

---

---

A R T Í C U L O S

# EL MODELO DEL MANDATO, EL ORDEN JURÍDICO Y LAS NORMAS DE COMPETENCIA

Ulises Schmill O.

## 1. El mandato como modelo teórico

Los creadores de las doctrinas iusnaturalistas racionales, propias de la época moderna, como Grocio, Pufendorf y Thomasius,<sup>1</sup> en sus construcciones teóricas, partían del supuesto de que el Derecho era un mandato, *i.e.*, una formulación verbal por la que se manifestaba la voluntad de un sujeto (humano o sobrehumano) dirigida a obtener de otro sujeto, en especial, el hombre, un determinado comportamiento o conducta. Esta concepción fue recibida por Hobbes<sup>2</sup>, Bentham<sup>3</sup> y Austin<sup>4</sup> y dio origen a la concepción imperativista de las normas jurídicas. En el siglo XX, en especial, Kelsen<sup>5</sup> y Hart<sup>6</sup> hacen críticas profundas a esta concepción de las normas entendidas como mandatos. Sin embargo, cuando determinan su objeto de conocimiento recurren al modelo del mandato, aunque llevan a cabo sobre él un conjunto de modificaciones y complementaciones con la finalidad de que refleje con exactitud las características observables de los Derechos positivos.

La crítica fundamental que tanto Kelsen como Hart han formulado a la tesis de Austin, es que no contempla las normas que han sido llamadas “normas de competencia”, es decir, normas que establecen la facultad de ciertos órganos para crear normas jurídicas. Por más que difieran los auto-

---

<sup>1</sup> Cf. Olivecrona (LF: 7 y ss).

<sup>2</sup> Cf. Hobbes (DFJ:24): “una ley es un mandato de aquel o aquellos que tienen el poder soberano, dado a quien o quienes son sus súbditos, declarando pública y claramente qué puede hacer cada uno de ellos y qué tiene que abstenerse de hacer”.

<sup>3</sup> Cf. Bentham (LG: 1 ss).

<sup>4</sup> Cf. Austin (LJ: 86 y ss).

<sup>5</sup> Cf. Kelsen (TPDJA: 215 y ss y TGDE:36).

<sup>6</sup> Cf. Hart (CD: 23 y ss).

res en la terminología, todos consideran necesario, para describir el orden jurídico, afirmar la existencia de normas que otorguen facultades (inglés *empowerment*; en alemán *Ermächtigung*). Por ello, en la teoría de Kelsen, además de las normas que establecen sanciones (Nomoestática), reconoce la existencia de normas que otorgan facultades, en la parte que denomina “Nomodinámica”. Lo mismo hace Hart al considerar que el Derecho positivo está constituido por dos clases de normas: las que establecen obligaciones respaldadas por amenazas (normas primarias) y las normas de competencia (normas secundarias).

De cualquier manera, los autores que consideran al mandato como un modelo adecuado, aunque parcial, para la comprensión del Derecho positivo, han tomado una decisión metodológica muy importante, de grandes consecuencias teóricas: han hecho que el Derecho positivo sea su objeto de estudio. No hay mandato sin el sujeto emisor o promulgador del mandato. Por tanto, todo mandato es una norma positiva. Si se prescindiera de entidades metafísicas y supramundanas y se concentran las consideraciones teóricas sobre los hechos y acontecimientos empíricos, la teoría del Derecho que toma al mandato como modelo, total o parcial, del Derecho, llega necesariamente a la conclusión de que el objeto de conocimiento de la Jurisprudencia o ciencia del Derecho es el Derecho positivo, *i.e.*, el Derecho puesto o establecido (producido) por actos humanos.

## 2. Consecuencias teóricas del modelo del mandato

De lo anterior, a pesar de las críticas que se han aducido en contra del modelo del mandato, por autores tan conspicuos como Kelsen y Hart, es posible desprender una serie de consecuencias para la construcción de una ciencia del Derecho positivo. El concepto del mandato entraña una referencia necesaria a su acto de emisión y al sujeto que lo emite, *i.e.*, el concepto del mandato implica el concepto de su positividad. A reserva de hacer posteriormente algunas complementaciones sobre el modelo del mandato, es conveniente, por lo pronto, simbolizarlo, para efecto de fijar el concepto en una imagen fácilmente recordable, con el esquema **a(n)**, en donde **a** está por el acto de emisión o promulgación del mandato y **n** por el mandato mismo. Si se toma la decisión metodológica indicada en relación con el objeto de conocimiento de la ciencia del Derecho o Jurisprudencia, entonces se pueden obtener un conjunto de conclusiones de gran importancia para construcción de una ciencia sobre el Derecho positivo:

1. La primera de ellas consiste en que se ha determinado el objeto de conocimiento de la jurisprudencia: las normas positivas. Esto quiere decir que sólo se van a considerar como objeto de estudio las normas que hayan

sido creadas o producidas por actos de habla o verbales específicos, empíricamente existentes.

2. Se excluye del objeto de conocimiento de la ciencia del Derecho, toda norma que no sea el producto de un acto verbal, *i.e.*, de toda norma no positiva. Implica el rechazo del iusnaturalismo, en todas sus variantes, si por derecho natural se entiende la tesis que afirma la existencia de normas no positivas.

3. Las normas son hechos sociales. *Prima facie* queda excluida la posibilidad de una lógica de las normas, pues entre hechos no hay relaciones lógicas. Las lógicas de las normas que han sido creadas suponen la peculiar abstracción de **n** respecto de su **a** (concepción hilética de las normas jurídicas, según Alchourrón y Bulygin)<sup>7</sup>, es decir, de considerar a las normas como substratos de sentido, como proposiciones específicas que guardan entre sí ciertas relaciones lógicas. Si bien esto es plausible hacerlo, puede entrañar una desviación de graves consecuencias, pues no hay norma que no sea el sentido de un acto verbal o de habla, *i.e.*, de un acto de promulgación y, por tanto, las relaciones entre las normas no son otra cosa que las relaciones entre actos verbales o de habla correspondientes con las significaciones consubstanciales a los mismos (concepción expresiva de las normas jurídicas, según Alchourrón y Bulygin). No hay norma sin acto que la produzca, para emplear la metáfora de la producción.

4. La restricción autoimpuesta por la ciencia del Derecho respecto de su objeto de conocimiento a las normas positivas, posibilita la existencia de una sociología jurídica, en la medida que es posible, concentrándose en **a** del esquema **a(n)**, estudiar e identificar los hechos o acontecimientos que dieron origen o hicieron surgir la realización de la conducta verbal correspondiente. La sociología jurídica no estudia a las normas jurídicas *per se*, sino que, conforme a la concepción de Weber,<sup>8</sup> consiste en la determinación de las condiciones precedentes a la realización de los actos que tienen significación jurídica y de las consecuencias correspondientes a los actos de ejecución o cumplimiento de las normas

5. El material dado a la ciencia jurídica son actos de poder más o menos sistematizados en los ordenamientos jurídicos.

---

<sup>7</sup> Cf. Alchourrón y Bulygin (CEN:122 y ss).

<sup>8</sup> Cf. Weber (ES:5 y ss) y (CS:98 y ss).

### 3. Operaciones sobre el modelo del mandato: Primera y segunda interiorizaciones semánticas de los elementos en el paradigma del mandato entendido conductistamente

Las formaciones verbales que expresan una voluntad dirigida a que otro sujeto se comporte de cierta manera, que aparece tan profusamente en las obras de los dos autores contemporáneos mencionados, se parecen mucho las normas entendidas como mandatos emitidos por un sujeto dirigidos a otro u otros sujetos.

Si se quiere representar conceptualmente al Derecho, al orden jurídico, tienen que desarrollarse constructivamente los elementos que están representados en nuestro esquema a(n), tanto el acto “a” como su significado o sentido normativo “n”.

En la teoría de Kelsen<sup>9</sup> encontramos dos grupos de conceptos fundamentales: los correspondientes a la “Estática Jurídica” (*Rechtsstatik*) (que explicita los elementos contenidos en “n”) y los correspondientes a la “Dinámica Jurídica” (*Rechtsdynamik*) (que explicita los elementos contenidos en el acto de emisión de la norma “a”), que se corresponden con los dos elementos que hemos mencionado en nuestro esquema. El primer grupo de conceptos se organiza alrededor de la concepción del derecho positivo como un orden coactivo de la conducta humana. Por lo tanto, el concepto de sanción y los conceptos con él relacionados encuentran en esta parte su lugar sistemático. Kelsen afirma que esta parte de su teoría analiza al derecho positivo en sus elementos fundamentales, sin preocuparse por la forma en que surge o es creado. Las normas jurídicas se consideran, aunque sea provisionalmente, como “dadas”. Son el producto ya realizado del acto de emisión de la norma, es decir, son las normas mismas **n**. En cambio, la “Dinámica Jurídica” constituye una teoría del orden jurídico, concebido como un orden o conjunto de normas que se autogenera. El punto de vista decisivo que se asume es la determinación de las condiciones de generación (o producción) de las normas, de las condiciones bajo las cuales las normas jurídicas pueden considerarse como “dadas”. Con ello, se hace referencia al acto de creación de la norma, que hemos representado con “a” en nuestro esquema del mandato.

#### 3.1. Primera interiorización semántica

Ya hemos dicho que es opinión generalizada que el concepto de mandato es incapaz de proporcionar un modelo del Derecho positivo. No concuerdo con esta opinión, aceptada incluso por Kelsen,<sup>10</sup> que ha impedido que las

<sup>9</sup> Cf. Kelsen (TGE:299 y ss); (TPD1:94 - 120); (TGDE:129 y ss); (TPD2:201 y ss).

<sup>10</sup> Kelsen (TPDJA).

teorías del derecho hayan alcanzado un modelo satisfactorio sobre su objeto de estudio. En lo que sigue se llevará a cabo, de manera explícita, lo que he denominado *interiorización semántica de los elementos contenidos en el paradigma del mandato*, que hace explícito el procedimiento con el que se puede reconstruir teóricamente las concepciones de Austin, Kelsen y Hart.

El mandato es una expresión lingüística emitida por un sujeto determinado, al que simbolizaremos con “ $O_1$ ”: “el dinero o la vida”. En vez de partir de este modelo del mandato, consideremos un mandato más simple y elemental:

$$(m0) \quad O_1(a) \rightarrow V(\text{el dinero})$$

Debe tenerse presente que sólo existe un acto verbal: la emisión de las palabras “el dinero”, a las que hemos designado como (m0). Es posible concebir la emisión del mismo mandato sin consignar en el modelo la emisión de ninguna palabra. Entonces, tendríamos ciertos movimientos u otros signos, distintos de las palabras, que llevarían a cabo la función que estamos asignando a éstas: habría un gesto que indicara al destinatario del mandato, al que designaremos con “ $O_2$ ”, el dinero que  $O_1$  le exige, etc.

(m0), el mandato, está constituido por dos palabras: un artículo y un término general. Constituye un mandato y no la emisión de una sentencia abreviada que nombra un objeto, por el hecho de que lo encontramos en un contexto determinado, enclavado en un conjunto de elementos específicos:  $O_1$  se encuentra frente a otro sujeto  $O_2$ , el cual puede realizar una conducta que será reforzante para  $O_1$ : la entrega del dinero. Además,  $O_1$  tiene una pistola en la mano y con ella amenaza a  $O_2$ . El lector atento puede encontrar los elementos que señala Austin<sup>11</sup> como necesarios para la existencia de un mandato.

Ahora lo que queremos presentar es un procedimiento de complementación de (m0). Este lugar es el adecuado para hacer una aplicación de la teoría de Grice sobre las *implicaturas*<sup>12</sup>, pues de la situación en la que se emite el mandato pueden obtenerse inferencias de muy diversa índole. Las implicaturas obtenidas de la situación en la que se emite el mandato debemos introducirlas dentro de los enunciados que lo describen, de modo que se encuentren consignadas en la expresión verbal descriptiva del mandato. Esta complementación de (m0) con las implicaturas obtenidas de la situación en la que se emite el mandato es de carácter semántico, realizada por medio de la *introducción de palabras que funcionan de la misma manera como lo hacen los diversos elementos de la situación pragmática consignada en*

<sup>11</sup> L.J. pp. 88 y ss.

<sup>12</sup> Cf. Grice (L.C. pp. 22-41) y Schmill (CCI. pp. 183 y ss).

*el paradigma del mandato.* En la conducta verbal (aunque no sólo en ella) es peculiar del hombre ser, además de un individuo actuante, un sujeto que -por vía de la retroalimentación que sus sentidos le proporcionan- percibe los elementos de su propia conducta y tiene la capacidad de nombrarlos y referirse a ellos.

Véase esta secuencia de enunciados que describen el sentido de la conducta verbal del emisor del mandato:

- (m0)  $O_1(a) \rightarrow V(\text{el dinero})$
- (m1)  $O_1(a) \rightarrow V(\text{el dinero o la vida})$
- (m2)  $O_1(a) \rightarrow V(\text{entregame el dinero; si no lo entregas te quito la vida})$
- (m3)  $O_1(a) \rightarrow V(O_2, \text{entregame el dinero; si no lo entregas te quito la vida})$
- (m4)  $O_1(a) \rightarrow V(O_2, \text{ahora y aquí entregame el dinero que posees; si no me entregas tú, } O_2, \text{ el dinero que posees ahora y aquí, yo, } O_1, \text{ ahora y aquí te privo de la vida a tí, } O_2, \text{ disparando esta pistola})$

El mandato (m0) se ha visto progresivamente incrementado en su contenido semántico, por medio de la adición de palabras que introducen adecuadamente, *i.e.*, de modo verbal en (m0), los elementos reales que se encontraban presentes en la situación de mando o dominación condicionante de la emisión del mandato. En realidad, lo que estamos haciendo con esta complementación semántica del enunciado que describe el mandato con palabras que designan elementos del contexto, es hacer explícitas las implicaturas griceanas de la situación.<sup>13</sup> Con ello obtenemos como producto una formación verbal cuyo entendimiento no depende del contexto, objetiva, que cualquiera puede reproducir y entender, con independencia del contexto en el que cual fue emitida, debido a que todas las implicaturas griceanas han adquirido forma verbal.<sup>14</sup> Es por ello que se ha considerado siempre que el Derecho consiste en normas y no en actos ilocucionarios.

En (m1) encontramos un mandato más completo que en (m0): hay una palabra para designar el mal con el que se amenaza a  $O_2$ . Este mal no se encuentra especificado en su integridad y gramaticalmente no aparece representado el tipo de relación que guarda la conducta de  $O_2$  con la que tendrá  $O_1$ . Todo esto está expresado muy confusamente con la letra de la disyunción “o”. El contexto proporciona todos los elementos necesarios para entender, por implicaturas griceanas<sup>15</sup>, que sólo en el caso de que  $O_2$  no

<sup>13</sup> LC. pp. 22-41.

<sup>14</sup> Cf. Tamayo (TMRM).

<sup>15</sup> Cf. (LC. pp. 22-37).

entregue a  $O_1$  el dinero que posee, se presentará la situación de que pierda la vida por la recepción de una bala.

(m2), (m3), y (m4) contienen los elementos que son el producto de progresivas complementaciones o interiorizaciones semánticas en el enunciado que describe al mandato. (m4) no posee una sola palabra que exprese que se trata de un mandato. Es necesaria la especificación, de que estamos frente a un mandato real y concreto emitido por  $O_1$  y dirigido a  $O_2$ . Para ello podríamos usar el signo “!”.<sup>16</sup>

- (m5)  $O_1(a) \rightarrow !V(O_2, \text{entrégame el dinero que posees ahora y aquí; si no me entregas tú, } O_2, \text{ el dinero que posees ahora y aquí, yo, } O_1, \text{ te privo de la vida a tí, } O_2, \text{ disparando esta pistola ahora y aquí})$

El símbolo “!” señala que se trata de un mandato, de una orden, de una norma. No es parte del contenido semántico del mandato: simplemente es un signo que señala que estamos frente a un mandato. Este símbolo “!” sustituye a todos los demás elementos que se encuentran en el contexto de emisión del mandato y señala que existen, sin especificar cuáles son y sin explicitarlos. Es una especie de velo oscuro que se echa sobre esos elementos y que señala que algo existe tras él, sin que pueda distinguirse cada uno de los elementos ocultos. Dice Bulygin:

Es importante subrayar que los diversos recursos lingüísticos y no-lingüísticos que se usan para indicar qué se hace con una oración determinada (punto, signos de exclamación y de interrogación, cierta modulación de la voz, gestos característicos) no forman parte del significado de las palabras usadas. Estos recursos muestran qué hace el sujeto que usa ciertas palabras, pero al hacerlo el sujeto no dice qué está haciendo. Por lo tanto, esos recursos no contribuyen al contenido conceptual de las palabras usadas. (p. 174)

Ya tenemos un mandato completo, no sólo respaldado por una amenaza externa a él: tenemos un mandato coactivo, es decir, *una norma* que dentro de su contenido prescribe o especifica un acto de aplicación del contenido de una amenaza. La amenaza de un mal para el caso de no ejecución de parte del contenido del mandato ya no es algo externo al mismo, que forme parte

---

<sup>16</sup> Estamos usando este signo de la manera como lo usan Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio: “Los signos “┆” y “!” serán usados para indicar el tipo de acto lingüístico (aserción u orden) llevado a cabo por un hablante no especificado. Estos signos son meros *indicadores* de lo que el hablante hace cuando emite ciertas palabras, pero ellos no contribuyen al significado (esto es, al contenido conceptual de las palabras usadas). Ellos muestran qué es lo que está haciendo el hablante, pero al hacerlo él no dice qué está haciendo; de esta manera esos indicadores no forman parte de lo que el hablante dice o lo que sus palabras significan, del mismo modo como en el lenguaje ordinario (escrito) el punto o los signos de interrogación o de exclamación no forman parte del significado de la oración, sino que indican qué se está haciendo con ella.” (CEN. pp. 123-124).



integrante del ambiente o del entorno, sino que se encuentra dentro del mandato, el que ha sufrido una transformación fundamental, incluso en cuanto a su forma. En vez de ser una expresión verbal que señala la conducta que se desea realice el destinatario del mandato, para lo cual utiliza una expresión verbal que tiene la forma de un imperativo categórico, aparece ahora como una expresión verbal compleja que, además de contener el imperativo, tiene adicionalmente una expresión con carácter condicional.

Podemos recurrir a darle un símbolo a cada elemento de (m5) y obtenemos:

$$(m6) \quad O_1(a) \rightarrow !V(O_2, b, t, e; \text{si } O_2, \sim b, t, e, \text{ entonces } O_1, c, t, e)$$

“t” y “e” están por los elementos lingüísticos en el mandato que señalan el tiempo y el espacio, respectivamente, de realización de las conductas contenidas en el mandato. Los otros elementos son claramente comprensibles y constituyen los ámbitos de validez personal y material del mandato, es decir, los contenidos de la norma o mandato que especifican la persona de la conducta y el tipo o clase de conducta.

Debe tenerse presente que en (m6) todavía tenemos fuera el signo “!” que señala que estamos en presencia de un mandato.<sup>17</sup> Podemos dar un paso más en la semantización e introducir algunas palabras que internamente señalen que se trata de un mandato y, además, de modo inequívoco. Debemos estar conscientes que se trata de la introducción de ciertas palabras, que tendrán un significado normativo, no porque estén justificadas moralmente o consideremos legítimo exigir una determinada conducta, sino solamente por la función que tienen en el contexto del mandato complementado semánticamente.

Debemos introducir, entonces, en el mandato aquellos elementos verbales que funcionen de manera igual o paralela, aunque sea parcialmente, a la forma como funcionan dentro del contexto de emisión del mandato. Téngase presente que el mandato complementado semánticamente intenta reproducir, en sus rasgos esenciales, la operancia y el funcionamiento de los elementos contenidos en el contexto de su emisión. El mandato complementado semánticamente constituye la formulación de la regla que especifica la relación social del mandato.

Con ello, obtenemos (m7):

$$(m7) \quad O_1(a) \rightarrow V(\text{obligación } (O_2, b, t, e); \text{ si ilícito } (O_2, \sim b, t, e) \text{ entonces sanción } (O_1, c, t, e))$$

Si abreviamos más aún y utilizamos los símbolos de la lógica tenemos:

<sup>17</sup> Cf. *supra* nota 16.

$$(m8) \quad O_1(a) \rightarrow V(O(O_2, b, t, e); CPh(O_2, \sim b, t, e)S(O_1, c, t, e))$$

En m8, “O” esta por la obligación, “Ph” por la prohibición y “S” por la sanción. “C” es el símbolo del condicional en la notación polaca. Compárense estos conceptos con los de Austin y con la formalización hecha por Ross Anderson de los conceptos normativos, así como las definiciones que de estos términos da Kelsen y se verá que coinciden en su totalidad.<sup>18</sup>

Los conceptos sistemáticamente relacionados en la Estática Jurídica son, como ya lo indicamos, en primer lugar, el concepto de la sanción S, del cual dependen todos los demás conceptos jurídicos fundamentales.<sup>19</sup> Expondré muy brevemente estos conceptos fundamentales, con el objeto de consignarlos expresamente, para que se comprendan algunas tesis que se expondrán más adelante. La *antijuridicidad* (Ilicitud o prohibición) Ph se define diciendo que es el contenido de la norma jurídica que constituye el antecedente o condición directa del acto coactivo. Con ello, se prescinde de cualquier elemento valorativo que quisiera introducirse en la conceptualización de este importante concepto, considerando, por ejemplo, como ilícito todo acto que vulnera ciertos valores. Con base en estos conceptos la *obligación jurídica* (*Pflicht*) “O” tiene que ser concebida como el contenido de la norma jurídica que establece la conducta contraria a la establecida como antijurídica. La *responsabilidad*<sup>20</sup> no es sino una de las modalidades del ámbito personal de validez de la norma que establece la sanción: si ésta se dirige contra el individuo que se ha determinado como el autor del acto antijurídico, se dice que es el responsable directo. Si el individuo al que se le aplica la sanción es distinto de aquél que se ha determinado realizó el acto antijurídico, se dice que este es responsable por la conducta de otro sujeto. Las modalidades de la responsabilidad individual o colectiva y la responsabilidad por culpa o por el resultado se dejan derivar de manera inmediata atendiendo a los diversos ámbitos de validez de estas normas. Si estos conceptos determinan las características fundamentales de las normas jurídicas consideradas en su individualidad, el concepto que permite tratar dentro de la Estática Jurídica a conjuntos de normas y concebirlas como unidad, lo constituye el concepto de *persona*. No abundaremos más en ello.<sup>21</sup>

Podemos hacer las siguientes consideraciones sobre la forma en que utilizaremos ciertos términos:

<sup>18</sup> Cf. Austin (LJ. pp. 88 y ss) y (FANS).

<sup>19</sup> Cf. Schmill (RPTD. pp. 13-31).

<sup>20</sup> Cf. Kelsen (TGDE. pp. 75-85); Kelsen (TPD2. pp.129-138).

<sup>21</sup> Kelsen (TGE. pp. 81-93).

Una **formulación normativa** es el producto verbal del acto ilocucionario de emisión de un mandato, *i.e.*, es un enunciado lingüístico, considerado de manera puramente gramatical. La gran mayoría de las normas son expresadas de manera lingüística; las que no son formuladas de esa manera es posible expresarlas así.

**Significado normativo** es el sentido de una formulación normativa; es el contenido o significado de los actos de promulgación. Con este concepto queremos expresar el hecho, producto de una abstracción, de que las formulaciones normativas pueden tener cualquier forma lingüística y el sentido de esas formulaciones, *tal como se dan o se presentan*, es el significado normativo.

**Esquema normativo** es el producto de haber realizado las dos interiorizaciones semánticas en el paradigma del mandato.

La **regla o proposición normativa** es el enunciado que coloca a cierto contenido promulgado en una parte específica de un esquema normativo, *i.e.*, como O (obligación), P (permisión), Ph (prohibición), S (sanción) o F (facultad), cuyo significado es una norma. La regla o proposición normativa (regla de Derecho en el sentido de Kelsen) es el enunciado que organiza los diversos contenidos significativos de las formulaciones normativas haciendo uso de los esquemas que son el producto de las dos interiorizaciones.

La **norma** es el conjunto de significados normativos organizado conforme a un esquema normativo; es, en consecuencia, el conjunto de contenidos promulgados organizados o comprendidos con arreglo al esquema normativo.

Las intuiciones que está bajo estas definiciones son las siguientes: una formulación normativa es el producto de una conducta verbal, considerada exclusivamente desde un punto de vista lingüístico, gramatical y fonético en su caso. Se refiere a las palabras usadas cuando se realiza un acto de habla o verbal de mandato.

Dada una determinada formulación lingüística, el sentido o significado de las palabras constitutivas de ella, ese es el significado normativo. Este se restringe con exclusividad a interpretar o exponer el sentido de la formulación verbal que esté ocasionalmente sometida a su interpretación.

Si se tiene una teoría sobre la normatividad (esquema normativo) y quiere expresarse el sentido o significado de una pluralidad de formulaciones normativas, entonces se hace uso de una regla o proposición, entendida como enunciado, cuyo sentido es una norma. Esta regla o proposición normativa es el vehículo verbal para expresar una norma.

### 3.2.- Segunda interiorización semántica de elementos pragmáticos.

Dentro de las diversas críticas que Kelsen y Hart dirigen a la tesis que afirma el modelo de las órdenes respaldadas por amenazas de Austin, está una que es fundamental y que constituye la piedra de toque de cualquier concepción sobre el Derecho. Junto a las normas coactivas existen otras que son las normas de competencia y de procedimiento. Esto condujo a Hart a afirmar, correctamente pero de manera imprecisa, que los Derechos positivos son un conjunto de normas que tienen tanto normas primarias como secundarias, entendiendo por estas últimas las normas de competencia y de procedimiento.<sup>22</sup> Esto, en realidad, no tiene novedad teórica alguna, pues ya Kelsen había desarrollado, de manera exhaustiva y con una precisión de la que carece la tesis de Hart, la concepción del Derecho como un orden dinámico de normas. Veamos si con nuestro modelo pueden reconstruirse estas normas.

Debemos ahora hacer lo que denomino *segunda interiorización semántica de elementos pragmáticos en el paradigma del mandato*, lo que significa que debemos llevar a cabo un proceso similar al que realizamos en relación con los conceptos de la coacción y demás relacionados. Ahora, se trata de hacer la interiorización, dentro del enunciado que describe a las normas, del acto por el cual se crea la norma, *i.e.*, la *a* en el esquema *a(n)*. En otros términos expresado, colocaremos en el interior de una norma, como parte de su semántica, el acto o los actos por los cuales se crea. Para ello es necesario considerar el acto de emisión de la norma como el contenido de otra norma, *i.e.*, considerar una norma cuyo contenido sea el acto de emisión de otra norma, convertir en contenido de una norma el acto o los actos de emisión de una o más normas. Esto se logra de la siguiente manera:

$$(1) \quad O_1(\mathbf{a}) \rightarrow !V\{a(n)\}$$

En lo que sigue prescindiremos de escribir " $O_1(a) \rightarrow \dots$ ", debido a que nos interesa mostrar el proceso de la segunda interiorización semántica.

Hemos hecho uso del símbolo "!", el cual no forma parte del contenido de la norma, pero indica que se trata de una norma. Para hacer más explícito el esquema, el acto de emisión de una norma tiene sus dimensiones de realización, por lo que debemos indicarlos como contenido de la norma, lo que los convierte en los ámbitos de validez de la norma:

$$(2) \quad !V\{a(p, m, t, e)\}$$

<sup>22</sup> Cf. Hart (CD. Cap. V).

Este esquema representa la norma que establece un acto de creación normativa. En él no aparece la norma que va a ser creada por el acto respectivo, por el simple hecho de que se está representando la norma que establece el acto de creación normativa y no a éste último, cuya dimensión material de realización está constituida precisamente por la norma creada por el acto. La situación tendría que representarse de la siguiente manera:

$$(3) \quad !V \{a(p, m, t, e)\} \dashv\vdash a(p, m(=n), t, e)$$

Debemos hacer algunas transformaciones adicionales a este esquema: debemos eliminar el indicador externo de la norma, *i.e.*, eliminar “!”; introduciendo un operador que internamente nos permita reconocer que se trata de una norma. Este operador lo simbolizaremos con la letra “F”. Utilizamos esta letra, en virtud que es la inicial de la palabra “Facultad”. Entonces, tenemos:

$$(4) \quad VF \{a(p, m, t, e)\}$$

La formación verbal anterior se refiere a los contenidos de una norma y lo podemos presentar de la siguiente forma:

$$(F) \quad n_1F \{a(p, m, t, e)\} \dashv\vdash a(p, m(=n_2), t, e)$$

El esquema (F) organiza un conjunto de significados normativos desde la perspectiva ofrecida por el concepto de la Facultad, *i.e.*, de la función consistente en la creación del orden jurídico.

Con esto tenemos una norma que establece el acto de creación de otra norma y a la función que lleva a cabo esta norma le hemos dado el operador F, al que entendemos como una facultad.<sup>23</sup>

¿Cuál es la interpretación de este esquema? La norma  $n_1$  establece en su contenido la facultad o el poder de emitir o crear normas por medio de la realización de un acto específico a, al que determina en sus dimensiones de realización. Con lo anterior hemos construido el esquema de un orden jurídico muy simple y elemental, que contiene por lo menos dos normas: la norma  $n_1F$ , que establece la facultad de crear normas y la norma  $a(-, m(=n_2), -, -)$ , como el sentido o significado del acto a. El sentido o significado del acto a es la dimensión material de realización de dicho acto. Debemos representar el caso en que la norma condicionante o superior *determina en su integridad* el contenido de la norma condicionada o subsecuente:

$$(F') \quad n_1F \{a(p, m(x=n_2), t, e)\} \dashv\vdash a(p, m(=n_2), t, e)$$

<sup>23</sup> Cf. apartado 6 *infra* para el concepto de facultad.

Este es el caso de una norma condicionante o superior que delega en un órgano determinado  $p$  la creación de una norma específica, indicándole su contenido íntegramente. En vez de que el sujeto emita la norma correspondiente, encarga a otro sujeto para la que la emita, lo faculta para ello determinando íntegramente el contenido de la norma que va a emitirse.

En muchos casos, la norma que faculta no determina íntegramente el contenido de la norma a emitir por el órgano correspondiente, sino que lo instituye como autoridad, dejándolo en libertad para emitir la norma que considere oportuna atendiendo a las circunstancias en las que se encuentre con el destinatario de la segunda norma. Tenemos, entonces, dos normas: la que faculta y la emitida por el órgano facultado, como puede verse en nuestro esquema (F'')

$$(F'') \quad n_1 F \{a(p_2, m(\emptyset), t, e)\} \text{ --- } a(p_2, m(=n_2), t, e)$$

En la primera parte, tenemos la norma  $n_1$  que faculta al órgano  $p_2$  a emitir normas con cualquier contenido  $m(\emptyset)$ , por medio del acto  $a$  y determina se lleve a cabo en el tiempo  $t$  y en el lugar  $e$ . Se ha utilizado el símbolo " $\emptyset$ " para indicar la ausencia de contenidos que determinen el contenido de la(s) norma(s) subsiguiente(s) o inferior(es).

En caso de que el órgano creador instituido en la norma  $n_1$  quisiera limitar el contenido de la norma  $n_2$  sería necesario que lo especificara dentro de su ámbito material de validez, restringiendo el contenido posible de la norma dependiente  $n_2$ . Esto se hace, de manera general, con disposiciones muy generales, que admiten diversas interpretaciones,<sup>24</sup> que acotan de manera amplia, en menor o mayor medida, el contenido de las normas subsecuentes. Estas acotaciones generales se encuentran en las constituciones modernas que consignan los que se denominan "derechos públicos subjetivos", "garantías individuales y sociales", etc. Más adelante se explicará el proceso intelectual seguido para denominar a estos contenidos como "derechos fundamentales". En el caso de las leyes, la determinación del contenido de las normas condicionadas o inferiores a ellas, es más amplio y detallado, contenido que, a su vez, se incrementa con los reglamentos. Hay tres formas o maneras posibles en que la norma condicionante o superior acota el contenido de la norma condicionada o inferior: el contenido de la norma condicionada puede estar determinado de manera *positiva*, indicando cuál es el contenido que necesariamente ha de tener o respetar; de manera *negativa*, indicando el contenido que nunca puede tener, o de manera *neutral o potestativa*, indicando el contenido que en ciertos casos puede llegar a tener, si

<sup>24</sup> Cf. Kelsen (TPD2. Cap. VIII) y Bayón (DIPJ. pp. 97-101).

así lo decide el órgano creador de la norma subsecuente. En otros términos expresado, la norma condicionante puede determinar el contenido *necesario*  $Lx$ , el contenido *excluido*  $L\sim x$  o el contenido *potestativo*  $\sim L\sim x$  de la norma subsecuente. En nuestros esquemas, esto lo representamos utilizando el símbolo lógico “L” para representar la modalidad de la necesidad, junto con el símbolo lógico de la negación “~”:

$$(5) \quad n_1F\{a(p_2, m(Lx, L\sim x, \sim L\sim x), t, e)\} \dashv\vdash a(p_2, m(=n_2)(\pm x), t, e)^{25}$$

En este esquema, en su segundo miembro que representa el acto de ejecución de la norma que indicada en primer término, aparece el símbolo  $(\pm x)$ , con el que quiero significar que la norma  $n_2$  puede estar de acuerdo o en discrepancia con el contenido  $x$  determinado en cualquiera de las tres formas indicadas en la primera parte de nuestro esquema.

Debemos observar, a continuación, que en los esquemas presentados no necesariamente se contiene solamente un elemento tan simple como (a) realizado por  $p_2$ . Podemos pensar en esto:

$$(6) \quad n_1F\{a_{2,r}(p_2, m(Lx, L\sim x, \sim L\sim x), t, e)\} \dashv\vdash a_{2,r}(p_2, m(=n_2)(\pm x), t, e)$$

en donde el acto  $a_{2,r}$  puede ser múltiple, con  $r = 1, 2, 3, \dots, n$ , con lo que se tiene la representación de un *proceso de creación normativa*, integrado por diversos actos ordenados temporalmente y en una secuencia determinada.

La regla que establece el proceso de creación de una norma puede ser general o particular. En los sistemas modernos, estas reglas son muchas veces generales.

#### 4. Esquema de un orden jurídico positivo.

Las anteriores consideraciones nos permiten presentar el siguiente esquema del orden jurídico positivo:

##### Esquema del orden jurídico

Norma o supuesto fundante básico (NFB o SFB):

$$(0) \quad n_B F(a_{1,r(p1, m(=\emptyset), t, e)}) \quad (\text{Kelsen})$$

$$(0^*) \quad S_B F_1^* (\text{esquema conceptual}) (a_{1,r(p1, m(=\emptyset), t, e)}) \quad (\text{Schmill})$$

Proceso constituyente:

$$(1^*) \quad a_{1,r(p1, m(=n_1 F_2 [a_{2,r(p2, m(z=Lx, L\sim x, \sim L\sim x), t, e])})$$

Constitución derechos fundamentales

Proceso legislativo:

<sup>25</sup> He empleado el símbolo “L” debido a que, en otro trabajo, desarrollaré una semántica, basado en los conjuntos modelo de Hintikka, tal como han sido aplicados por Snyder. Cf. Snyder (ML).

$$(2^*) a_{2,r(p2,m(=2)_3} F_3 [a_{3,r(p3,m(w),t,e)]_{(\pm z)}, t, e]$$

Ley

Proceso reglamentario:

$$(3^*) a_{3,r(p3,m(=3)_4} F_4 [a_{4,r(p4,m(y),t,e)]_{(\pm Kwz)}, t, e]$$

Reglamento

Proceso jurisdiccional:

$$(4^*) a_{4,r(p4,m(=4)_5} X^* [a_{5,r(p5,m(x),t,e)]_{(\pm KKyz)}, t, e]$$

Sentencia

Ejecución sentencia:

$$(5^*) a_{5,r(p6,m[x](\pm KKyz),t,e)}$$

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

$$(7) a_{1,r(p,m(-), t, e)}$$

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

$$(8) m(=n)_1 F_3 [a_{2,r(p3,m(z = Lx, L-x, \sim L-x),t,e)]$$

La dimensión material del acto constituyente es la Constitución misma: es el sentido o significado del conjunto de actos integrantes del proceso constituyente. Se dice que el acto constituyente “crea” o “produce” o “establece” la Constitución. Esta forma de expresión conduce a errores. Las normas constitucionales son la dimensión material de realización de los actos constituyentes. No hay un acto en un procedimiento jurídico que no tenga



un contenido significativo, que es su dimensión material de realización. *Lo que se acostumbra llamar “norma” es el acto o el procedimiento mismo en su dimensión material de realización.* La norma es el producto de un “corte” realizado en las dimensiones de realización del acto correspondiente, organizado de acuerdo con un esquema normativo. En el esquema simplificado de a(n), la norma es el significado del acto, es el contenido significativo del acto de habla o verbal. Por ello sería un error considerar a la norma jurídica como la “consecuencia jurídica” de un acto de promulgación, para emplear la terminología de von Wright, pues con ello se estaría suponiendo que los actos integrantes del proceso son vacíos, *i.e.*, no tienen contenido o significación alguna. Esto lo hemos significado de esta manera:

$$(9) m(\underline{n}_1)$$

lo que significa que la dimensión material del acto constituyente es una norma o conjunto unitario de normas y tiene el subíndice “1” correspondientemente al índice del acto constituyente.

Esta norma  $n_1$ , en el esquema, es una norma cuya función esencial es la de establecer facultades jurídicas, *i.e.*, es un conjunto de normas de competencia  $m(\underline{n}_1 F \dots)$ . Si la norma constitucional es una norma de competencia, lo que significa que es una norma que establece facultades, entonces tiene que especificar los *actos o procedimientos con los cuales se van a crear las normas subsiguientes* en la pirámide jurídica o en el orden secuencial de normas,  $a_{2,r}$ . En consecuencia,

$$(10) m(\underline{n}_1 F_2 [a_{2,r}(p2, m(z = Lx, L\sim x, \sim L\sim x), t, e)])$$

y los actos que son contenido de la norma constitucional  $a_{2,r}$  deben tener especificados sus dimensiones de realización (p, m, t, e). Para emplear la terminología tradicional, la constitución  $n_1$  establece los procesos de creación de las normas pertenecientes a la etapa subsiguiente, con todas sus dimensiones de realización (parte orgánica). Pero la constitución también posee lo que se denomina *parte dogmática*, que según se dice, contiene los “derechos fundamentales”. En realidad, esta parte dogmática establece los contenidos *necesarios* (Lx), los *excluidos* (L~x) y los *potestativos* (~L~x) de las normas subsiguientes en la pirámide o secuencia normativa.

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

$$(2^*) a_{2,r(p,m(\underline{n}_2 F_3 [a_{3,r}(p3, m(w), t, e)](\pm z)), t, e)$$

Este esquema debe interpretarse de manera similar al que hemos expuesto del proceso constituyente, sólo que ahora estamos frente al proceso legislativo establecido en la Constitución. La ley creada por el proceso legislativo

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

## 5. La Norma o Supuesto Fundante Básico (NFB o SFB)

El Esquema del orden jurídico que hemos presentado contiene como primer elemento (0) la estructura fundamental de la NFB, tal como lo concibe Kelsen. En relación con ella no haremos una exposición detallada del concepto que Kelsen tiene sobre la misma, el cual adquirió diversas formulaciones en el curso de su larga actividad teórica de más de 70 años.<sup>26</sup> Sin embargo, debemos hacer algunas observaciones importantes para comprender su función, algunas de las cuales tienen una dimensión crítica.

1.- La NFB no es una norma positiva. Este enunciado es evidente y Kelsen lo ha enfatizado en múltiples ocasiones. La primera denominación que hizo de ella era “Norma Fundamental Hipotética”, con lo que se demuestra

---

<sup>26</sup> Cf. García Amado (HKNF).

que pensaba en una norma no positiva, sino hipotética, inventada o construida para fines teoréticos.

La Teoría pura del Derecho opera con esta norma fundamental considerándola como fundamento hipotético. Bajo la suposición de que ella vale, vale también el orden jurídico que sobre ella descansa. (Kelsen TPD1:99)

En este texto se puede observar con toda claridad que Kelsen piensa que es una norma válida y que, además, es hipotética, pues ella, es el fundamento normativo de todo el orden jurídico.

2.- La NFB no puede ser una norma (positiva o no). La razón de ello se encuentra en la siguiente consideración: si fuera una norma, de cualquier naturaleza que se quiera, tendría que ser parte integrante del objeto de conocimiento de la ciencia del Derecho. Dicho objeto, como ya lo hemos afirmado, está constituido por normas. Por lo tanto, la hipótesis fundamental de la ciencia jurídica no puede ser una norma, pues, entonces, tendría que ser parte de su objeto y no la hipótesis central fundamentadora de todas las afirmaciones de la ciencia del Derecho.

3.- La NFB es considerada por Kelsen como un presupuesto epistemológico, en el sentido de la filosofía kantiana. Ello demuestra que no puede ser una norma.

Pero si se pregunta por el fundamento de validez de la constitución sobre la que descansan todas las leyes y los actos jurídicos verificados sobre la base de las leyes, se llega tal vez a una constitución más antigua, y así por último a la primer constitución histórica que fue promulgada por algún usurpador o por un colegio constituido en la forma que fuera. He aquí el *supuesto fundamental de que parte todo conocimiento* (Énfasis añadido por US) del orden jurídico basado en esta constitución: que ha de valer como norma aquello que el primer órgano constituyente histórico ha manifestado como voluntad suya. (Kelsen TPD1:98)

En este encontramos una peculiar reunión o mixtura entre la concepción de la NFB como norma y como presupuesto epistemológico: es el “supuesto fundamental de que parte todo conocimiento del orden jurídico”, por lo tanto no es una norma, pues una norma no es ni puede ser el supuesto epistemológico de “todo conocimiento jurídico”. Sólo podría serlo, sólo puede afirmarse la existencia de una norma hipotética, si se realiza una peculiar hipostatización del contenido de la NFB: al supuesto epistemológico se le substancializa, se le da un objeto, mejor, se le inventa y, por lo tanto, se considera que existe una norma en el objeto del conocimiento, lo cual es una equivocación epistemológica, desde el punto de vista de la propia filosofía kantiana que aceptaba Kelsen.

4.- Con la NFB se hace explícito el presupuesto necesario epistemológico de todas las afirmaciones hechas tanto por la ciencia jurídica como por los órganos operativos del Derecho cuando llevan a cabo la descripción o adscripción del sentido de sus propios actos. Esto quiere decir que la NFB

se encuentra presupuesta en toda afirmación sobre la validez y el sentido de una norma jurídica.

Ella (la NFB: Schmill) es sólo expresión del supuesto necesario de toda concepción positivista del material jurídico. No vale como norma positiva, ya que no es producida en el procedimiento jurídico; no es instituida (Gesetzt) sino supuesta, en tanto condición de toda instauración jurídica, de todo procedimiento jurídico positivo[...] Con la teoría de la norma fundamental la Teoría pura del Derecho sólo intenta poner al descubierto, mediante un análisis del proceder efectivo, las condiciones lógico-trascendentales del método del conocimiento positivo del Derecho que se practica desde tiempo inmemorial. (Kelsen TPD1: 99-100)

5.- La negación o el rechazo de la NFB es posible y constituye la posición teórica del anarquismo. Transcribiré un párrafo algo extenso, pero muy importante, de Kelsen:

Precisamente, la Teoría pura del Derecho tiene plena conciencia de ello. Es más, al despojar al deber ser del Derecho positivo de su carácter axiológico-metafísico-absoluto (reduciéndolo a expresión del enlace de condición y consecuencia en la proposición jurídica), *ha franqueado el camino a ese punto de vista del que resulta la evidencia del carácter ideológico del Derecho*. No se le oculta que esa significación específicamente normativa de ciertos hechos designada como “Derecho”, es el resultado de una interpretación posible que se da ante un supuesto básico dado -que luego ha de precisarse (NFB: Schmill)-, pero no el resultado de una interpretación necesaria; que no puede probarse la existencia del Derecho como la de los hechos naturales y la de las leyes naturales que los dominan; que no es posible refutar con argumentos concluyentes una postura como acaso la del anarquismo teórico, que rehúsa ver algo distinto de la nuda fuerza allí donde los juristas hablan de Derecho. Mas la Teoría pura del Derecho no cree necesario deducir de ahí la consecuencia de que sea menester renunciar a la categoría del deber ser en general, y con ella a una teoría normativa del Derecho, es decir, a una penetración cognoscitiva y elaboración sistemática de los substratos espirituales que ante todo otorgan el sentido del Derecho a los actos naturales que los sustentan. La posibilidad y necesidad de semejante teoría ya ha sido demostrada por el hecho milenario de la Ciencia jurídica...<sup>27</sup>

De este párrafo puede entenderse, que la NFB es un presupuesto epistemológico que tiene por función hacer explícito el sentido inmanente de todos los juicios o proposiciones de la ciencia jurídica y de los operadores del Derecho cuando consideran a éste constituido por normas positivas. Nosotros diríamos: es la regla o proposición normativa que expresa el sentido de todas las normas jurídicas. Es algo parecido a lo que Hart quiere expresar con su distinción entre “verse obligado a..” y “estar obligado a..”.<sup>28</sup>

<sup>27</sup> Kelsen (TPD1: 64-65).

<sup>28</sup> Hart (CD:103-104).

Por tanto, ¿cómo debemos comprender la función que Kelsen quiere adscribir a la NFB? Considerar el supuesto epistemológico para la comprensión del material jurídico como una norma, constituye una hipóstasis. Es claro que debemos prescindir de toda hipostatización, *i.e.*, de pretender inventar un objeto o cosa correspondiente a un supuesto puramente epistemológico. Si se excluye la hipóstasis normativa, sólo nos queda un puro supuesto que expresa la legalidad inmanente de todo enunciado normativo sobre el material que históricamente se nos ofrece como Derecho. Un enunciado normativo es aquel que hace uso de los conceptos normativos obtenidos de la primera y segunda interiorizaciones. ¿En qué consiste este supuesto? Muy claramente lo expresa nuestro esquema del orden jurídico:

$$(0^*) S_{B_1} F_1^*(a_{1.r(p1, m(=0), t, e)})$$

El supuesto consiste en considerar o interpretar, con base en el concepto de la facultad, que los actos del congreso constituyente o el usurpador del que habla Kelsen, han realizado la función de creación de un conjunto de normas denominado “Constitución”, *i.e.*, que llevaron a cabo los actos constitutivos del proceso constituyente  $a_{1.r}$ . Se ha *proyectado* sobre el material histórico el concepto de la facultad, obtenido de haber realizado la segunda interiorización semántica de los elementos existentes en el paradigma del mandato y se le ha comprendido como una función jurídica. Esto significa que se han utilizado los conceptos normativos para la comprensión y explicación del sentido del material dado a la consideración, que en el caso es el proceso constituyente. La utilización de esos conceptos es posible, no necesaria. Si se prescinde de utilizar los conceptos normativos en la explicación del material histórico dado a nuestra consideración, lo que se obtiene es una sociología de carácter naturalista, en donde carecen de sentido todos los enunciados normativos sobre el Derecho. En vez de afirmar que existe un Congreso constituyente, tendría que decirse que hubo una reunión de locos que mancharon con tinta un papel al que llamaron “Constitución” y que por diversas circunstancias emotivas los hombres se encuentran condicionados a realizar cierto tipo de conducta; en vez de afirmar la existencia de una obligación tendrían que hacerse enunciados como los que se encuentran en algunas expresiones de los juristas escandinavos realistas, etc.<sup>29</sup> Moreso, en IDIC: 150 coincidiría en que lo que él llama la RI (regla de identificación) no tiene carácter prescriptivo y es una regla conceptual.

Lo anterior puede mostrarse con el siguiente esquema:

<sup>29</sup> Cf. Weber (CS: 101 y ss).

$$(11) S_{B_1} F_1^* \text{ (esquema conceptual) } (a_{1,r} \text{ (proceso constituyente) } (p_{1(= \text{ \u00f3rgano constituyente) }}, m(\emptyset), t, e)) \\ \text{--- } a_{1,r} \text{ (proceso constituyente) } (p_{1(= \text{ \u00f3rgano constituyente) }}, m_{(= n1= \text{ constituci\u00f3n) }}, t, e))$$

donde se ha indicado que es un supuesto que aplica el esquema conceptual de la facultad a los ciertos hechos hist\u00f3ricos dados a la consideraci\u00f3n del jurista: el proceso constituyente o la emisi\u00f3n de la constituci\u00f3n por un usurpador originario. La aplicaci\u00f3n o proyecci\u00f3n del esquema conceptual de las normas sobre los actos  $a_{1,r}$  del \u00f3rgano constituyente arroja la existencia de la Constituci\u00f3n entendida como conjunto de normas.

Preveo una objecci\u00f3n inmediata: un supuesto epistemol\u00f3gico no puede tener por contenido el establecimiento de una facultad. Las facultades jur\u00eddicas son contenidos de normas positivas que determinan los procesos de creaci\u00f3n de otras normas, con todas sus dimensiones de realizaci\u00f3n. Esto entra\u00f1ar\u00eda una concepci\u00f3n equivocada de lo que quiere decirse. La contestaci\u00f3n a esta objecci\u00f3n es la siguiente: es un presupuesto que considera que los actos llevados a cabo por el llamado “constituyente” o usurpador originarios son actos jur\u00eddicos con una dimensi\u00f3n creadora de normas. Contiene el esquema conceptual del concepto de la facultad, aplicado o proyectado a esos hechos originarios.

## 6. Concepto de Facultad (*Erm\u00e4chtigung, empowerment*)

Los contenidos de las normas jur\u00eddicas (con sus \u00e1mbitos de validez) que establecen los actos de creaci\u00f3n de otras normas jur\u00eddicas, quedan comprendidos dentro del concepto de “facultad” (*Erm\u00e4chtigung, empowerment*). Para explicitar brevemente las expresiones anteriores, es conveniente decir que todos los conceptos jur\u00eddicos con los que se construye, en el sentido de la epistemolog\u00eda kantiana, el objeto de estudio de la Jurisprudencia tienen que referirse a las normas jur\u00eddicas. Es una teor\u00eda del derecho y, por tanto, una teor\u00eda de los diversos contenidos de las normas jur\u00eddicas. Por lo tanto, podemos afirmar que *el concepto de la facultad identifica a los contenidos de las normas jur\u00eddicas objetivas, con todos sus \u00e1mbitos de validez, que establecen los actos creadores de otras normas*. Que el derecho regule su propia creaci\u00f3n significa que sus normas establecen los actos a los que se les atribuye esa funci\u00f3n.

Es importante destacar que los conceptos jur\u00eddicos relacionados con la *autopoiesis* del derecho son independientes de los conceptos relacionados con el concepto de sancion, que anteriormente hemos mencionado, *i.e.*, con aquellos que se encuentran en la Est\u00e1tica Jur\u00eddica. La facultad no puede reducirse al concepto de obligaci\u00f3n, ni al concepto de antijuridicidad, aunque estos conceptos pueden estar relacionados con el de la facultad. Pueden existir sujetos facultados para emitir una norma jur\u00eddica sin tener la obli-

gación de hacerlo ni, por tanto, su omisión constituir un acto antijurídico. El Congreso o el Parlamento está facultado para emitir leyes, pero no está obligado a hacerlo y la omisión de legislar en una cierta materia no es un acto antijurídico que se encuentre sancionado, de acuerdo con las definiciones de estos conceptos que hemos expuesto más arriba. Estamos en presencia de una facultad pura y aislada. Por otra parte, hay sujetos facultados para emitir una cierta norma, generalmente individual, que simultáneamente se encuentran obligados a hacerlo, de manera tal que su omisión es el supuesto de una sanción dirigida en contra de ellos. Tengo presente el caso de los jueces: estos son jueces y desempeñan la función de tales porque están facultados para dictar sentencias. Pero existen otras normas que sancionan el no-ejercicio de esas facultades y, por lo tanto, convierten en obligatorio el ejercicio de las facultades jurisdiccionales. Por lo tanto, hay *facultades de ejercicio potestativo* y *facultades de ejercicio obligatorio o prohibido*, dependiendo de si existe otra norma que sancione el ejercicio o no-ejercicio de esas facultades. Este tipo de consideraciones no pueden hacerse en relación con los conceptos de la Estática Jurídica, pues o se convierten en tautologías o en contradicciones. OOp es igual a Op, pues establecer la obligación de cumplir con una obligación es idéntico a estar obligado a p. PhOp es una contradicción normativa. En cambio, tiene sentido OFp, PhFp, PFp.<sup>30</sup>

Puede observarse que existe la tendencia a intentar reducir el concepto de la facultad a los conceptos derivados de la primera interiorización, es decir, a los conceptos de la Estática Jurídica de la teoría kelseniana. Se han presentado las tesis que afirman que la facultad es una permisón, una prohibición, la unión de una prohibición y una autorización, como definiciones y como una obligación implícita para los súbditos. No es este el lugar para exponer cada una de estas tesis, ni de criticarlas en detalle, pero sí se hará la observación central de que todos los intentos de reducir el concepto de facultad (o norma de competencia) a los conceptos deónticos falla en un punto central: ninguno

<sup>30</sup> Más adelante se hará la crítica a las tesis que reducen el concepto de la facultad a los conceptos jurídicos de la Estática Jurídica. Kelsen (ATN), en el capítulo 26, sección II analiza a los actos no facultados (*Nicht-ermächtigte Akte*), donde se expresa de la siguiente manera: “Por ello, ellos también no “violan” una norma jurídica válida. Sin embargo, que ellos estén prohibidos significa algo distinto a que ellos no estén facultados. El estar no-facultados no los hace actos prohibidos”. *Sie “verletzen” daher auch nicht eine geltende Rechtsnorm. Aber dass sie verboten sind, bedeutet etwas anderes als dass sie nicht ermächtigt sind. Das nicht-ermächtigt-sein macht sie nicht zu verbotenen Akte.* (p. 82) En la sección III del mismo capítulo dice: “Los actos facultados por una norma moral o jurídica pueden -aunque no tienen- también ser ordenados. Sólo cuando ellos también son ordenados, su omisión es violatoria de la moral o el derecho”. *Der durch eine Moral - oder Rechtsnorm ermächtigte Akte kann - muss aber nicht - auch geboten sein. Nur wenn er auch geboten ist, ist seine unterlassung moral - oder rechtswidrig.* (p. 83).

de los conceptos deónticos de permisión, obligación, etc., se refieren a la función específica de la facultad, de ser un contenido normativo que establece las autoridades y los procesos o actos de creación o producción de normas jurídicas. Los conceptos deónticos carecen de esta dimensión conceptual, pues ellos están ayunos de cualquier significado que señale la función de creación normativa. Algunos autores como Alexy<sup>31</sup>, Atienza y Ruiz Manero<sup>32</sup>, McCormick<sup>33</sup>, von Wright<sup>34</sup> y Ruiter<sup>35</sup> hablan de “actos normativos”, “cambios normativos” que crean y modifican situaciones y posiciones jurídicas de ciertos sujetos. Esto es plausible, pero al utilizar tal terminología se oculta el hecho de que toda creación o modificación de situaciones o posiciones jurídicas tiene lugar y puede considerarse como existente sólo por medio de la creación, modificación o derogación de normas jurídicas, generales o individuales.

Más arriba presentamos dentro del Esquema del orden jurídico la expresión (1), coincidente con (6), de la norma que establece una facultad, que tiene la siguiente forma:

$$(6) \quad n_1 F_2 \{a_{2,r}(p_2, m(z = Lx, L\sim x, \sim L\sim x), t, e)\}$$

En este esquema aparece la norma  $n_1$  que establece una determinada facultad  $F_2$ ; esto significa que establece un procedimiento de creación de otra norma u otras normas. Este procedimiento está señalado con  $a_{2,r}$ . Para ejemplificar lo que quiere decirse piénsese en la constitución de un Estado particular. La Constitución  $n_1$  ha sido creada por un procedimiento  $a_{1,r}$  (que no aparece en el esquema), el proceso constituyente. Por lo tanto, si la Constitución establece el proceso legislativo, los actos de éste deben simbolizarse con  $a_{2,r}$ . Esto representa la parte orgánica de la Constitución, debido a que los actos integrantes del proceso correspondiente los lleva a cabo el o los sujetos a que se refiere la dimensión personal de realización de dichos actos.<sup>36</sup> Cada acto del proceso tiene sus dimensiones de realización particulares: quién  $p$ , qué  $m$ , cuándo  $t$  y dónde  $e$ . Nos interesa el ámbito material de validez de la norma constitucional  $n_1 \{-(-, m( ), -, -\}$ . Se observa que este ámbito tiene un contenido determinado, que hemos representado como  $(Lx, L\sim x, \sim L\sim x)$  que, conforme lo explicado,

<sup>31</sup> Cf. Alexy (TDF: pp. 227 y ss).

<sup>32</sup> Cf. Atienza y Ruiz Manero (PD: Cap. II).

<sup>33</sup> Cf. Atienza y Ruiz Manero (PD: 52).

<sup>34</sup> Cf. von Wright (NA: Cap. X).

<sup>35</sup> Cf. Ruiter (ILF: 9).

<sup>36</sup> Por ejemplo, en México el proceso legislativo consta de siete actos diferentes:  $a_{2,1}$  = iniciativa;  $a_{2,2}$  = discusión en las Cámaras;  $a_{2,3}$  = aprobación por las Cámaras por mayoría absoluta;  $a_{2,4}$  = sanción por el Presidente de la República;  $a_{2,5}$  = promulgación por el Presidente de la República;  $a_{2,6}$  = refrendo por el Secretario de Gobernación y  $a_{2,7}$  = publicación en el Diario Oficial de la Federación.



son las normas que establecen los contenidos necesarios, excluidos o potestativos de las normas dependientes o inferiores a la Constitución, en el caso las leyes. Ellas forman la parte dogmática de la Constitución.

Pues bien, esta parte dogmática de la Constitución tiene también como sujeto referente a los órganos del Estado. En efecto, las normas que regulan el proceso legislativo establecen las conductas que han de realizar los órganos encargados de llevarlo a cabo con el objeto de crear una ley determinada. Por tanto, el ámbito personal de validez de las normas constitucionales está constituido principalmente y de modo directo y fundamental por los órganos del Estado. Hay que formular la siguiente pregunta: los órganos del Estado encargados de elaborar y crear las leyes ¿están obligados a respetar los contenidos necesarios establecidos en la Constitución y tienen prohibido dar a sus normas el contenido excluido por la Constitución, es decir, existe  $Ox$  y  $Ph\sim x$ , haciendo la imposible identificación siguiente:  $Lx = Ox$  y  $L\sim x = Ph\sim x$ ? La respuesta debe ser negativa, por la razón de que los órganos legislativos, por ejemplo, ejercitan facultades, que es un concepto independiente de los conceptos deónticos derivados de la *primera interiorización semántica*, como lo hemos demostrado más arriba. El concepto de órgano está indisolublemente unido al concepto de facultad: es órgano en tanto y en la medida que ejerce facultades jurídicas. Estarían obligados a ejercer la facultad sólo si existiera otra norma distinta de aquella que les otorga la facultad, que sancionara la realización irregular de los actos facultados.

Siguiendo parcialmente las tesis de Alexy, pero utilizando nuestra terminología y simbología, podemos decir lo siguiente:

Como es sabido, cuando se ejercita una facultad  $F$  por el sujeto  $O_1$  se crea (produce o establece) una norma, que es la dimensión material de realización de los actos integrantes del proceso de creación correspondiente.

Si  $FO_1(n_2)$  es el símbolo de que  $O_1$  está facultado para dictar la norma  $n_2$ ,  $O_2$  será entonces el destinatario de la norma creada por  $O_1$ . Esto lo podemos simbolizar como  $SO_2(n_2)$ , en el entendido de que  $O_2$  es el ámbito personal de validez de la norma  $n_2$ , *i.e.*,

$$(12) \quad SO_2(n_2) = a_{2,r}(O_1, m(= n_2(O_2, -, -, -), t, e))$$

Por lo tanto,  $SO_2(n_2)$  es el “reflejo subalterno”<sup>37</sup> de  $FO_1(n_2)$ , para emplear la terminología de Kelsen, por lo que podemos establecer la relación converso

<sup>37</sup> Cf. Kelsen (TGE:74): “El “derecho” a disponer libremente sobre las cosas propias, lo mismo que el “derecho” a la conducta no prohibida, no es otra cosa que el reflejo subalterno de las normas que estatuyen deberes jurídicos. El contenido jurídicamente relevante de toda expresión afirmativa de tal “derecho subjetivo”, agótase en el establecimiento del deber jurídico de otro...”

$$\begin{array}{ccc}
 (13) & FO_1(n_2) \leftrightarrow SO_2(n_2) & \text{y} \\
 & \text{Facultad} & \text{Sujeción} \\
 & | & | \\
 & \sim FO_1(n_2) \leftrightarrow \sim SO_2(n_2) \\
 & \text{no-facultad} & \text{no-sujeción}
 \end{array}$$

lo cual expresa que la relación conversa de estar facultado es que otro estará sujeto a la norma creada en ejercicio de la facultad, será el destinatario de la norma creada. No estar facultado para dictar una norma tiene la relación conversa de no estar sujeto o sometido a la norma creada sin tener facultades para ello.

Debe observarse el estricto paralelismo existente entre este esquema y el que ofrece Alexy cuando analiza el concepto de competencia:

Alexy no hablará de normas de competencia, sino directamente de la competencia que tiene un sujeto **a** frente a otro sujeto **b** para crear una posición jurídica determinada. Dice:

El que **a** pueda modificar la posición jurídica de **b** significa que **a**, a través de su acción, puede crear una posición jurídica de **b** que, en circunstancias similares, no existiría sin esa acción. La posición de **a** puede, por lo tanto, ser descrita de la siguiente manera:

(1) **a** tiene frente a **b** la competencia para crear una posición jurídica PJ de **b**.

Si, de acuerdo con la relación triádica de los derechos, se utiliza “C” como operador triádico de competencia y “P**Jb**” sobre enunciado sobre la posición de **b**, (1) puede tener la siguiente notación:

(2) Cab (P**Jb**) (Alexy TDF: 234-5)

Afirma que la relación conversa de la competencia es lo que llama “sujeción”.

Si **a** tiene frente a **b** la competencia para modificar una posición de **b**, **b** se encuentra frente a **a** con respecto a esta posición en una relación de sujeción y viceversa. Si se simboliza con “S” la relación de sujeción, vale entonces:

(3) Cab (P**Jb**)  $\leftrightarrow$  Sba (P**Jb**) (Alexy TDF: 235)

Como consecuencia de todo lo anterior, siguiendo el esquema de Hohfeld presenta las cuatro posiciones resultantes en el siguiente esquema de la competencia:

$$\begin{array}{ccc}
 \text{IV} & \text{Cab (P**Jb**)} \leftrightarrow \text{Sba (P**Jb**)} \\
 & \text{(competencia)} & \text{(sujeción)} \\
 & \neg & \neg \\
 & \neg\text{Cab (P**Jb**)} \leftrightarrow \neg\text{Sba (P**Jb**)} \\
 & \text{(no-competencia)} & \text{(no-sujeción)}
 \end{array}$$

El propio Alexy se encarga de comparar su terminología con la de otros teóricos del Derecho, de la siguiente manera:

Hohfeld utiliza las expresiones “*power*” (competencia), “*liability*” (sujeción), “*disability*” (no-competencia) e “*immunity*” (no-sujeción). Una terminología parecida a la aquí utilizada se encuentra en Ross: “*competence*” (competencia), “*subjection*” (sujeción), “*disability*” (no-competencia) e “*immunity*” (no-sujeción). (Alexy TDF: 236)

Todo lo anterior es posible traducirlo a problemas y soluciones normativas, si se tiene en cuenta lo afirmado por Alexy en el sentido de que las posiciones de un sujeto se ven creadas o modificados mediante la creación de normas generales o particulares. La creación de una posición de un sujeto se traduce en la creación de una norma que crea dicha posición, en virtud de que ella, la posición, no es otra cosa que el predicado atribuido a un sujeto derivado de una norma que se refiere a él.

### **7. Los derechos fundamentales como reflejos subalternos de las normas que establecen facultades.**

El concepto de derecho subjetivo, en sus usos más comunes, se formula asumiendo el *punto de vista de los particulares*, de los gobernados, de aquellos que se encuentran frente a una pirámide de normas que les exigen obediencia y cumplimiento. *¿Qué predicados pueden aplicarse a la situación en la que se encuentran los sujetos sometidos a una pluralidad de normas creadas, desde el punto de vista de cada uno de los elementos contenidos en la norma que establece una facultad? ¿Cuál es el sentido de la normatividad, desde el punto de vista de los intereses del destinatario, que establece una norma de competencia? El sentido de la norma superior o condicionante que establece una facultad con todos sus ámbitos de validez, es que un sujeto sólo estará sometido válidamente a la norma creada, si se ejecuta regularmente la norma que establece la facultad. Desde el punto de vista del destinatario de la norma creada, esta sólo puede válidamente afectarle en el caso de que la facultad se haya ejecutado regularmente. Por tanto, pueden hacerse juicios o enunciados que determinen la relación del destinatario de la norma con cada uno de los elementos de la norma que establece la facultad.*

*¿Qué pasa, qué obtenemos, si contemplamos nuestro esquema de una norma que establece una facultad desde la perspectiva o desde la posición jurídica en la que se encuentra el sujeto de la norma subordinada que es posible sea creada por el sujeto facultado? Para contestar esta interrogante, debe relacionarse a  $O_2$  (como sujeto de la norma  $n_2$ ) con todos los elementos normativos contenidos en la norma condicionante y contemplar la relación*

correspondiente como el reflejo subalterno de cada elemento de la norma condicionante. Con ello, tendríamos:

$D_1(O_2, a_{2,r})$  – reflejo subalterno (derecho) a la regularidad del procedimiento;

$D_2(O_2, O_1)$  – reflejo subalterno (derecho) a estar sujeto a  $O_1$  y sólo a  $O_1$ ;

$D_3(O_2, m(Lx))$  - reflejo subalterno (derecho) a que la norma  $n_2$  sea conforme con  $Lx$ ;

$D_4(O_2, m(L\sim x))$  - reflejo subalterno (derecho) a que la norma  $n_2$  sea conforme con  $L\sim x$ ;

$D_5(O_2, m(\sim L\sim x))$  - reflejo subalterno (derecho) a que la norma  $n_2$  sea conforme con  $\sim L\sim x$ ;

$D_6(O_2, t)$  - reflejo subalterno (derecho) a que los actos procesales se ejerciten en el tiempo ordenado en la norma;

$D_7(O_2, e)$  - reflejo subalterno (derecho) a que los actos procesales se ejecuten en el lugar ordenado en la norma.

Esto posibilita la concepción de los derechos subjetivos como relaciones diádicas, lo que explica que el primer término de la relación siempre es  $O_2$  en las relaciones  $D_{1-7}$ . Los derechos son la contrapartida, el reflejo, de cada uno de los elementos de la norma que establece una facultad, en la medida que se contemplan desde el punto de vista de los intereses del destinatario de la norma creada en ejercicio de la facultad.

Cada uno de estos derechos expresa la relación subjetiva normativa del individuo sometido a la norma creada, *i.e.*, del sujeto que colma el ámbito personal de validez de la norma creada. Esta posición o situación es el tipo de relación que tiene el sujeto mencionado con las normas condicionantes.

Estos derechos son “fundamentales” si se toma como punto de referencia para hacer la construcción del reflejo subalterno, los preceptos de la Constitución, que es la norma fundamental positiva de un orden jurídico.

Por lo tanto, como conclusión podemos decir que los derechos subjetivos fundamentales son, conforme al uso corriente de estos vocablos, los correlatos de las normas condicionantes, los reflejos subalternos que expresan los intereses de los individuos particulares en relación con las normas del Derecho, siempre que se trate de los elementos que se encuentran contenidos en las normas que establecen facultades.

De lo anterior se observa que los derechos fundamentales surgen teóricamente en el momento en que los métodos para construir los reflejos subalternos se aplican a los contenidos normativos que caen en el dominio del concepto de facultad, que es el producto de la *segunda interiorización semántica*, tal como la hemos expuesto anteriormente.

### 7.1. Complementariedad

Dada nuestra concepción de los derechos subjetivos fundamentales, o mejor, nuestra construcción conceptual de uso de la expresión “derechos fundamentales”, es posible invertir la relación central determinante del concepto de derecho subjetivo y expresar el objeto y la función fundamental que determina el reflejo subalterno cuando se atiende a los intereses de los sujetos individuales que se encuentran frente al orden jurídico. Se trata de hacer a un lado el reflejo y ver el objeto o la operación reflejada en el concepto del derecho subjetivo fundamental. Entonces nos encontramos con el concepto de la facultad y el ejercicio regular de ellas. La irregularidad en el ejercicio de las facultades se traduce en la terminología de los derechos subjetivos fundamentales como violación a los derechos fundamentales.

### 8. La nulidad y la derogación.<sup>38</sup>

Con objeto de completar la exposición, quisiera presentar los esquemas de las normas que establecen la derogación y la anulación de una norma. De manera convencional podemos distinguir conceptualmente a la derogación de la anulación de una norma.

Tanto la derogación como la anulación (nulidad) son el contenido de una facultad, consistente en la fijación de la fecha final *ff* del ámbito temporal de validez (vigencia) de una norma, hecha por un órgano jurídico. No hay actos de derogación o de anulación implícitos. Toda función jurídica debe concebirse como una función positiva, es decir, puesta o establecida por un acto orgánico. Convencionalmente podemos distinguirlas diciendo que la derogación es la fijación incondicionada de la fecha final de vigencia de una norma, generalmente hecha por el mismo órgano que la estableció; en cambio, la anulación es la fijación de la fecha final de vigencia de una norma hecha condicionalmente, generalmente por un órgano distinto del que la creó. En lo que sigue, utilizaremos la expresión “anulación” para referirnos indistintamente a la anulación y a la derogación.

La facultad para anular una norma tiene la siguiente estructura general:

$$(14) \quad n_j F_{\text{nul}}(a_i(p,m,t,e))$$

El contenido del acto que establece la nulidad de una norma, *i.e.*, en nuestro esquema *m*, está por la fijación condicionada de la fecha final de vigencia (*ff*) de una norma. En lo que sigue haremos más explícito este concepto.

<sup>38</sup> Cf. Kelsen (TGE), (TGDE) y (D); Schmill (DAAT) y (RPTD); Aguiló (SD); Alexy (TDF) y Alchourrón y Bulygin (CEN).

La norma que establece la facultad de anulación condicionada de otra norma tiene la siguiente estructura:

$$(15) \quad n_j F_{nul} = n_j F_{nul} (a_i(p, m(n_{k(p,m,t(-c^* \rightarrow ff),e)}), t, e))$$

lo que significa que existe una norma  $n_j$  que establece la facultad de nulificar la norma  $n_k(p,m,t,e)$ , lo que significa que determina de manera condicionada la fecha final  $ff$  del ámbito temporal de validez de la norma.

Corolario de lo anterior es que la derogación y la anulación no pueden ser concebidas como sanciones, por varias razones, que no es el caso exponer en este lugar, de las cuales la fundamental es que la facultad no se reduce (y no puede explicarse) con los conceptos de la Estática jurídica en el sentido de Kelsen, *i.e.*, con los conceptos derivados de la primera interiorización.

### 8.1. Derogación.

Debemos distinguir dos casos generales que se pueden presentar en el momento de emisión de cualquier norma  $n_j$ :

1. El órgano que emite la norma  $n_{j+1}$  fija su fecha inicial de validez  $fi$  del ámbito temporal  $t$  y lo mismo su fecha final de vigencia  $ff$ , en el mismo acto o en actos diferentes. Entonces

$$(16) \quad n_j F(a_{i+1}(p,m,t,e)) \text{ -- } a_{i+1}(p, m(= n_{j+1}(p,m,t(fi,ff),e)), t, e)$$

Estos son los casos de la emisión transitoria de normas, emitidas para atender una situación urgente o temporalmente limitada, como un estado de emergencia.

Pero lo más común es que el órgano creador de la norma  $n_{j+1}$  solamente fije la fecha inicial de la vigencia  $fi$ , dejando indeterminada la fecha final de la vigencia  $ff$ :

$$(17) \quad n_j F(a_{i+1}(p,m,t,e)) \text{ -- } a_{i+1}(p, m(= n_{j+1}(p,m,t(fi,-),e)), t, e)$$

La derogación consiste en la realización de un acto  $a_{i+1}$  del mismo órgano que creó la norma, siguiendo el mismo proceso de creación, cuyo contenido es la fijación o establecimiento de la  $ff$  del ámbito temporal  $t$  de esa norma.

$$(18) \quad n_j F(a_{i+1}(p,m,t,e)) \text{ -- } a_{i+1}(p, m(= n_{j+1}(p,m,t(-,ff),e)), t, e)$$

### 8.2.- Nulificación

La segunda posibilidad que se presenta es cuando otro órgano está facultado para nulificar condicionadamente una norma. Por tanto, tiene que existir una norma que faculte la fijación de la  $ff$  de  $t$  de la otra norma.

$$(19) \quad n_j F_{nul} = n_j F_{nul} (a_{i+1}(p, m(= n_{k(p,m,t(-c^* \rightarrow ff),e)}), t, e))$$

¿Qué dice esta fórmula? La norma  $n_j$  que establece la facultad para anular otra norma, como acontece con los tribunales constitucionales, establece el proceso de creación  $a_{i+1}$  de la norma anulatoria, cuyo sentido es la fijación condicionada de la fecha final de vigencia de la norma anulada  $n_k$ , o sea,  $c^* \rightarrow ff$ .

En el caso, el ámbito material de validez de la norma anulatoria, su contenido, está referido a la norma respecto de la cual va a establecer la fecha final  $ff$  del ámbito temporal de  $n_k$ , si se dan ciertas condiciones, como por ejemplo, que se establezca su contradicción con otra norma, es decir, alguna irregularidad. El establecimiento de la fecha final  $ff$  de  $t$  condicionado a la realización de ciertos supuestos o condiciones, está representado por  $t(-, c^* \rightarrow ff)$ , en el que aparece un condicional, cuyo antecedente es  $c^*$  y cuyo consecuente es  $ff$ . *Todos los posibles casos de irregularidad encuentran aquí su lugar sistemático*, como lo vamos a ver más adelante cuando toquemos el tema de la derrotabilidad de las normas. Es necesario destacar que en la casi totalidad de casos de anulación condicionada, el antecedente del condicional consiste en la determinación de una posible contradicción o irregularidad entre la norma anulada y otra u otras que se toman como marco de referencia para determinar la irregularidad. Las normas condicionantes (superiores) son las que proporcionan los criterios de irregularidad, como hemos visto. Ellas llevan a cabo dos funciones:

1. Establecen el procedimiento de creación de las otras normas y
2. Sirven de criterio de anulación de una norma por su irregularidad.

Como la norma que se anula tiene sus ámbitos de validez, la fijación de la  $ff$  de su ámbito temporal tiene que determinar el *status* de cada uno de esos ámbitos, como resultado de la fijación de esa fecha final de la vigencia. Lo que quiero decir es que la norma anulatoria, al establecer la fecha final de su vigencia  $ff$  de otra norma, puede hacerlo con referencia a la totalidad de los elementos de la norma o sólo a alguno de ellos. La regla general y más simple es la fijación lisa y llana de la  $ff$ , comprendiendo a todos los ámbitos de validez de la norma derogada.

## 9. Derrotabilidad

Debemos ahora establecer las relaciones entre este esquema del orden jurídico positivo y los problemas que han sido tratados últimamente en diversos ámbitos académicos bajo el rubro de la “derrotabilidad”.

Intento demostrar que la derrotabilidad del Derecho debe entenderse como anulabilidad. La forma de hacerlo consistirá en presentar los argumentos de la siguiente manera:

Debemos en primer lugar exponer el concepto de la derrotabilidad de un enunciado condicional. Una caracterización muy clara de esta clase de

enunciados la encontramos en von Wright, quien se expresa en los siguientes términos:

Si p *por sí misma* implica q, entonces la conjunción del antecedente (“p”) con *cualquier* proposición diferente de él también implica q. La operación de pasar de “si p entonces q” a “si p&r entonces q” es denominada la operación del refuerzo del antecedente.

Si p por sí misma no implica q, el condicional que dice que si p entonces q se denomina *derrotable*. Un condicional derrotable no permite (de manera irrestricta) la operación de refuerzo del antecedente.<sup>39</sup>

Los problemas acerca de la derrotabilidad de las normas han surgido del intento repetido de hacer una reconstrucción lógica de los órdenes jurídicos. Algunos rendimientos importantes se han obtenido. El profesor argentino Carlos Alchourrón investigó en la última etapa de su vida el problema lógico de los enunciados condicionales derrotables, es decir, de aquellos enunciados condicionales cuyo antecedente es una condición necesaria, pero no una condición suficiente, del consecuente del condicional. Dice:

En el lenguaje corriente las construcciones condicionales de la forma “Si A entonces B” son frecuentemente usadas de un modo tal que no se pretende con ellas afirmar que el antecedente A es una condición suficiente del consecuente B, sino sólo que el antecedente, sumado a un conjunto de presupuestos aceptados en el contexto de emisión del condicional, es condición suficiente del consecuente B. Este es el caso, por ejemplo, cuando se afirma, con relación a una cierta muestra de gas, que su volumen aumentará si se eleva la temperatura, suponiendo en el contexto que la presión se mantendrá constante. La afirmación condicional es derrotada cuando alguno de los presupuestos implícitos es falso. Un condicional derrotable también puede ser definido como un condicional sujeto a excepciones implícitas.<sup>40</sup>

Uno de los investigadores que se han dedicado a estudiar el problema de la derrotabilidad de las normas jurídicas, Pablo Navarro, expresa con claridad cuáles son los problemas surgidos en los análisis jurídicos sobre la *derrotabilidad*.

El desafío de la derrotabilidad puede ser presentado de una manera simple: las normas jurídicas nunca ofrecen razones concluyentes para justificar una decisión institucional. En el mejor de los casos, las normas válidas ofrecen una (buena) razón que tiene que ser incorporada al balance de razones para la acción. Por consiguiente, la calificación normativa de una acción dependerá del resultado de este balance de razones antes que de la característica atribuida a esa acción por las normas en cuestión. En el caso de las normas jurídicas, el problema de la derrotabilidad aparece principalmente vinculado a la reconstrucción de las normas condicionales. En particular, si se admite que las normas correlacionan circuns-

<sup>39</sup> von Wright, ©

<sup>40</sup> Alchourrón (DL. p. 23).



tancias genéricas con soluciones normativas, entonces surge la pregunta acerca de la validez de las inferencias normativas que se basan en el uso del Modus Ponens o el refuerzo del antecedente del condicional. Por ejemplo, supongamos que admitimos que una norma correlaciona la acción de matar a una persona con la obligación de aplicar una determinada sanción. La acción de matar es una condición suficiente para establecer la obligación de aplicar una sanción. Dado que el homicidio es condición suficiente para la obligación de castigar, se sigue lógicamente que si el homicidio es cometido con ensañamiento entonces se mantiene la obligatoriedad de aplicar el castigo. Sin embargo, intuitivamente parece que matar con ensañamiento y matar por piedad no merecen el mismo reproche. Por esta razón a menudo se sostiene que, dado que el legislador no puede prever las infinitas circunstancias que deparará el futuro, las regulaciones normativas están abiertas a excepciones que derrotan la calificación propuesta por la autoridad normativa. Algunas veces estas excepciones han sido introducidas por el mismo legislador, mientras que en otras ocasiones, estas excepciones están implícitas y deben ser identificadas al momento de la aplicación de las normas.<sup>41</sup>

En un enunciado condicional derrotable, el antecedente del mismo se puede encontrar sujeto a condiciones no explícitas, de manera que la existencia de una ellas produce la falsedad del condicional. Jorge L. Rodríguez y Germán Sucar lo expresan de esta manera muy clara:

El antecedente en un condicional derrotable “ $p > q$ ” consiste en un enunciado complejo de la forma “ $(p \cdot \sim(r \vee s \vee \dots)) \rightarrow q$ ”, es decir, si  $p$  es verdadero, y no se dan  $r$ ,  $s$  u otras excepciones no taxativamente enumerables, entonces será verdadero  $q$ , de manera que el condicional derrotable “ $p > q$ ” significa que el antecedente  $p$ , *conjuntamente con todos los presupuestos a él asociados*, es una condición suficiente del consecuente.<sup>42</sup>

Conforme al esquema del orden jurídico que hemos presentado más arriba, las normas dependientes o inferiores se encuentran sometidas a varias restricciones, que derivan del contenido de las normas condicionantes.

#### Proceso Constituyente

$$(1^*) a_{1,r(p1,m(=n_1 F_2[a_{2,r(p2,m(z = Lx, L\sim x, \sim L\sim x), t, e)])), t, e}$$

Constitución      derechos fundamentales

#### Proceso Legislativo

$$(2^*) a_{2,r(p2,m(=n_2 F_3[a_{3,r(p3,m(w), t, e)](\neq z)), t, e)}$$

Ley

Este esquema presenta el acto constituyente y su producto la norma constitucional  $n_1$ , la cual establece fundamentalmente facultades para la creación de normas por parte de los órganos del Estado. El contenido de estas facultades está representado por los actos  $a_{2,r}$ , los cuales tienen seña-

<sup>41</sup> Navarro (SNDCD. p. 9).

<sup>42</sup> Rodríguez y Sucar (TD. p. 278).

ladas sus dimensiones de realización específicas. También presenta el acto legislativo y su producto, la ley.

En (2) se encuentra representado el proceso legislativo ( $a_{2,r(\dots)}$ ) y su producto la ley  $n_2$ . Esta ley tiene un contenido cualquiera, representado por la letra  $w$  y se indica que este contenido puede estar de acuerdo o en conflicto con el contenido de la Constitución *i.e.*, ( $\pm z$ ). Esto significa, precisamente, que el contenido de las leyes es derrotable, con base en el contenido de la constitución. La razón es muy simple: el contenido de la ley puede ser presentado en la forma de normas condicionales, en donde las consecuencias jurídicas sean las calificativas deónticas de ciertas conductas. Debe hacerse la expansión de esos enunciados deónticos con todas las condiciones implícitas que están establecidas en las normas constitucionales, de manera que *todas las normas de la ley tienen proyectadas en su supuesto o antecedente las condiciones formales o adjetivas y las materiales o sustantivas establecidas en la constitución*, condiciones que de no cumplirse producirán la anulación de la norma legal que califica deónticamente una conducta. Explicitemos este concepto.

### 9.1. Derrotabilidad formal o adjetiva

Aquí debemos hacer una distinción muy importante: me refiero a las normas derrotables de manera formal o adjetiva (*derrotabilidad adjetiva*) y normas derrotables de manera material o sustantiva (*derrotabilidad sustantiva*). Expondremos a continuación el concepto de la derrotabilidad adjetiva.

En nuestro esquema (2) podemos distinguir dos partes esenciales o fundamentales: el conjunto de actos procedimentales creadores de la norma subsecuente

$$(20) a_{2,r(p,m(-),t,e)}$$

y la norma creada por el proceso respectivo, especificada dentro de la dimensión material de realización de los actos del procedimiento

$$(21) a_{2,r(-,m(=)n_2 F_3[a_{3,r(p3,m(w),t,e)](\pm z)},-, -)}$$

\ \ /

norma creada

Analicemos, en primer término, la derrotabilidad formal o adjetiva. Supondremos que se quiere expresar el contenido conjunto de la ley  $w$  por medio de enunciados condicionales  $p \rightarrow X^*q$  (donde  $X^* = \mathbf{O}, \mathbf{P}, \mathbf{Ph}, \mathbf{F}$ ). Si simbolizamos el condicional derrotable como  $p > X^*q$ , entonces el contenido conjunto de la ley, debe propiamente ser representado de la siguiente manera:  $p \cdot a_{2,r} \rightarrow X^*q$

Si suponemos que el proceso legislativo establecido en la Constitución consta de siete etapas, nuestra fórmula del condicional derrotable de manera formal o adjetiva, adquiere la siguiente forma:

$$(22) \quad p \cdot (a_{2,1}() \cdot a_{2,2}() \dots a_{2,7}()) \rightarrow X^*q$$

¿Qué acontece si alguno de los elementos de la conjunción que está entre paréntesis, que representa los siete actos integrantes del proceso legislativo en la Constitución mexicana de 1917, es irregular, *i.e.*, si no se corresponde con lo previsto por la Constitución que los establece como partes integrantes del procedimiento legislativo? Convierte al condicional puro en un condicional derrotable. Cada uno de estos actos puede ejecutarse de manera irregular. La realización irregular de cualquiera de estos actos es un elemento que derrota el condicional  $p \rightarrow X^*q$ . En realidad, existen  $2^7-1$  casos de irregularidad, en el ejemplo del proceso legislativo mexicano, si se toma cada uno de los actos mencionados como unitarios, teniendo que cumplir un sólo requisito para su validez.  $2^n$  con  $n=7$  es el número de casos posibles, *i.e.*, 128 casos posibles. Uno de ellos cumple con todos los actos del proceso, por lo que no es un caso de irregularidad, mientras que los demás casos representan alguna irregularidad, *i.e.*, 127 casos. Por ello, el contenido de la ley creada puede representarse así:

$$(23) \quad p \cdot (a_{2,1} \cdot a_{2,2} \dots a_{2,7}) \rightarrow X^*q$$

lo cual significa que el enunciado condicional que describe el contenido de una ley es derrotable, en caso de que alguna de las condiciones adicionales se ejecute irregularmente, lo que significa que la ley contiene condiciones implícitas consistentes en la realización regular de los actos integrantes de su proceso de creación. Es importante indicar que este es el sentido de las normas constitucionales y legales que forman un orden normativo. La norma condicionante realiza dos funciones estrechamente conectadas entre sí que es conveniente señalar en este lugar:

Uno, establece los actos creadores de las normas subsecuentes, los cuales tienen especificadas sus dimensiones de realización, de entre los cuales es de especial importancia la dimensión material, pues ella contiene el sentido jurídico de los actos;

Dos, constituye el criterio con base en el cual se determinan las posibles irregulares en la realización de esos actos del proceso de creación de la o las normas. Esta es la característica definicional de las normas que establecen facultades, conforme al criterio de Bulygin de las normas de competencia.

La primera función puede denominarse *función reguladora de los actos de creación normativa*; la segunda *función del criterio de regularidad de los actos de creación normativa*.

Importa destacar que la expansión de  $p$ , *i.e.*,  $fp = a_{2,1} \cdot a_{2,2} \dots a_{2,7}$  generalmente es conocida en abstracto, por el contenido de la Constitución, pero la irregularidad concreta realizada permanece siendo una incógnita, pues habrá que determinarla específicamente a través de otro procedimiento jurídico. Por ello, es conveniente representar los elementos que podrían derrotar el condicional descriptivo del contenido de la ley de la siguiente manera:

$$(24) \quad p_i \cdot (a_{2,1} \cdot a_{2,2} \dots a_{2,7})(?) \rightarrow X^*q$$

en donde el signo de interrogación está precisamente por esa indeterminación. En realidad la norma condicionante contiene los criterios de irregularidad, *i.e.*, los criterios que permitirán la construcción de los condicionales derrotables de las normas condicionadas. Toda norma de la ley creada contiene la *cláusula implícita* siguiente:

$$(25) \quad f_{\text{reg}}p = a_{2,1} \cdot a_{2,2} \dots a_{2,7}(?)^{43}$$

Una manera general de presentar esta *cláusula implícita de la derrotabilidad* sería la siguiente:

$$(26) \quad p \cdot \sim(\sim a_{2,r} \vee \sim a_{2,r} \dots \sim a_{2,n})(?) \rightarrow X^*q$$

en donde  $X^*$  esta por los operadores P, O, Ph y F. El signo de interrogación que aparece a continuación de los elementos que pueden derrotar el condicional tiene el siguiente significado: estos elementos que derrotan el condicional están implícitos en él y no los concebimos como “dados”, sino que siempre son problemáticos en el sentido de que deberán ser probados ante un órgano público y ser establecidos de manera positiva.

## 9.2. Derrotabilidad material o sustantiva

Pero  $\sim z$ , como  $\sim a_{i,r}$ , es una irregularidad, por lo que cualquier condicional normativo que lo contenga es derrotable, en tanto admite la anulabilidad de esos condicionales para el caso de exista alguna irregularidad en la ley en relación con el contenido de la constitución. En este caso, estamos en presencia de una inconstitucionalidad material. Por tanto,

$p \cdot (\sim z) \rightarrow \sim(X^*q)$ , *i.e.*, el condicional normativo es derrotable y esto quiere decir, es anulable, como veremos más adelante. Aceptemos provisoriamente que el esquema inmediatamente anterior expresa la derrotabilidad del condicional normativo.  $\sim(X^*q)$  representa la derrotabilidad y deberá ser explicitada posteriormente como anulabilidad. Si queremos presentar de manera conjunta los elementos implícitos que pueden derrotar, tanto adjeti-

<sup>43</sup> Ya Hart había observado que las reglas jurídicas pueden concluir con la expresión “a menos que...”. Hart (CD. p. 174).

va como substantivamente, los condicionales normativos, tendremos lo siguiente (los elementos entre paréntesis derrotan al condicional normativo):

$$(27) \quad p \cdot (\sim z \vee \sim a_{2,r}) \rightarrow \sim(X*q), \text{ con } r = 1, 2, 3 \dots n.$$

Por ello, siguiendo el mismo método que hemos presentado con anterioridad, debemos indicar en nuestro esquema general de un condicional derrotable (29) que describe una norma legal, los elementos materiales que lo derrotarán:

$$(28) \quad p \cdot \{[\sim(Lx, L\sim x, \sim L\sim x)] \vee [\sim a_{2,1} \vee \sim a_{2,2} \dots \sim a_{2,7}]\} (?) \rightarrow \sim(X*q)$$

Expresado lo anterior en palabras, este esquema representa que el enunciado que describe una norma cualquiera que bajo cierta condición establece como obligatoria (permitida, prohibida o facultada) una cierta conducta  $p \rightarrow X*q$ , es derrotable cuando se pueda llegar a comprobar que existió alguna irregularidad en el proceso de su creación (irregularidad adjetiva o procesal) ( $\sim a_{2,1} \vee \sim a_{2,2} \dots \sim a_{2,7}$ ) o tiene un contenido que se encuentra en contradicción con las determinaciones constitucionales que lo determinan de manera necesaria, excluida o potestativa (irregularidad material o sustantiva)  $\sim z (= \sim(Lx, L\sim x, \sim L\sim x))$

De igual manera debe procederse tratándose de las demás etapas del orden jurídico, tal como aparece en el esquema, en donde la derrotabilidad de las normas condicionadas va complicándose, en virtud de que los condicionamientos materiales y formales van incrementándose en número y complejidad. Las normas condicionantes establecen los criterios de derrotabilidad de las normas condicionadas, tanto con carácter material o substancial como procesal o adjetivo.

La derrotabilidad de las normas condicionadas significa la irregularidad de los actos de su producción o de su contenido con el que la norma condicionante determina. Las condiciones de verdad de los enunciados jurídicos derrotables tienen que tener una base positiva, es decir, un enunciado que describe una norma como un condicional derrotable, para ser verdadero tiene que poder verificarse que se ha determinado positivamente la irregularidad y decidido (positivamente) su nulidad.

### 9.3. La derrotabilidad como anulación condicionada.

Debemos ahora explicar el significado jurídico de la derrotabilidad de una norma  $n_j$ . La derrotabilidad de un condicional normativo significa que la norma puede ser anulada por parte del órgano competente, cuando ante éste, en el procedimiento correspondiente, se ha demostrado la existencia de uno o varios de los elementos que derrotan al condicional normativo. La anulación de una norma, según lo expuesto, consiste en la fijación posi-

tiva de la fecha final  $ff$  del ámbito temporal de la norma, *fijación que está condicionada por los elementos que derrotan al condicional normativo*. La derrotabilidad de una norma es su nulificación positiva por existir alguna irregularidad en los elementos que constituyen la expansión del antecedente del condicional normativo.

En (22) establecimos lo anterior de la siguiente manera:

$$(29) \quad n_j F_{nul} = n_j(a_{i+1}(p, m(= n_{k(p,m,t(-,c^* \rightarrow ff),e)}), t, e))$$

La norma  $n_k$  designada por el condicional derrotable que expresa su sentido, es nulificada cuando se establece la fecha final de su ámbito temporal de validez  $n_k(p,m,t(-,c^* \rightarrow ff),e)$ . En otros términos expresado, todo lo que se ha expuesto sobre la *derrotabilidad no es otra cosa que la explicitación de las condiciones  $c^*$  que deben establecerse positivamente para que se establezca la fecha final  $ff$  del ámbito temporal de validez de la norma  $n_k$  en cuestión*. Por lo tanto, sintetizando (22) con (28) obtenemos la descripción de la norma que nulifica positivamente a otra:

$$(30) \quad n_j(a_{i+1}(p,m(=n_k(p,m(=w \bullet (z \bullet a_{2,r}) \rightarrow X^*q),t(fi,(\sim z \vee \sim a_{2,r}) \rightarrow ff),e)),t,e))$$

Para facilitar la lectura y entendimiento de (31) debe observarse que, en primer término, existe una norma  $n_j$  que establece los actos creadores de otra norma  $a_{i+1}(p, m(= n_k), t, e)$ . En el esquema se establecen los ámbitos de validez de la norma creada  $n_k$ ; nos interesa destacar la estructura interna de su ámbito material de validez  $m = w \bullet (z \bullet a_{2,r}) \rightarrow X^*q$ . Esta norma tiene la forma canónica que hemos usado en este ensayo. Adicionalmente, en esta norma  $n_k$  se analiza su ámbito temporal de validez  $t$ , que tiene la siguiente forma:

$t(fi,(\sim z \vee \sim a_{2,r}) \rightarrow ff)$ , que muestra la fijación, de manera condicional, de la fecha final  $ff$  de validez de la norma porque se ha establecido que se han dado ciertos supuestos de irregularidad, *i.e.*,  $(\sim z \vee \sim a_{2,r})$ . Esto significa que la norma  $n_k$  ha sido derrotada de manera positiva por el acto  $a_{i+1}$ .<sup>44</sup> Por otra parte, en relación con la dimensión personal de realización del acto nulificador de la norma, existe una problemática importantísima, que no es el caso exponer en este lugar. Al respecto debe consultarse, por su gran utilidad y

<sup>44</sup> En Kelsen (TGE) de 1925 me encontré, como acontece en todas las obras clásicas, el siguiente párrafo, con el cual concuerdo íntegramente: “También la nulidad ha de ser “jurídica”, es decir, establecida en un procedimiento ordenado por el Derecho. El orden jurídico no puede enlazar la nulidad de un acto sino a un juicio de nulidad, expresado en un acto jurídico *ad hoc*; pues cuando el orden jurídico determina que un acto debe ser nulo bajo ciertas condiciones, tiene que determinar también quién ha de decidir acerca de si dichas condiciones existen y si, por tanto, ha de seguirse la nulidad. (p. 360) Igualmente dice Alexy con gran claridad: “El incumplimiento de una norma de competencia no conduce a la ilicitud, sino a la nulidad o a la deficiencia del acto”. Alexy (TDF. p. 233).

profundidad, el capítulo 41 de la TGE de Kelsen denominado “Posición del órgano en la jerarquía del orden estatal”. (pp. 370-385)

Entonces, debemos presentar la siguiente tesis: como las normas condicionantes o superiores están presentes de manera implícita en las normas condicionadas o inferiores, *el sentido todo del orden normativo es la derrotabilidad de sus normas por la operancia en las normas expresadas de manera condicional de los contenidos y requisitos establecidos en las normas condicionantes*. Las normas condicionantes están proyectadas implícitamente en las normas condicionadas o subsecuentes, lo que las hace derrotables. Toda norma condicionada o subsecuente tiene, entonces, la siguiente forma:  $p > X^*q$  en la medida en que establece  $p$  como condición necesaria y no como condición suficiente de la consecuencia  $X^*q$ . Las normas condicionantes operan como reglas que permiten la expansión de  $p$ . Entonces, si queremos presentar las expansiones adjetivas y sustantivas de una ley para expresar a la norma de manera completa, encontramos un esquema como el siguiente:

$$(31) \quad p \cdot (a_{2,r} \cdot z) \rightarrow X^*q$$

en donde el contenido de la ley no contradice las condiciones adjetivas ( $a_{2,r}$ ) y sustantivas ( $z$ ) establecidas en las normas condicionantes, por ejemplo, de la constitución. El condicional normativo es inderrotable. Cualquiera de las negaciones de las condiciones adjetivas o sustantivas, *i.e.*, cualquier clase de irregularidad establecida positivamente tiene por consecuencia el establecimiento positivo de la fecha final del ámbito temporal de validez de la norma en cuestión, lo que es equivalente a la anulación de la norma.

Estos conceptos deben hacerse transitar por todas las etapas del orden jurídico. Nos hemos constreñido al análisis de la forma en que operan en las relaciones entre la constitución y una ley. Las mismas relaciones se presentan entre la ley y los reglamentos o entre éstos dos y las resoluciones administrativas o las sentencias, de modo que la norma condicional inderrotable de una ley que tiene la forma  $p \cdot n_1(a_{1,r} \cdot z_k) \rightarrow X^*q$ , se convierte en la siguiente en las etapas subsiguientes en un condicional normativo más complicado que tiene la siguiente forma:

$$(32) \quad p \cdot_{\text{const}}(a_{2,r} \cdot z_k) \cdot_{\text{ley}}(a_{3,r} \cdot z_{k+1}) \cdot_{\text{regl}}(a_{4,r} \cdot z_{k+2}) \rightarrow X^*q$$

con lo que se quiere expresar que los actos procesales y la determinación del contenido de la norma condicionada se encuentran ajustados a las normas que los instituyen. Por ejemplo,  $_{\text{const}}(a_{2,r} \cdot z_k)$  significa que en la constitución están establecidos tanto el contenido de la ley  $z_k$  como el procedimiento de su creación  $a_{2,r}$  y existe regularidad en ambos.

Una última observación: puede hacerse caso omiso de  $n_i(a_{i,r} \bullet z_k)$  y convertir en inderrotable la norma condicional  $p \rightarrow X^*q$ ; con ello, se disuelve el orden normativo, no se permite que las normas condicionantes lleven a cabo su función específica y, por tanto, se genera un nuevo orden, si la norma en cuestión se convierte en un elemento que puede derrotar a las normas condicionadas subsiguientes. Entonces, se habrá establecido una revolución, la cual es más probable en la medida en que se hagan intervenir elementos de derrotabilidad que no tienen carácter de normatividad positiva: moralidad, iusnaturalismo, posiciones políticas o económicas, etc. .

En resumen, bajo una concepción estrictamente positivista del orden jurídico, en este ensayo se ha afirmado la tesis de la derrotabilidad de las normas jurídicas condicionales debido a que las normas condicionantes o superiores se encuentran proyectadas en el antecedente del condicional normativo como elementos que lo derrotan. Por ello, un conjunto de normas forma un orden, una unidad, si las normas condicionantes funcionan como elementos que derrotan a las normas condicionadas. Además, la derrotabilidad de las normas jurídicas condicionadas debe cumplir con el requisito de la positividad y consiste en la anulación positiva de aquellas normas en las que aparece una irregularidad formal o substancial.

## 10. Conclusiones

En este ensayo hemos intentado hacer una reconstrucción de algunos de los conceptos, los más importantes y fundamentales, es decir, primarios, que pueden derivarse del concepto de la Facultad. Para ello, hemos hecho uso de las dos interiorizaciones semánticas de las implicaturas que pueden obtenerse del modelo del mandato, con lo que puede hacerse una reconstrucción conceptual de las tesis contenidas en las partes de la obra de Kelsen que denomina *Nomoestática* y *Nomodínámica*. En especial, el concepto de la Facultad permite comprender de manera unitaria las funciones de la Dinámica jurídica, es decir, de las fuentes del Derecho y de la *autopoiesis* del mismo. Esto nos permitió exponer una representación de la estructura del orden jurídico positivo del Estado moderno. Se analizaron los conceptos de la derogación y de la nulidad, así como el de la derrotabilidad adjetiva o procesal y sustantiva, el que se encuentra íntimamente relacionado con la anulabilidad condicionada de las normas.

Debido a la extensión del trabajo se omitió la exposición de otros conceptos jurídicos secundarios o derivados, como los de la identidad del Estado y el Derecho, los órganos del Estado, la posición de éstos en la jerarquía del orden jurídico, la separación de poderes y las formas de Estado, entre otros. Toda teoría que se construya sobre las normas de competencia debe estar en la posibilidad de ofrecer una solución a todos estos temas de la teoría jurídica.



## Bibliografía

- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio. **CEN** *La Concepción Expresiva de las Normas* en “Análisis Lógico y Derecho”. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1991.
- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio. **IMCJS**. *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*. Astrea. Buenos Aires.
- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio. **NJ**. “Norma giuridica” en *Analisi e Diritto* 1996 a cura P. Comanducci y R. Guastini.
- ALCHOURRÓN, Carlos. **DL** “Sobre Derecho y Lógica” en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 13, Octubre 2000.
- ALEXY, Robert. **TDF** *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1993. Trad. Ernesto Garzón Valdés.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. **PD** *Las Piezas del Derecho. Teoría de los Enunciados Jurídicos*. Ariel. Barcelona. 1996
- AUSTIN, John **LJ** *Lectures of Jurisprudence*. Verlag Detlev Auvermann KG. Glashütten im Taunus. 1972.
- BAYÓN, Juan Carlos. **DIPJ** “Derrotabilidad, Indeterminación del Derecho y Positivismo Jurídico” en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 13, Octubre 2000.
- BENTHAM, Jeremy **LG** *Of Laws in General*. Edited by H. L. A. Hart. The Athlone Press. 1970.
- BULYGIN, Eugenio. **CIL** *Cognition and Interpretation of Law*. 1995.
- COMANDUCCI, Paolo. **KCAT** “Kelsen e la Clausola Alternativa Tacita” en *Assaggi di Metaetica Due*. G. Giappichelli Editore. 1998.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio **HKNF** *Hans Kelsen y la Norma Fundamental*. Marcial Pons. Madrid. 1996.
- GRICE, Paul. **LC** “Logic and Conversation” en *Studies in the Way of Words*. Harvard University Press. 1989.
- GUASTINI, Riccardo. **TDDF** *Teoria e Dogmatica delle Fonti*. A. Giuffré Editore. 1998.
- HART, H.L.A. **CD** *El Concepto del Derecho*. Segunda Edición. Abeledo-Perrot. Buenos aires. 1968. Trad. Genaro R. Carrió.
- HOBBS, Thomas **DFJ** *Diálogo entre un filósofo y un jurista*. Editorial Tecnos. 1992. Trad. Miguel Ángel Rodilla.
- KELSEN, HANS **TPDJA** *Teoría Pura del Derecho y la Jurisprudencia Analítica* en *La Idea del Derecho Natural*. Editorial Losada. Buenos Aires. 1946. Trad. Eduardo R. Coghlan.
- KELSEN, HANS. **TGE** *Teoría General del Estado*. Editorial Labor, S.A. 1934. Trad. Luis Legaz Lacambra.
- KELSEN, HANS. **TPDI** *La Teoría Pura del Derecho. Introducción a la Problemática Científica del Derecho*. Editorial Losada, S.A. Buenos Aires. 1946. Trad. Jorge G. Tejerina.
- KELSEN, HANS. **TGDE** *Teoría General del Derecho y del Estado*. Imprenta Universitaria. México. 1949. Trad. Eduardo García Maynez.

- KELSEN, Hans. **D** Derogation en *Essays in Legal and Moral Philosophy* editados por Ota Weinberger. D. Reidel Publishing Company. 1973.
- KELSEN, Hans. **TPD2** *Teoría Pura del Derecho*. UNAM. México. 1979. Trad. Roberto J. Vernengo.
- KELSEN, Hans. **ATN** *Allgemeine Theorie der Normen*. Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung. Wien. 1979.
- KELSEN, Hans. **QAJ** *¿Qué es un Acto Jurídico?*. Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. No. 4. Abril 1996.
- MENDONCA, D, MORESO, J. J. y NAVARRO, P. **INC** “Intorno alle Norme de Competenza” en *Analisi e Diritto*. 1995, a cura di Paolo Comanducci y Ricardo Guastini.
- MORESO, José Juan. **IDIC** *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1997.
- NAVARRO, Pablo. **SND CD** “Sistemas Normativos, Derrotabilidad y Conocimiento del Derecho” en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 13, Octubre 2000.
- NAVARRO, Pablo y RODRÍGUEZ, Jorge. **DSNJ** “Derrotabilidad y Sistematización de Normas Jurídicas” en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 13, Octubre 2000.
- OLIVECRONA, Karl. **LF** *Law as Fact*. Stevens & Sons, 1971. London.
- RODRÍGUEZ, Jorge L. y SUCAR, Germán. **TD** “Las Trampas de la Derrotabilidad. Niveles de Análisis de la Indeterminación del Derecho” en *Analisi e Diritto*. 1998.
- RUITER, Dick W. P. **ILF** *Institutional Legal Facts. Legal Powers and their Effects*. Kluwer Academic Publishers. 1993.
- SCHMILL, Ulises. **RPCDS** “Reconstrucción Pragmática del Concepto del Deber Ser (*Sollen*)” en *Teoría del Derecho y Conceptos Dogmáticos*. UNAM. 1987.
- SCHMILL, Ulises. **DAAT** *La Derogación y la Anulación como Modalidades del Ambiente Temporal de Validez de las Normas Jurídicas*. Doxa 19. 1996.
- SCHMILL, Ulises. **IPC** “Introducción” a *Problemas Captales de la Teoría Jurídica del Estado* de Hans Kelsen. Editorial Porrúa, S.A. México. 1987.
- SCHMILL, Ulises. **RPTD** *Reconstrucción Pragmática de la Teoría del Derecho*. Editorial Themis. México. 1997.
- SCHMILL, Ulises. **DON** “The Dynamic Order of Norms, Empowerment and Related Concepts” en *Law and Philosophy* 19. 2000.
- SCHMILL, Ulises **CCI** *Condiciones Conductistas de las Implicaturas*. Dianoia. Anuario de Filosofía. XXXIII. 1987. UNAM y FCE. México.
- TAMAYO, Rolando. **TMRM** *Thales de Mileto vs Resto del Mundo*. Isonomía. Abril. 2001, No. 14.
- VON WRIGHT, Henrik. **C** ‘Conditionality’ en *Six Essays in Philosophical Logic*, p. 23, Acta Philosophica Fennica, volumen 60 (Helsinki: Academic Bookstore, 1966)
- VON WRIGHT, Henrik **NA** *Norma y Acción*. Trad. P. García Ferrero. Tecnos, Madrid. 1979.
- WEBER, Max **CS** *Critique of Stammler*, The Free Press. New York. 1977. Trad. Guy Oakes.
- WEBER, Max. **ES** *Economía y Sociedad*. Fondo de Cultura Económica. México. 1981.



**DOXA 25 (2002)**

---