento de los elementos que la componen, de los cuales la “regla que confiere potestades” de Rodríguez es sólo un elemento sistémicamente articulado con otros. Por otra parte, hemos presentado una alternativa (la noción de sistema constitutivo) para resolver la ambivalencia del enfoque de Rodríguez en cuanto la capacidad de las reglas determinativas para determinar (constituir) por sí mismas la potestad de un sujeto competente. La noción de sistema constitutivo no sólo permite conceptualizar un enfoque más completo que el de Rodríguez (y otros autores) de un concepto jurídico como el de competencia, sino que además responde a la intuición de Rodríguez mismo de que no sería posible hablar de “potestad jurídica” sin recurrir a un sistema de reglas.

Finalmente, lo que hemos desarrollado aquí no resulta únicamente útil para dar cuenta de problemas relativos a la noción de competencia. También consideramos que contribuye al esclarecimiento y mejor explicación de otras cuestiones también tratadas en TAD, relativas por ejemplo al análisis del “vértice del ordenamiento jurídico”³⁷, y a resolver ciertos problemas que Rodríguez observa en la noción misma de regla constitutiva. Por todos estos motivos, sugerimos a Rodríguez dar el pequeño paso que falta: reconciliarse con la noción de regla constitutiva y adoptar la noción de sistema constitutivo como elemento fundamental para un adecuado análisis de los conceptos jurídicos.

³⁶ Cfr. TAD: 259.

³⁷ Este problema puede entenderse de múltiples maneras: p. ej., como una pregunta sobre la pertenencia de la primera constitución histórica al sistema y una pregunta acerca de la “autoridad suprema” o “poder constituyente”. Sobre lo primero, por ejemplo, Rodríguez acepta que la pertenencia de la primera constitución histórica requiere presuponer una regla determinativa o conceptual que la identifique como parte de éste (cfr. TAD: 23).

Referencias bibliográficas

- Alchourrón, C., Bulygin, E. (2012). *Sistemas Normativos. Una Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas* (2° ed.), Buenos Aires, Astrea.
- Azzoni, G. (1988). *Il concetto di condizione nella tipologia delle regole*, Padova, Cedam.
- Bulygin, E. (1991). *Sobre las normas de competencia*, ahora en C. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho* (2° ed.), Madrid, Editorial Trotta, 2021, 503-515.
- Calzetta, A. (2016). *Contexto, Formas y Sistema Jurídico. Elementos para una teoría del concepto de competencia y de la producción jurídica* (tesis doctoral inédita, biblioteca UNIGE).
- Calzetta, A. (2023). *El Guastini que no miramos: a la busca de una teoría implícita de las reglas constitutivas*, en S. Agüero-SanJuan, G.B Ratti, (eds.), *La Escuela Genovesa en Chile. Un diálogo a través de Riccardo Guastini*, Santiago, Tirant lo Blanch (en prensa).
- Celano, B. (1999). *La teoría del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, Bologna, Il Mulino.
- Conte, A. (1995a). *Regola costituiva in Wittgenstein*, en Id., *Filosofía del lenguaje normativo, I, Studi 1965-1981*, Torino, Giappichelli.
- Conte, A. (1995b). *Fenomeni di fenomeni*, en Id., *Filosofía del lenguaje normativo, II, Studi 1982-1994*, Torino, Giappichelli.
- Conte, A. (1995c). *Paradigmi d'analisi della regola in Wittgenstein*, en Id., *Filosofía del lenguaje normativo, II, Studi 1982-1994*, Torino, Giappichelli.
- Ferrer Beltrán, J. (2000). *Las Normas de Competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*, Madrid, CEPC.
- Guastini, R. (1983). *Teoria delle regole costitutive*, «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 60, 548-564.
- Guastini, R. (2010). *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano, Giuffrè.
- Rabanos, J. (2016). *Por un puñado de Derechos Humanos. Constituyendo Derechos Humanos a través de (en contra de) la autoridad* (ponencia inédita, seminario “Normas Constitutivas: definir, juzgar, legislar”, Chile).
- Rabanos, J. (2020). *Modelos contemporáneos de autoridad. Elementos para un análisis de los problemas, conceptos y modelos de discurso sobre la autoridad desde la filosofía del derecho* (tesis doctoral inédita, biblioteca UNIGE).
- Rodríguez, J. (2021). *Teoría Analítica del Derecho*, Madrid, Marcial Pons (indicado como TAD en el texto).
- Ross, A. (1968). *Directives and Norms*, Nueva York, Humanities Press (citado de edición facsímil de The Lawbook Exchange, 2009).

- Ross, A. (2005). *Sobre el Derecho y la Justicia*, Buenos Aires, Eudeba.
- Roversi, C. (2007). *Pragmatica delle regole costitutive*, Bologna, Gedit.
- Roversi, C. (2012). *Costituire. Uno Studio di Ontologia Giuridica*, Torino, Giappichelli.
- Russell, B. (1921). *The Analysis of Mind*, Londres, Allen & Unwin.
- Searle, J. (1969). *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge, Cambridge University Press.
- von Wright, G.H. (1963). *Norm and Action. A Logical Enquiry*, Londres, Routledge & Kegan Paul.