

MÁS ALLÁ DE KELSEN:  
LAS NORMAS DE COMPETENCIA Y  
LA ESTRUCTURA DEL SISTEMA JURÍDICO

*BEYOND KELSEN:  
SECONDARY RULES AND THE STRUCTURE  
OF THE LEGAL SYSTEM*

*Rev. boliv. de derecho n° 9, enero 2010, ISSN: 2070-8157, pp. 32-49*



Horacio  
ANDALUZ  
VEGACENTENO

**RESUMEN:** Este artículo propone cuatro enmiendas a la teoría kelseniana de las fuentes del derecho. La idea general es demostrar que la estructura de un sistema jurídico no puede entenderse sin tomar en cuenta a las reglas secundarias de Hart. Estas reglas permiten que el derecho sea un sistema de normas coordinadas entre sí, contrariamente a la representación piramidal de Kelsen. En consecuencia, el diagrama de árbol genealógico propuesto por Raz es mucho más útil para graficar las relaciones entre las fuentes del derecho que el modelo piramidal.

**PALABRAS CLAVE:** Fuentes del Derecho, normas de competencia, condiciones de validez, estructura de un sistema jurídico.

**ABSTRACT:** *This article proposes four amendments to Kelsen's theory of the source of Law. The general idea is to demonstrate that the structure of a legal system cannot be understood without Hart's secondary rules. These rules let the Law to be a system of norms coordinated among them, contrary to Kelsen's pyramidal representation. Accordingly, Raz' three diagram is much more useful to graphic the relations among the sources of Law than the pyramidal model.*

**KEYWORDS:** Sources of Law, secondary rules, conditions of validity, structure of a legal system.

La estructura de un sistema jurídico la deciden las relaciones entre sus fuentes. Como categoría analítica, las fuentes se justifican como criterio de ordenación de los elementos que componen el sistema jurídico. Son un instrumento dogmático para el conocimiento del derecho positivo.

En el pensamiento jurídico el conocimiento formal antecede al conocimiento material. La determinación del significado jurídico de una norma (conocimiento material) depende de su posición en la estructura del sistema y de sus relaciones con las demás formas normativas del mismo (conocimiento formal). Para la obtención del conocimiento material la filosofía del derecho tiene a la teoría de la interpretación. Para la obtención del conocimiento formal tiene a la teoría de las fuentes. Su cometido queda cumplido si proporciona los instrumentos de análisis suficientes para (1) la individualización de las distintas formas normativas reguladas en un sistema y (2) la determinación de las relaciones formales entre ellas. La estructura del sistema jurídico es la representación gráfica de estas relaciones.

Kelsen cree haber cumplido esto.

Dice: "El análisis del derecho, que revela el carácter dinámico de este sistema normativo, así como la función de la norma fundamental, revela otra peculiaridad del mismo derecho: éste regula su propia creación en cuanto una norma jurídica determina la forma en que otra es creada, así como, en cierta medida, el contenido de la misma. Cuando una norma jurídica es válida por haber sido creada en la forma establecida por otra, la última constituye la razón de validez de la primera. La relación entre la que regula la creación de otra y esta misma norma, puede presentarse como un vínculo de supra y subordinación, siendo estas figuras de lenguaje de índole

• **Horacio Andaluz Vegacenteno**

Abogado, Árbitro (CAINCO), Profesor de Derecho (UPSA), Master en Derecho Internacional (Universidad Complutense de Madrid), antiguo alumno de la Academia de La Haya de Derecho Internacional, Master of Laws (Harvard Law School). Publicaciones relevantes: Bases jurídicas para la reintegración marítima de Bolivia. La regla pacta sunt servanda como punto cero (UPSA, 2002, 403 pp.); Coercive International Action, a Task for the International Court of Justice: The Case of the Attack on Iraq (UPSA, 2003, 42 pp.); Positivismo normativo y Derecho Internacional (Plural/CERID, 2005, 201 pp.); El derecho de la sucesión de Estados (Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVII, 2º semestre 2006, Revista Colombiana de Derecho Internacional No. 9, mayo 2007, y Revista Boliviana de Derecho No. 4, julio 2007); Crítica de juridicidad de un cuerpo normativo: el caso de la Ley de Reconducción de la Reforma Agraria (con ANDALUZ, Antonio) (ABEC/El País, 2007, 63 pp.); El Derecho Internacional en el sistema de fuentes, propuesta de artículos para la Nueva Constitución de Bolivia (Revista Boliviana de Derecho No. 6, julio 2008, Anuario Mexicano de Derecho Internacional Vol.VIII, 2008 y Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2009); El control de la constitucionalidad desde la teoría del derecho (Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXI, 2º semestre, 2008); El significado jurídico de la cláusula de sumisión en la jurisprudencia (con ANDALUZ, Antonio) (Revista Boliviana de Derecho No. 6, julio 2008); La justicia constitucional en el Estado de Derecho (Revista General de Derecho Público Comparado, España, No. 4, 2009); y, La estructura del sistema jurídico: las relaciones entre las fuentes del derecho en la Constitución vigente (Revista Boliviana de Derecho No. 8, julio 2009).

espacial. La norma que determina la creación de otra, es superior a ésta; la creada de acuerdo con tal regulación, inferior a la primera. El orden jurídico, especialmente aquel cuya personificación constituye el Estado, no es, por tanto, un sistema de normas coordinadas entre sí, que se hallasen, por así decirlo, una al lado de otra, en un mismo nivel, sino que se trata de una verdadera jerarquía de diferentes niveles. La unidad de esas normas hállase constituida por el hecho de que la creación de la de grado más bajo se encuentra determinada por otra de grado superior; cuya creación es determinada, a su vez, por otra todavía más alta. Lo que constituye la unidad del sistema es precisamente la circunstancia de que tal **regressus** termina en la norma de grado más alto, o básica, que representa la suprema razón de validez de todo el orden jurídico”.

Y subraya: “La norma básica aparece entonces como la fuente del derecho. Pero, en un sentido más amplio, cada norma jurídica es fuente del precepto cuya creación regula, al determinar el procedimiento de elaboración y el contenido de la norma que ha de ser creada. En tal sentido, toda norma jurídica superior es fuente de la inferior: Así pues, la constitución es fuente de las leyes creadas de acuerdo a ella; la ley es fuente de las resoluciones judiciales que en ella se fundan; la resolución judicial es fuente del deber que impone a las partes, y así sucesivamente. La fuente del derecho no es, por tanto, como la expresión parece sugerirlo, una entidad diversa del derecho, dotada de una existencia independiente frente a éste; por sí misma, la fuente es en todo caso derecho: una norma jurídica superior en relación con otra inferior; o sea el método de creación de una norma inferior determinado por otra, lo cual constituye un contenido específico del derecho”.

Luego resume: “Desde un punto de vista dinámico, la norma individual creada por la decisión judicial es una etapa de un proceso que principia con el establecimiento de la primera constitución, continúa con la legislación y la costumbre, y culmina en las decisiones judiciales”. “El proceso a través del cual el derecho constantemente se crea a sí mismo, va de lo general y abstracto a lo individual y concreto. Es un proceso de individualización y concreción siempre crecientes”<sup>1</sup>.

Su teoría necesita enmiendas. Propongo cuatro.

|

Las referencias a la norma fundamental (**grundnorm**) no son necesarias. Aquí Kelsen confunde la identidad con la estructura de los sistemas jurídicos. Cada uno es un problema distinto.

El problema de identidad se ocupa de la pertenencia de las normas a un sistema jurídico determinado. Llama normas independientes a aquellas cuya pertenencia a

<sup>1</sup> Kelsen, Hans; *Teoría general del derecho y del Estado* (5ª reimpresión, México D.F., UNAM, 1995), pp. 146, 155-156, y 159.

un sistema no está condicionada por la previa pertenencia de otras normas. Esto permite a las normas independientes individualizar a los distintos sistemas jurídicos. Al contrario, son normas dependientes las que presuponen la existencia previa de otras normas en el sistema. Es un asunto de membresía; de determinación de los criterios que hacen que una norma sea parte de un sistema específico. Es un problema general, con una solución predicable por igual de todos los sistemas jurídicos. Por su parte, el problema de estructura trata de determinar si existe una estructura lógico-normativa común a todos los sistemas jurídicos. No tiene una solución general, no hay tal estructura común. La estructura de un sistema la determinan las relaciones formales entre sus fuentes normativas. Es, por tanto, una cuestión de derecho positivo. Aún si todos los sistemas compartieran la misma estructura (por ejemplo, constitución, tratados, ley, reglamento, etc.), ella no sería general. Se trataría de estructuras positivas, contingentes a sus respectivos sistemas jurídicos, no de una estructura lógico-normativa general.

La norma fundamental (o básica) es una solución al problema de identidad. Dice Kelsen que el sistema jurídico se funda en una norma presupuesta por el pensamiento jurídico. Al no ser una norma "puesta" (*positum*, positiva), la norma básica es una hipótesis. "Es simplemente la expresión de la suposición necesaria para cualquier entendimiento positivo del material jurídico"<sup>2</sup>.

Tal suposición no es necesaria. Para entender el material jurídico basta con verificar su existencia. Para la filosofía positivista la validez significa que una norma existe como un hecho social empíricamente verificable. En consecuencia, la obligatoriedad del sistema jurídico es un dato formal objetivo, que no depende de la apreciación de sus méritos o deméritos. Por otro lado, para los naturalistas hay una relación necesaria entre el derecho y la moral. Para ellos, que un sistema normativo sea válido como derecho significa que es moralmente justificable. Con pie en esta distinción, Raz dice que la teoría pura es la "mejor teoría del derecho positivo que existe basada en un concepto de normatividad justificada"<sup>3</sup>. No le falta razón al decirlo. Que el sistema se asiente en una fundación presupuesta que confiere "sensación" de obligatoriedad al primer acto productor de derecho tal vez pueda no llevar a pensar en el naturalismo, pero tampoco lleva a pensar en la normatividad social que defiende el positivismo. Con el mismo argumento, Ross dice que la teoría pura es "*quasi*-positivista": como la norma básica se justifica como derecho y a la vez no es empíricamente verificable, estaría a mitad de camino entre el positivismo y el naturalismo<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> KELSEN, Hans; *Introduction to the Problems of Legal Theory, a Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law* (1ª reimpresión, Nueva York, Clarendon Press, 2002), p. 58.

<sup>3</sup> Cf. RAZ, Joseph; *Kelsen's Theory of the Basic Norm*, en PAULSON, Stanley; *Normativity and Norms, Critical Perspectives of Kelsenian Themes* (1ª edición, Nueva York, Clarendon Press, 1988), pp. 47-69.

<sup>4</sup> Cf. ROSS, Alf; *Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law*, en PAULSON, Stanley; en *ob. cit.* en nota al pie 3, pp. 159-161.

La solución al problema de identidad parece estar en las teorías del reconocimiento. Aquí el trabajo de Hart es el más divulgado. Su última regla de reconocimiento existe como una cuestión de hecho. Es un dato fáctico formado por la práctica (punto de vista externo) y actitud (punto de vista interno) de quienes participan en un sistema jurídico, que concuerdan en identificar las normas de su sistema según ciertos criterios<sup>5</sup>. Raz dice que la solución al problema de identidad está en un criterio jurisprudencial. "Las normas pertenecen a un sistema no por la regla de reconocimiento, sino porque son reconocidas por los órganos primarios"<sup>6</sup>. Su enmienda a la teoría de Hart es atractiva por asentarse en la naturaleza autoritativa de los órganos de aplicación. Pero no está libre de cuestionamientos. Qué pasaría, por ejemplo, con las normas promulgadas pero inaplicadas por los tribunales; o qué pasaría con las normas de competencia, cuya pertenencia al sistema tendría que presuponerse para que los tribunales pudiesen operar:

Una teoría de las fuentes no tiene que solucionar el problema de identidad. Para individualizar las formas normativas de un sistema y determinar las relaciones entre ellas no se necesita comenzar por la pertenencia de las normas independientes. La norma fundamental y las teorías del reconocimiento, así como en el siglo XVIII la noción de soberano de Austin, son intentos por explicar la identidad de los sistemas jurídicos. Todos coinciden en fundar la unidad del sistema en las normas independientes. MacCormick incluso dice que una versión mejorada de la norma básica sería más satisfactoria que la regla de reconocimiento para explicar la unidad del sistema jurídico en el Estado de Derecho<sup>7</sup>. Pero esto puede hacerse sin salirse del campo del derecho positivo, sin confundir el problema de identidad con el de estructura. Aquí lleva la razón Raz. Dice que la norma básica, "contra la más firme creencia de Kelsen", no tiene importancia real para ordenar las formas normativas en un sistema jurídico; que esto depende de la cadena de validez que se forma cuando una norma condiciona la validez de otra<sup>8</sup>. Esta cadena es la solución kelseniana al problema de estructura.

<sup>5</sup> HART, H.L.A.; *The Concept of Law*, 2ª edición, Nueva York, Clarendon Press, 1994, p. 110.

<sup>6</sup> Cf. RAZ, Joseph; *The Concept of a Legal System* (2ª edición, Nueva York, Oxford University Press, 1980), p. 200.

<sup>7</sup> Dice MacCormick: "El análisis del Derecho como la unión de reglas primarias y secundarias, aunque lleno de intuiciones valiosas, es, al final, incompleto e insatisfactorio. Se necesita un nuevo comienzo. Una versión de una teoría de la norma básica es más satisfactoria que una teoría de una regla de reconocimiento para explicar la unidad de un sistema jurídico en el contexto de un Estado constitucional (*Rechtsstaat*, Estado de Derecho). Las instituciones jurídicas se conectan con la política y la economía y tienen carácter fundamental para el Estado y para la sociedad civil. El Derecho penal es una parte esencial de los fundamentos de la paz social y por tanto de la sociedad civil. Todo esto le aleja a uno bastante de la concepción hartiana del Derecho. El Derecho y la moral son de hecho conceptualmente distintos, pero sigue siendo cierto que elementos mínimos de respeto por la justicia son esenciales para el reconocimiento de que un orden normativo tiene carácter jurídico" (En ATIENZA, Manuel; *Entrevista a Neil MacCormick*, 29 *Doxa*, 2006, p. 482). MacCormick comenzó a alejarse de la teoría de Hart a partir de la publicación póstuma del *Postscriptum a El Concepto de Derecho* (1994) (cf. p. 484). Muestra de su fuerte filiación hartiana es que su primera teoría del razonamiento jurídico (*Legal Reasoning and Legal Theory*; 1978), a decir suyo, "en parte estaba basada en, y en todos sus aspectos era compatible con, la teoría general del Derecho de *El Concepto de Derecho*" (p. 481).

<sup>8</sup> Cf. RAZ, Joseph; en *ob. cit.* en nota al pie 6, p. 104.

Para el estudio del material jurídico, el punto de partida de una teoría de las fuentes debe ser la norma fundacional de cada sistema jurídico. Digo norma "fundacional" a propósito, para que no sea confundida con la norma fundamental o básica de la teoría pura. A diferencia de la norma fundamental kelseniana, la norma fundacional es derecho positivo. Pero igual que con la norma kelseniana, ésta toma su nombre de la función que cumple: es fundamento, basamento, del sistema jurídico. Norma fundacional significa constitución, pero sin la carga ideológica que esta específica forma normativa conlleva. Como fundamento positivo de un sistema jurídico, la función de la norma fundacional es establecer las condiciones de validez de las normas que pertenecen a su sistema. Con esto, ella (1) asegura la unidad del sistema, (2) individualiza las formas normativas que pertenecen al sistema (no todas, pero sí las principales), y (3) determina las relaciones entre éstas.

También son fundacionales las normas que establecen las condiciones de validez de las normas que pertenecen a un subsistema jurídico. Las consecuencias son las mismas, sólo que a nivel del subsistema.

Acudir a la norma fundacional hace que el problema de estructura se aborde tal como es. Como un asunto de derecho positivo.

## 2

Kelsen dice que el derecho regula su propia creación en cuanto una norma jurídica determina la creación de otra. En un sentido general, esto le corresponde tratarlo a la filosofía del derecho; como descripción del proceso de producción jurídica, corresponde su tratamiento a una de sus parcelas, la teoría general del derecho.

Filosóficamente Kelsen tiene razón. Un entendimiento positivo del material jurídico requiere que su origen sea sistémico. Al condicionar la validez del derecho a la moral (tesis de la relación necesaria entre derecho y moral), la filosofía naturalista da al derecho un origen metasistémico. Sitúa la causa de su normatividad fuera del fenómeno jurídico. La autonomía conceptual del derecho exige que su producción deba explicarse a partir del propio sistema jurídico. Esto da a la teoría de las fuentes su carácter formal.

En tanto análisis de teoría general del derecho, Kelsen describe al orden jurídico como un sistema genético. Hay relaciones genéticas si la producción de nuevas normas jurídicas está sometida al cumplimiento de condiciones de validez determinadas por normas preexistentes. Este es el fundamento de la unidad del sistema jurídico. Ella resulta de la existencia de normas que determinan los elementos que componen el sistema. Tales normas son las fuentes. Ya que sirven como método para la identificación de otras normas, las fuentes también son denominadas "meta

normas”, “normas sobre la producción jurídica” o, en términos de Hart, “reglas secundarias”. Para Kelsen el proceso genético de producción jurídica describe una relación entre normas. De este modo: “norma-norma”. El nivel de abstracción de su razonamiento pone a un lado a la autoridad normativa que recibe del sistema el poder para crear derecho. Pero sin la autoridad normativa el vicio de competencia no puede describirse. Este vicio no afecta a la disposición jurídica como producto del proceso de creación; afecta directamente al acto normativo mismo, al acto de producir derecho. Como tal, el vicio se predica de la autoridad normativa. Es su falta de competencia lo que invalida el producto de sus actuaciones. Para individualizar a la competencia como condición de validez, la descripción de la relación genética debe ser “norma-autoridad normativa-norma”.

La diferenciación entre reglas primarias y reglas secundarias de Hart es la mejor construcción de una teoría del conocimiento jurídico alrededor del carácter dinámico del derecho. Las primarias son reglas de conducta, las secundarias lo son de competencia. Éstas permiten la introducción de nuevo derecho al sistema y la extinción o modificación del derecho existente. Quienes pueden aplicar las reglas secundarias tienen poderes normativos. Quedan autorizados por el sistema jurídico a introducir derecho, extinguirlo o modificarlo. En el derecho privado los poderes normativos se denominan capacidad; en el derecho público, competencia<sup>9</sup>. Esto permite una mejor comprensión de la producción jurídica. Que el derecho regule su propia creación significa que sus normas confieren el poder de producción jurídica a una autoridad normativa, privada o pública. Por tanto, que una norma condicione la creación de otra quiere decir que su contenido consiste en una concesión de poder a una autoridad normativa, para que ésta cree a la segunda norma. Con esto, (1) las fuentes se distinguen de las demás normas que componen el sistema por el poder normativo que confieren (*power conferring rules*); es su efecto jurídico lo que las define. (2) La relación “norma-autoridad normativa-norma” queda explicitada en la descripción del proceso de producción jurídica. A consecuencia de esto, (3) la competencia puede describirse como condición de validez autónoma. De lo contrario, habría que entenderla diluida en la idea general del procedimiento de creación normativa como condición de validez.

Normativamente, la individualización de la competencia como condición de validez significa (1) que opera como criterio formal de relacionamiento entre las fuentes y (2) que participa de la determinación de la estructura del sistema jurídico. Nada de esto es describible por la relación “norma-norma”.

<sup>9</sup> Cf. HART, H.L.A.; en *ob. cit.* en nota al pie 5, p. 81.



Dice Kelsen que “cada norma jurídica es fuente del precepto cuya creación regula, al determinar el procedimiento de elaboración y el contenido de la norma que ha de ser creada”. Pero en el derecho positivo las fuentes no agotan su contenido en la regulación del procedimiento de creación jurídica (el contenido sustantivo, al que se refiere Kelsen, no es una norma-fuente).

La producción jurídica se regula a través de (1) normas de competencia formal, que confieren a una autoridad normativa específica la competencia para producir una determinada forma normativa. Verbigracia, es el caso del artículo 158.I.3 de la Constitución, que atribuye a la Asamblea Legislativa Plurinacional (autoridad normativa) la competencia para dictar leyes (forma normativa). (2) Normas de procedimiento, que disciplinan el curso procesal para el ejercicio de la competencia formal. Siguiendo con las leyes, se trata del procedimiento legislativo de los artículos 162 a 164 de la Constitución, en cuanto a la producción de leyes ordinarias. (3) Normas de competencia material, que determinan la materia en que puede ejercerse el poder de producir derecho. Por ejemplo, el artículo 298.I.21 de la Constitución, que reserva para el órgano legislativo central la codificación sustantiva y adjetiva en materia civil, familiar, penal, tributaria, laboral, comercial, minera y electoral. Y (4) el contenido de las normas cuya violación produzca la invalidez de la norma creada. Para que el vicio se produzca, entre la forma normativa que contiene la norma violada y la forma normativa creada deben existir relaciones formales que obliguen a la segunda a respetar el contenido de la primera.

Las condiciones de validez (1), (2) y (3) son los contenidos que puede tener una norma que confiere poder normativo. La condición (4) no es una norma-fuente. Su calidad de condición de validez para la producción jurídica no deviene de una regla secundaria, sino que es consecuencia de la unidad del sistema jurídico y del hecho que éste tenga un contenido sustantivo determinado (carácter estático).

Las condiciones de validez (1), (2) y (3) son condiciones de tipo dinámico (formal). Su infracción produce, respectivamente, vicios de competencia formal, de procedimiento y de competencia material. Estos vicios operan sobre las disposiciones jurídicas como formas continentales, cuyo contenido son las normas jurídicas. Por encima de la validez de su contenido, la comisión de estos vicios es suficiente para invalidar a la forma normativa. La condición de validez (4) es de tipo estático (material). Su infracción produce un vicio material o sustantivo. Opera sobre las normas jurídicas contenidas, no sobre las formas continentales (disposiciones jurídicas). Habida cuenta que todas las normas son resultado de un proceso de interpretación de las disposiciones que las contienen, el vicio material no significa que sea inválida la disposición que contenga una norma inválida, sino la disposición que no contenga ni

una sola norma (ni una sola interpretación posible) válida (principio de conservación de la norma).

Una forma normativa se distingue de otra por las múltiples combinaciones de las condiciones de validez (1) y (2). Incluso manteniéndose la condición de validez (1), las variaciones en la condición de validez (2) producen formas normativas distintas. Así, se llama ley a la forma producida por el órgano legislativo (competencia formal) según el procedimiento legislativo ordinario (procedimiento de creación); y se llama ley orgánica a la forma producida por el mismo órgano pero según un procedimiento caracterizado por exigir una votación calificada. Este análisis puede extenderse a todas las formas normativas que reconoce un sistema jurídico. En todos los casos la conclusión será la misma: una forma normativa específica es tal y no otra (verbigracia, la ley es ley y no decreto), por la combinación de la autoridad normativa y del procedimiento previsto para su producción. A partir de las condiciones de validez (1) y (2) el derecho positivo decide que las diversas formas normativas llevarán un específico nombre.

Las condiciones de validez (1) y (3) resultan de abrir la relación genética de producción jurídica a la autoridad normativa ("norma-autoridad normativa-norma"). En la relación "norma-norma" falta el órgano productor a quien imputar la competencia (formal y material). La falta del sujeto imputable lleva a que la competencia de la autoridad normativa quede relegada a ser parte de la condición de validez (2). La definición de las fuentes como normas que confieren poder normativo obliga a individualizar su centro de imputación, aquel a quien autorizan la producción jurídica. Tal autorización se da a través de las reglas de competencia. Sin éstas no hay producción normativa. Por tanto, la relación entre la competencia de la autoridad normativa y la condición de validez (2) se invierte: no es que la competencia pueda conceptuarse diluida en el procedimiento, sino que el procedimiento depende de la competencia. La autorización para producir derecho sin sujeción a un procedimiento es técnicamente posible. En estos casos, la autorización para producir derecho comprende también la autorización para decidir el procedimiento de producción. Esto es lo que pasa en el derecho privado. Acá la libertad de forma es una autorización a las partes para decidir el procedimiento de celebración de un acto jurídico. En cambio, no hay producción jurídica si se establece un procedimiento de creación, pero no la autoridad normativa para aplicarlo.

Que una norma condicione la creación de otra no significa que en una sola norma estén reunidas las cuatro condiciones de validez. Significa (1) que las normas que contienen las condiciones confluyen todas en una específica autoridad normativa, confiriéndole el poder de producción jurídica de una determinada forma normativa. (2) Que las condiciones de validez pueden estar contenidas en distintas formas normativas, cada una ocupando una posición distinta en la estructura del sistema. Y, (3) que la autoridad normativa puede recibir poder para producir más de

una forma normativa (es el caso de la Asamblea Legislativa Plurinacional, autorizada para reformar parcialmente la Constitución, para producir leyes ordinarias y para producir leyes que requieren de aprobación por dos tercios).

Esto es relevante para determinar las relaciones entre la forma normativa creada y las formas continentales de sus condiciones de validez. En términos lógico-normativos, la nueva forma normativa es antecedida por las normas que autorizaron su creación. Esto está expresado en la relación "norma-autoridad normativa-norma".

#### 4

Dice Kelsen que "el orden jurídico, especialmente aquel cuya personificación constituye el Estado, no es, por tanto, un sistema de normas coordinadas entre sí, que se hallasen, por así decirlo, una al lado de otra, en un mismo nivel, sino que se trata de una verdadera jerarquía de diferentes niveles". Esto no puede tomarse como una solución general al problema de estructura.

Resumidamente, su teoría dice: (1) La relación entre una fuente y otra se expresa en términos de delegación de poder: Una fuente sólo tiene poder normativo en la medida en que le haya sido delegado por otra fuente y dentro de los límites de tal delegación. (2) Cada delegación de poder determina el procedimiento para la introducción de nuevo derecho al sistema jurídico, así como su contenido. (3) Como las normas son creadas por aplicación de otras (aquellas que determinan sus condiciones de validez), las nuevas normas derivan de aquellas que las autorizan. Esta relación de derivación genética es representada jerárquicamente. (4) A consecuencia de lo anterior, todo acto normativo es a la vez la aplicación de una norma y la creación de otra. Por tanto, (5) se disuelve la distinción conceptual entre "actos fuente" y "actos no fuente": si todos los actos normativos crean derecho, y no sólo lo aplican, todos son fuentes del derecho.

Del punto (1) se ha dicho que la relación genética en el proceso de producción jurídica no es "norma-norma", sino "norma-autoridad normativa-norma". Del punto (2) se ha dicho que las condiciones de validez son cuatro, y no dos. Aquí se dijo que la individualización de la competencia de la autoridad normativa (formal y material) es consecuencia de definir a las fuentes como normas que confieren poder normativo (a una autoridad normativa) para la producción de nuevo derecho.

Con el punto (4) no discrepo. Tampoco con el (5). El dualismo entre aplicación y creación del derecho confunde el proceso de producción jurídica con el ámbito de aplicación personal de las normas. Las teorías tradicionales definían las fuentes atendiendo al criterio sustantivo o al de la eficacia *erga omnes*. Por el primero, eran fuentes las normas generales y abstractas; por el segundo, lo eran aquellas cuya oponibilidad era absoluta. Ambos criterios estaban pensados para justificar una

decisión adoptada de antemano: limitar la creación del derecho a las legislaturas, y negársela a los tribunales. Su planteamiento se explica por el contexto histórico en el que surgieron. Ambas son fruto de la exégesis francesa posterior a la Revolución de 1789, que llevó a la dramatización de la división de poderes, sembrando la idea de que sólo la Asamblea producía derecho, y los tribunales sólo lo aplicaban. Pero ambos criterios fracasan en su intento. Los dos son criterios materiales de individualización. No individualizan formas, sino contenidos. “Lo general”, “lo abstracto”, “lo oponible contra todos” o “lo de efectos relativos” son cualidades que se predicán de los contenidos, con independencia de sus formas. Verbigracia: el Código Civil es una norma general que tiene forma de ley, pero el nombramiento del Presidente es una norma individualizada y también tiene forma de ley; y una decisión judicial tiene efectos relativos, pero las decisiones judiciales en acciones de inconstitucionalidad son oponibles contra todos. Por último, ambos criterios son inútiles para explicar la producción sistémica del derecho. Si la producción de nuevo derecho no entraña una concesión de poder normativo para crearlo, su origen sólo podría ser extrasistémico. Con esto, el poder normativo se definiría por la fuerza de lo fáctico. En conclusión, ambos criterios carecen de relevancia jurídico-positiva. Cayendo el punto (4), cae con él el punto (5). La diferenciación entre “actos fuente” (creación) y “actos no fuente” (aplicación) es artificial. El régimen jurídico de un acto normativo no depende de su categorización teórica como fuente del derecho. Depende de su regulación por el sistema jurídico; es un asunto de derecho positivo.

Queda el punto (3). De acá Kelsen concluye que el sistema jurídico “se trata de una verdadera jerarquía de diferentes niveles”.

Se ha dicho ya que la nueva forma normativa es antecedida por las normas que autorizaron su creación, y que esto está expresado en la relación “norma-autoridad normativa-norma”. Esta es una relación de dependencia lógico-normativa, que puede representarse jerárquicamente como un vínculo de supra y subordinación entre normas (en el esquema de Kelsen es la relación “norma-norma”). Se forma así una “cadena de validez” (Raz) o “de subordinación” (Wright), según unas normas deriven su validez de otras.

Se ha dicho también que el problema de estructura (la determinación de una estructura común a todos los sistemas jurídicos) no tiene una solución general; la estructura de los sistemas es un asunto de derecho positivo. En la determinación de la estructura de un sistema jurídico las condiciones de validez operan como instrumentos dogmáticos para la determinación previa de las relaciones formales entre sus fuentes. Como se trata de una estructura formal, aquí no juega papel alguno el contenido de las normas. Una norma ocupa una posición determinada en la estructura del sistema por su forma, con independencia de su contenido. Su posición depende de las condiciones de validez (1) y (2) y de la condición de validez (3).

La combinación de las condiciones de validez (1) y (2) determina la fuerza jurídica de una forma normativa. La fuerza jurídica resulta del grado de complejidad del proceso de producción normativa, y consiste en la capacidad de una fuente para incidir en el sistema, ya sea introduciendo nuevas normas o derogando las existentes. A mayor complejidad del proceso de producción, mayor fuerza jurídica tendrá una fuente. A diferencia de la jerarquía que grafica la relación de dependencia lógico-normativa entre la norma creada y las normas que confieren poder normativo para su producción, la fuerza jurídica grafica una relación de derecho positivo. Es por esto una jerarquía positiva; la otra, en cambio, es una jerarquía lógico-normativa. Esta última (la relación "norma-autoridad normativa-norma") es común a todos los sistemas jurídicos. La jerarquía según la fuerza jurídica, por su parte, depende del derecho positivo de cada sistema (por ejemplo, la relación "Constitución-Asamblea Legislativa Plurinacional-ley"). Cada sistema establece los contenidos específicos de las condiciones de validez (1) y (2), para que de su combinación resulte una forma normativa determinada con una fuerza jurídica específica.

La jerarquía positiva expresa una relación de validez entre normas. Su determinación, por tanto, se hace a partir de la jerarquía lógica-normativa. Se trata de la aplicación de la relación de dependencia "norma-autoridad normativa-norma" a las distintas formas normativas de un sistema jurídico. El resultado será la individualización del contenido positivo específico de las condiciones de validez de cada forma. Con esto, lo que se obtiene son las relaciones formales entre las distintas fuentes.

Estructurado según la fuerza jurídica de sus fuentes, el sistema se ordena verticalmente, a través de vínculos de supra y subordinación entre sus formas normativas. Aquí el poder normativo para producir derecho se ejerce dentro de los márgenes de indeterminación dejados por la autoridad normativa que produjo la norma superior. Como la creación de una forma normativa conlleva la aplicación de las formas continentales de sus condiciones de validez, el acto de creación conlleva la determinación del significado jurídico de las formas cuyas normas se aplican para la producción de la nueva forma. Específicamente, la determinación de las formas que contienen la condición de validez (4).

En una estructuración jerárquica la invalidez se produce por violación de las condiciones de validez (1) y (2) y por violación de la condición de validez (4). En el primer caso, el vicio es formal; en el segundo, es material o de contenido. En ambos casos, el vicio se sustancia como un conflicto normativo entre la forma que contiene la condición de validez violada y la forma creada. Cuando la relación entre formas normativas es jerárquica, las antinomias entre normas válidas pueden resolverse por las reglas de especialidad y temporalidad.

Hasta aquí todo bien. Pero de aquí no puede concluirse que el sistema jurídico se estructure únicamente en términos de jerarquía. Se ha dicho ya que la estructura es la representación gráfica de las relaciones formales entre las fuentes de un sistema jurídico; y se ha dicho también que la condición de validez (3) participa en la definición de estas relaciones. Por tanto, en la determinación de la estructura de un sistema jurídico debe considerarse no sólo la jerarquía, sino también la competencia material de la autoridad normativa. Que Kelsen no la haya tomado en cuenta se explica por su relación de derivación genética "norma-norma". Abierta esta relación a la autoridad normativa, el orden jurídico puede ordenarse también como un sistema de normas coordinadas entre sí, contrariamente a lo que Kelsen afirma.

El derecho positivo puede regular la producción jurídica a través de normas de competencia material. Estas normas distribuyen las materias regulables entre distintas autoridades normativas, o las reservan a una sola. Ellas dan contenido a la condición de validez (3). Su violación produce la invalidez del acto normativo (el acto de crear derecho). No se trata de un conflicto normativo (entre normas, el producto del proceso de producción jurídica), sino que, en la relación "norma-autoridad normativa-norma", la invalidez se produce por la actuación *ultra vires* de la autoridad normativa. Este es un vicio formal. Aquí no interesa el significado jurídico específico de la norma creada. Aún cuando no violase la condición de validez (4), la invalidez queda asegurada por la violación de la condición de validez (3). El vicio se fundamenta en la relación positiva de dependencia entre la autoridad normativa y la norma de competencia material. Puesto que ésta decide las materias sobre las que aquella puede ejercer su poder normativo, la actuación válida de ésta está condicionada al cumplimiento de la norma de competencia material. Esta relación puede graficarse como la subordinación de la autoridad normativa a la norma de competencia material. Cuando la competencia material es condición de validez, las reglas de especialidad y temporalidad sólo son aplicables entre formas normativas producidas por la misma fuente competente.

La regulación de la competencia material produce las siguientes consecuencias en la ordenación del sistema de fuentes:

(1) Sólo la autoridad normativa con competencia material tiene poder para regular la materia objeto de la condición de validez (3). Por tanto, su regulación queda prohibida para cualquier otra autoridad normativa, invalidándose sus actos. Es el caso de los derechos y las garantías constitucionales, que sólo puede ser regulados por la Asamblea Legislativa Plurinacional (artículo 109.II de la Constitución).

(2) La autoridad normativa competente está prohibida de delegar su poder de producción jurídica a otra (*potestas delegata non potest delegari*). De hacerlo, violaría su propia norma de competencia material. La delegación y la actuación de la autoridad normativa delegada quedarían viciadas de invalidez por esta causa. Sería

inválida, por ejemplo, la ley que delegase al órgano ejecutivo la regulación de los derechos y garantías constitucionales, o la que le delegase la creación de impuestos nacionales. En el primer caso, la Asamblea Legislativa Plurinacional habría violado el artículo 109.II de la Constitución; en el segundo, habría violado el 158.23.

(3) Las normas de competencia material rigen las relaciones formales entre autoridades normativas. Sus relaciones no se rigen, como en el caso de la jerarquía positiva, por la fuerza jurídica de las formas normativas que producen. La fuerza jurídica no juega cuando el sistema ha optado por sujetar la validez de los actos normativos a la competencia material de las autoridades de producción. Sólo importa la relación de dependencia positiva entre la norma de competencia material y la autoridad normativa que deriva su poder de producción de ella. Tómese el ejemplo de los reglamentos camerales y de los decretos de nombramiento de ministros de Estado. Ninguna de estas fuentes mantiene relaciones jerárquicas con las leyes. No están subordinadas a ellas, ni a ninguna otra fuente de derecho ordinario. Sus relaciones con el derecho ordinario se hacen a través de las normas de competencia de la Constitución. Para los reglamentos camerales, la norma de competencia pertinente está en los artículos 159.I y 160.I, que reserva su factura al poder normativo de cada cámara legislativa; para los decretos, lo está en el artículo 172.22, que reserva el nombramiento de los ministros de Estado a la competencia del Presidente del Estado.

(4) El orden jurídico puede graficarse como un sistema de normas coordinadas entre sí. Su estructura coordinada es efecto de las normas de competencia material. Las fuentes se subordinan a la norma de competencia material y cada una es válida en el ámbito específico de las materias para las que es competente. Entre ellas no se producen vínculos formales de jerarquía. Verbigracia, las normas nacionales, las departamentales y las municipales están todas coordinadas entre sí. Sus relaciones formales se establecen a través de la Constitución, que distribuye las materias de competencia de cada una de dichas fuentes. Por tanto, las normas municipales no están subordinadas a las leyes nacionales, como tampoco lo están las normas departamentales. Una antinomia entre estas fuentes se plantearía como un conflicto de competencias entre sus respectivas autoridades normativas o como un conflicto normativo por violación de las normas de competencia material. En ambos casos la antinomia se sustanciaría por violación a la Constitución, no por violación a la fuente competente. Planteado como conflicto de competencias, le corresponde resolverlo al Tribunal Constitucional Plurinacional en virtud al artículo 202.3 de la Constitución; planteado como conflicto normativo, le corresponde resolverlo en virtud al artículo 202.1.

Y (5) el sistema jurídico no se reduce a una sola cadena de validez, que ordena las normas por vínculos de supra y subordinación. Las normas de competencia

material permiten la existencia de varias cadenas de validez coordinadas entre sí. En cada cadena pueden producirse relaciones de supra y subordinación normativa a su interior; y cada cadena puede también abrirse en subcadenas, a través de normas de competencia material. Esto mismo puede darse al interior de cada subcadena, produciendo subcadenas de segundo grado. Y esto puede prorrogarse hasta su agotamiento en el último acto enteramente coactivo del sistema (el acto que no crea, sino que sólo aplica derecho). Todo depende del criterio (jerarquía, competencia) empleado por cada cadena para estructurar sus subcadenas, y del empleado por cada subcadena para estructurar sus subcadenas de grado superior (segundo, tercer, cuarto grado, etc.). Con relación al sistema jurídico, cada cadena puede presentarse como un subsistema, y de cada subcadena puede decirse que es un subsistema de segundo grado de una cadena. La pluralidad de cadenas y subcadenas no quiebra la unidad del sistema. La unidad queda asegurada porque la validez de cada cadena, o de cada subsistema, depende, en última instancia, de la norma fundacional del sistema. Cada subsistema forma también una unidad, pero es una unidad lógico-normativa menor respecto a, o dependiente de, la unidad formada por la integridad del sistema.

La representación piramidal del sistema grafica un orden formado por una sola cadena de validez. Al darle autonomía lógica-normativa a la condición de validez (3), el grafico piramidal se muestra inútil para representar la estructura del sistema jurídico. Más sirve para distorsionarlo que para representarlo. Este punto ha sido tocado por Raz. Por su mayor plástica para graficar las relaciones formales entre las normas, reemplaza la pirámide por el diagrama en forma de árbol genealógico<sup>10</sup>. En él cada rama representa una cadena de validez; la unidad del sistema está representada por el tronco común a todas las ramas. Por su parte, cada cadena puede estructurarse por la jerarquía de sus formas normativas o por la competencia material de sus autoridades normativas. Esto último abre la cadena en subcadenas. A su vez, cada cadena forma una unidad porque ella es el tronco común para todas sus subcadenas. Tratándose del sistema que nace de la Constitución, cada subsistema (se tiene un subsistema nacional, una pluralidad de subsistemas autónomos y otros tantos descentralizados) representa una cadena de validez. La cadena del subsistema nacional está estructurada por la jerarquía de sus formas normativas y por la competencia material de sus autoridades normativas. Ejemplo de lo primero es la mayor fuerza jurídica de los decretos supremos respecto a las resoluciones ministeriales. Ejemplo de lo segundo son las resoluciones ministeriales, relacionadas

10 Dice Raz: "Algunos de los comentaristas de Kelsen usan la pirámide como modelo de los sistemas jurídicos. Prefiero el diagrama de árbol, porque deja en claro la organización jerárquica del sistema jurídico, que era el objetivo principal de Kelsen al usar el modelo piramidal, a la vez que evita algunas implicancias indeseables del uso del modelo piramidal. El diagrama de árbol esta libre de la implicancia de que una misma norma no puede autorizar la creación tanto de normas generales como de normas individuales, o de que una misma autoridad no puede legislar normas constitucionales (organizativas) e individuales. Quizás la más importante implicancia indeseable del uso del modelo piramidal es que siempre hay el mismo número de niveles en las pirámides de cada sistema jurídico" (cf. RAZ, Joseph; en *ob. cit.* en nota al pie 6, p. 99).



entre ellas por la competencia material del despacho que las produjo. Cada resolución ministerial es parte de una subcadena, que se funda en la competencia material de cada autoridad normativa ministerial. Todas las subcadenas dependen de la cadena (subsistema nacional), y ésta y las otras cadenas (los otros subsistemas) forman una unidad al entroncar todas en la Constitución.

