

Los enfoques sobre la competencia de Alf Ross

*Alejandro Daniel Calzetta**

RESUMEN

Alf Ross fue uno de los filósofos del derecho más importantes del siglo pasado. Debido a ello no se puede dudar que él haya hecho más de una contribución interesante al problema de las normas de competencia. Sin embargo, hay muy poca bibliografía respecto del tema. Es la intención del presente trabajo el reparar ese descuido mediante el análisis crítico de los dos enfoques de la competencia que Ross ofreció en dos de sus obras más importantes: Sobre el Derecho y la Justicia y Directives and Norms para luego ofrecer un balance de ambas teorías.

Ross – normas de competencia – obligaciones indirectas – reglas constitutivas

Alf Ross' two approaches to legal competence

ABSTRACT

Alf Ross was one of the most relevant legal philosophers of the past century. Because of that it can hardly be doubted that he has made an important contribution to the problem of norms of competence (or power-conferring norms). Notwithstanding this fact there are very few works on the matter. It is the purpose of the present work to mend that oversight through the critical analysis of Ross' two approaches to the matter in two of his most important works: On Law and Justice and Directives and Norms, in order to then offer a judgement of both theories.

Ross – norms of competence – indirect duties – constitutive rules

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Doctor en Filosofía del Derecho y Bioética Jurídica, *Università degli Studi di Genova*, Italia. Profesor de Teoría del Derecho, Universidad Alberto Hurtado. Correo electrónico: calzetta2009@gmail.com.

Artículo recibido el 6.9.2016 y aceptado para su publicación en este número el 5.1.2018.

INTRODUCCIÓN

El propósito del presente trabajo es más bien modesto. El mismo pretende limitarse a la reconstrucción y crítica de los enfoques acerca de la competencia que Alf Ross desarrolló en dos de sus trabajos más importantes: *Sobre el Derecho y la Justicia* (SD&J)¹ y *Directives and Norms* (D&N)².

El porqué del trabajo no es tan modesto. Pretende llenar un vacío. Con la excepción de Jordi Ferrer³, como veremos más adelante, son pocos los trabajos que analizan la competencia en Ross. La mayor parte de dichos trabajos se limitan a SD&J ignorando por completo a D&N, lo que creo que es una carencia importante. D&N es el primer trabajo en donde se afirma de manera clara una teoría de las normas de competencia como normas constitutivas, teoría que hoy, gracias a Bulygin, es la teoría dominante⁴.

Esto último, a mi juicio, hace del análisis de D&N un paso necesario en un posible desarrollo ulterior de una genealogía de la concepción de las normas de competencia como normas constitutivas. Eso sin mencionar que hay en D&N otros elementos interesantes que una teoría de las normas de competencia podría aprovechar.

Para eso es necesario proceder de la siguiente manera: en primer lugar, se hará una reconstrucción del primer enfoque respecto de la competencia de Alf Ross, el que fue presentado en SD&J y será luego críticamente analizado.

En segundo lugar se procederá a una reconstrucción del segundo enfoque pertinente a la competencia de Ross, presentado en 1968 en D&N, para luego pasar a un análisis crítico del mismo.

Finalmente se concluirá con un balance de ambas teorías.

I. PRIMER ENFOQUE DE ROSS

1. *La competencia en Sobre el Derecho y la Justicia*

La concepción que Ross tiene acerca de las normas de competencia (y de las normas en general) es bastante clara desde el comienzo mismo de SD&J⁵. Apenas comenzado el segundo capítulo del trabajo encontramos lo siguiente

¹ Ross, Alf, *Sobre el Derecho y la Justicia*, 3ra. edición (2005), segunda reimpresión, EUDEBA, Buenos Aires, 2011.

² Ross, Alf, *Directives and Norms*, Humanities Press, New York, 1968 (reimpreso por The Lawbook Exchange, 2009).

³ Ferrer Beltrán, Jordi, *Normas de Competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000.

⁴ Cf. Bulygin, Eugenio, "Sobre las normas de competencia", en Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Análisis Lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

⁵ Ross, Alf, *Sobre el Derecho y la Justicia*, 3ra. edición (2005), segunda reimpresión, EUDEBA, Buenos Aires, 2011.

“Las normas jurídicas pueden ser divididas en dos grupos, según su contenido inmediato: normas de conducta y normas de competencia. El primer grupo incluye aquellas normas que prescriben una cierta línea de acción. Por ejemplo, la regla de la Ley Uniforme de Instrumentos Negociables, Sección 62, que prescribe que el aceptante de un instrumento negociable queda obligado a pagarlo de acuerdo con el tenor de la aceptación. El segundo grupo contiene aquellas normas que crean una competencia (poder, autoridad). Ellas son directivas que disponen que las normas que se creen de conformidad con un modo establecido de procedimiento serán consideradas normas de conducta. Una norma de competencia es, así, una norma de conducta indirectamente expresada. Las normas de la Constitución referentes a la legislatura, por ejemplo, son normas que prescriben comportamiento de acuerdo con las ulteriores normas de conducta que sean sancionadas por vía legislativa”⁶.

De esto podemos sacar las siguientes conclusiones preliminares: i) la división entre normas de conducta y normas de competencia en SD&J es solo aparente, a pesar de su contenido inmediato; ii) en realidad el derecho para este Ross está compuesto solo por normas de conducta; iii) sin embargo esto no quiere decir que todas las normas de conducta sean idénticas; iv) hay al menos dos tipos de normas de conducta: aquellas que determinan directamente la conducta que un sujeto debe realizar, como la Sección 62 de la ley citada por Ross; v) y aquellas que determinan indirectamente la conducta que un sujeto debe realizar, como las normas constitucionales referidas a la legislación que Ross menciona. Dichas normas determinan que uno debe obedecer a las normas de conducta creadas por una autoridad X que siga un procedimiento Y establecido por el derecho vigente en un lugar Z; vi) Es decir, que este tipo de normas, a fijar un procedimiento, le están ordenando a los sujetos de derecho de acatar aquello que se produzca siguiendo ese mismo procedimiento; vii) *Ergo*, las “normas de competencia” son una subclase de normas de conducta que, en vez de imponer directamente el deber de realizar una conducta, lo imponen indirectamente⁷.

La pregunta ahora es a quién se le imponen estos deberes, sean directos o indirectos. Como se verá, Ross sigue muy de cerca a Kelsen al considerar que las normas de conducta (es decir, las normas) tienen como destinatarios a los jueces que deben aplicarlas, no al común de la población.

Acerca de las normas de conducta en general, y siguiendo con su ejemplo de la Sección 62 de la ley citada, Ross afirma que solo aparentemente se dirigen al común de la población y que interpretarla en ese sentido hace de la norma algo totalmente irrelevante. Dicha norma es, en realidad, una directiva a los jueces que les impone el realizar determinada conducta en los casos en que una situación de hecho sea subsumida en las circunstancias que la norma en cuestión determina. Ross llega al punto de afirmar

⁶ SD&J, pp. 58-59. Las cursivas son mías.

⁷ Cf también, Hierro, Liborio, *El Realismo Jurídico Escandinavo. Una teoría empirista del derecho*, 2da. edición, Iustel, Madrid, 2009, pp. 204 y ss.

que “Una medida legislativa que no contenga directivas para los tribunales solo puede ser considerada como un pronunciamiento ideológico-moral sin relevancia jurídica”⁸.

Dicho de otra manera, una norma que no contenga instrucción alguna a los jueces es el equivalente de decirle a la población ¡*Pórtense bien!* Eso puede ser un buen consejo, pero si al juez no se le dice qué es lo que debe hacer con un sujeto que se portó mal, entonces no hay mucho que este pueda hacer y probablemente el consejo no sea muy eficaz.

Ross continúa argumentando que, siempre y cuando una norma contenga al menos una directiva dirigida a los jueces, no es necesario que la misma contenga instrucción alguna dirigida a los particulares.

Esto es así porque la directiva a los particulares viene implícita en saber qué es lo que uno puede esperar por parte de los jueces, producidas ciertas condiciones, al comportarse de ciertas maneras. Si uno quiere evitar tal cosa conviene, entonces, comportarse de tal manera de no producir dichas reacciones por parte de los funcionarios.

De esto se desprende que la directiva a los particulares se podría llegar a entender como un tipo especial de implicatura dada por el contexto formado por las directivas que le son dirigidas, directa o indirectamente, a los jueces⁹.

Esta es, después de todo, la estructura gramatical que parecen tener muchas normas, sobre todo las penales. Veamos, a modo de ejemplo, el artículo 79 del Código Penal argentino. El mismo dice “Se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro siempre que en este código no se estableciere otra pena”. ¿A quién parece que está dirigido este enunciado directivo (para usar la terminología de Ross¹⁰)? ¿Al particular? No lo parece.

⁸ SD&J, p. 59.

⁹ Para la noción de implicatura cf. Grice, Paul, “Logic and Conversation”, en su *Studies in the Way of Words*, Harvard University Press, Cambridge, Mss, 1989, pp. 22-40. La implicatura en Grice es de tipo conversacional y no es totalmente claro que la noción puede aplicarse al derecho. Sin embargo, si bien el derecho no es un fenómeno conversacional, el mismo sí es un fenómeno discursivo y una forma de usar el lenguaje que guarda cierta analogía con el uso conversacional. Ambos son medios para comunicar cosas. A base de esto creo que es posible desarrollar y aplicar una noción de implicatura que pueda aplicarse al derecho. Marmor trata de, parcialmente, hacer esto mismo. Cf. Marmor, Andrei, “Can the Law Imply More Than It Says? On Some Pragmatic Aspects of Strategic Speech”, en *Philosophical Foundations of Language in the Law* (editado por Marmor, Andrei & Soames, Scott), OUP, pp. 83-104. Obviamente la noción precisa de más desarrollo, pero el mismo escapa a los alcances de este trabajo. Algunos análisis interesantes acerca de la noción de implicatura se pueden encontrar en Marconi, Diego, *La Filosofía del Linguaggio. Da Frege ai giorni nostri*, UTET, 1999, pp. 83-86; Penco, Carlo, *Introduzione alla filosofia del linguaggio*, Editori Laterza, 2010 (sexta edición), pp. 129-142; Sbisà, Marina, *Detto non detto. Le forme della comunicazione implicita*, Editori Laterza, 2010 (segunda edición), pp. 92-203 (probablemente este sea el texto más importante, luego del de Grice, de los que cita esta nota); Soames, Scott, *Philosophical Analysis in the Twentieth Century. Volumen 2. The Age of Meaning*, Princeton University Press, 2003, pp. 200-216; Soames, Scott, *Philosophy of Language*, Princeton University Press, 2010, pp. 145-147.

¹⁰ Ross usa continuamente el término “directiva”, en SD&J, pero no llega a definirlo del todo. La definición exacta del mismo recién verá la luz con D&N, en 1968, junto con las razones de por qué, para Ross, es preferible hablar de lenguaje directivo y lenguaje indicativo en vez de lenguaje prescriptivo y lenguaje descriptivo. A tal fin, cf. Ross, Alf, *Directives and Norms*, Humanities Press, New York, 1968 (reimpreso por The Lawbook Exchange, 2009), pp. 7-77. Hay edición castellana de este libro, extrañamente titulada *Lógica de*

Una lectura, aunque esta sea parcial, del mismo parece indicar que lo que el enunciado hace es indicarle a un funcionario qué es lo que debe hacer con un sujeto que haya matado a otro. El funcionario, en este caso, debe i) imponer una sanción que se ubique en una escala que va de los 8 a los 25 años; ii) la que puede ser de prisión o de reclusión (conceptos definidos en otros artículos); iii) siempre y cuando para el mismo caso no se prevea una pena distinta.

No hay nada en este enunciado que uno pueda decir que vaya dirigido al particular. Lo único que se puede decir es que este sabe que no debe¹¹ matar personas porque, si lo hace, es muy probable que un juez le imponga una pena de 8 a 25 años de prisión o reclusión (eso suponiendo que no haya agravantes ni atenuantes)¹².

A pesar de que la “conversación” sea entre el legislador y el juez, esto no quita que dicha “conversación” genere un contexto en el que los particulares, que no formarían parte directamente de la “conversación”, sean partícipes indirectos de la misma. Son partícipes en el sentido que “escuchan” la “conversación” llevada a cabo por legisladores

las Normas (Editorial Tecnos, Madrid, 1971). El libro toca aspectos muy relevantes de lógica deóntica y discute bastante con la obra de Von Wright, pero su contenido no se limita solo a eso. Casi la mitad del volumen consiste en definir detalladamente qué se entiende por lenguaje y uso directivo y lenguaje y uso indicativo.

¹¹ “Debe” en sentido “débil” o, mejor aún, técnico, pues no hay operador deóntico en juego aquí. Al que formalmente, en este enfoque, se le ordenan cosas es al juez, no al particular. La forma más correcta de expresar esta idea de “deber” sería decir algo como que al particular *no le conviene matar porque...* De esto se sigue que, en Ross, este “deber” del particular no es una prescripción. Es casi el producto de reglas técnicas en el sentido de Von Wright (cf. Von Wright, G. H., *Norm and Action. A Logical Inquiry*, Routledge, 1963, pp. 9-11), ya que lo que hace es establecer los pasos a seguir para producir un resultado. En este caso un resultado negativo: *no ser sancionado*. Vale aclarar que esto es así porque para el Ross de SD&J la norma de conducta no le dice absolutamente nada al particular. Las directivas son al juez. En vista de eso el particular solo puede inferir la conducta “debida” vía implicatura y esta bien podría ser interpretada por el particular de dos maneras: i) como un deber jurídico, similar a la norma secundaria de Kelsen, que le establezca el deber de realizar o abstenerse categóricamente de una acción determinada (“prohibido matar” o “prohibido robar”, por ejemplo); ii) como una suerte de regla técnica que le indique cuáles son los pasos necesarios para alcanzar el fin “no ser sancionado por el juez”. De esta última manera, que es de hecho la manera en que muchos particulares interpretan las normas jurídicas (cualquiera que haya ejercido la profesión de abogado no puede no notar este hecho), se puede configurar lo que di en llamar “deber débil” o “técnico”. En sí mismos, estos “deberes” no son tales, pues como se dijo no hay operadores deónticos en juego, no hay conductas que sean calificadas como obligatorias, prohibidas, permitidas o facultativas. Meramente se indican pasos necesarios para alcanzar un fin determinado. Lo interesante del caso es que, a pesar de no haber deberes en juego, el particular suele describir la conducta que debe realizar en términos de deberes. “Entonces, para que no me sancionen *tengo que hacer x, y, z ¿entendí bien?*”, son preguntas que escuchan los abogados todos los días y que parecen encerrar algún tipo de noción de deber, no una noción cierta o categórica como la que representan los operadores deónticos y quizá la misma sea producto de una confusión por parte del hablante entre las nociones de deber y necesidad causada por lo impreciso de los lenguajes naturales. Sea como sea, el sujeto que hace preguntas como la citada suele interpretar las normas como deberes técnicos.

¹² Esta caracterización del deber técnico guarda estrecha relación con el concepto de las normas de conducta que tenía Adolfo Ravà. Este autor sostenía que todas las normas de conducta eran normas de tipo técnico, anticipándose en mucho a Von Wright y a Ross mismo. En su teoría una norma que penase el homicidio es, en realidad, una norma que establece cuáles son los medios que uno debe seguir si es que uno busca evitar un resultado negativo como el descrito en la nota precedente, esto es no ser sancionado. Cf. Ravà, Adolfo, *Il diritto come norma tecnica*, Dessi, Cagliari, 1911.

y jueces y de la misma extraen algunas consecuencias que son o pueden ser interpretadas como mandatos u órdenes. Por ejemplo, del ya mencionado artículo 79 del Código Penal argentino, que le dice al juez que debe castigar a aquellos que cometan homicidio, extraen la conclusión que ellos, los particulares, no deben matar. Interpretan este hecho como un deber, no disímil a las normas secundarias en Kelsen, las que son deducciones hechas por el particular en virtud del contenido de una norma primaria.

Este deber es el resultado de la implicancia de que el legislador le “diga” al juez que debe hacer tal o cual cosa. Es, para citar a Sbisà, lo “dicho no dicho”, que en este caso es el deber de abstenerse de realizar tal o cual cosa bajo amenaza de sanción.

Siguiendo con la argumentación Ross afirma¹³ que la sentencia del juez es la base de la ejecución (uno supone de la conducta debida de acuerdo con las directivas) y que, cualquiera sea la forma que la misma asuma, esta constituye el uso potencial de la fuerza física contra quien no quiera acatar la sentencia¹⁴.

En cuanto a las normas de competencia Ross dice expresamente que *las mismas se pueden reducir a normas de conducta y, por ende, también tienen que ser interpretadas como directivas para los tribunales*¹⁵, por lo que hay que entender que, cuando estas normas imponen indirectamente la obligación de cumplir con lo que resulte de seguir un procedimiento establecido para X, o tratar a ese resultado como norma de conducta (directa), dicha prescripción va dirigida nuevamente a los tribunales y el particular, vía implicatura, sabe que debe cumplir con ese producto (o tratarlo como trata a las normas de conducta directa) si es que no quiere ser —probablemente— sancionado por el juez.

En lo relativo a la identificación de las normas de competencia Ross sostiene que, en esos casos, la identificación se produce por medio de la doctrina del mismo modo en que esta identifica las reglas de derecho *vigente* en una comunidad determinada. La doctrina lo que produce son aserciones, proposiciones normativas, y como tales susceptibles de verdad o falsedad.

Al afirmar, por ejemplo, que el ya citado artículo 79 del código penal argentino es derecho vigente en ese país no solo se estaría afirmando que existe una formulación normativa, emitida por el Parlamento en cumplimiento de ciertas formalidades, llamada “artículo 79 del Código Penal argentino”, y que la misma expresa determinado contenido directivo. Si no que, además, se estaría afirmando que es muy probable que en casos en que un sujeto mate a otro un juez le aplique a dicho sujeto una pena de 8 a 25 de años de prisión o reclusión, siempre y cuando no haya prevista otra pena en el derecho vigente.

Este es el medio por el que se identifican las normas de conducta (directa) para Ross. Determinando la probabilidad de que los jueces apliquen una norma de conducta (directa).

¹³ SD&J, p. 60.

¹⁴ Compárese con Bentham y cómo todo el fenómeno jurídico en dicho autor queda reducido al uso de la fuerza *de hecho* (poder de constricción), incluso la competencia (poder de imperación). Cf. Bentham, Jeremy, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence* (Philip Schofield, Ed.), OUP, 2010, pp. 42-54.

¹⁵ SD&J, p. 60.

La identificación de las normas de competencia sigue por carriles similares. Ross afirma que *el contenido real del enunciado que dice que las reglas constitucionales referentes al poder legislativo son derecho vigente, es una predicción de que las normas de conducta creadas por la legislatura de acuerdo con la Constitución, serán aplicadas por los tribunales*¹⁶. No hay una diferencia real a la hora de identificar ambas reglas de conducta, directa o indirecta.

Al menos no la hay siempre y cuando las normas de competencia respeten ciertas condiciones¹⁷, las que nos dicen algo acerca de cómo son o al menos cómo deberían ser estas normas de conducta indirecta.

La primera de ellas es que las normas de competencia tengan como efecto la anulabilidad. Así las cosas, los jueces solo tienen el deber de aplicar las reglas de conducta que hayan sido creadas vía el procedimiento establecido en las normas de competencia. Las normas que hayan sido creadas sin cumplir con esas formalidades son nulas o anulables y no deben ser aplicadas por los jueces.

Ross agrega a este punto que la anulabilidad es la regla en los casos de las normas producidas por particulares (contratos, testamentos) y por la administración pública (ordenanzas, resoluciones, decretos). En cambio, este no siempre es el caso de las normas producidas por el poder legislativo. La anulabilidad o no de las normas producidas por el legislativo depende de si hay órganos especiales al efecto (como el tribunal constitucional italiano o el español) o si la misma facultad está al alcance de cualquier juez, sin importar el rango (como en Argentina y Estados Unidos).

La otra condición que menciona Ross es que, independientemente de si la anulabilidad es efecto o no de la norma de competencia, la misma tenga como efecto el contraer responsabilidad. A saber: que en caso de excesos en el ejercicio de la competencia un juez (ordinario, especial, eso poco importa para Ross) tenga el deber de sancionar al sujeto que cometa dicho exceso. Por ejemplo, la Constitución argentina establece en su artículo 99, inciso tercero, las condiciones bajo las cuales el Presidente de la Nación puede realizar actos de tipo legislativo, los llamados decretos de necesidad y urgencia. Los mismos, bajo ninguna circunstancia, pueden ser *normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos*. De producirse un decreto de necesidad y urgencia en materia tributaria, por ejemplo, estaríamos ante un exceso de la competencia por parte del Presidente y el acto no solo es nulo, sino que, además, debería conllevar una sanción.

Si una norma de competencia no conlleva ninguno de estos dos efectos, entonces, la misma no se puede considerar una norma de conducta que indirectamente le imponga nada a los tribunales. No sería una norma de competencia. Ross considera que hay disposiciones de ese tipo, por lo general en las constituciones, pero como las mismas no son normas de conducta ni directa ni indirectamente, entonces, uno no puede considerarlas como parte del derecho vigente. Eso es así porque no es posible interpretar dichas disposiciones de modo que expresen directiva alguna. A lo sumo pueden ser consideradas

¹⁶ SD&J, p. 78.

¹⁷ SD&J, pp. 78-79.

parte del orden jurídico debido a su carga ideológico-moral, que es la misma que la del derecho vigente. Sea como sea Ross considera que el punto es meramente terminológico y que carece de importancia. Lo menciono solo porque el mismo denota que para Ross los miembros “legítimos” de un sistema jurídico son solo las normas de conducta (directas e indirectas) que los tribunales puedan llegar a aplicar. Todo el resto del contenido posible de un sistema jurídico, que Ross relega a algunas pocas disposiciones constitucionales, no son miembros “reales” del sistema porque no es susceptible de causar efectos ni de leerse desde una óptica directiva.

2. *Discusión de las normas de competencia como normas de conducta indirectas en Sobre el Derecho y la Justicia y sus similitudes con el enfoque de Kelsen*

Desde ya lo primero que debe decirse, a mi juicio, es que el enfoque que Ross presenta en SD&J es muy similar, y probablemente tributario, al de Kelsen. En ambos autores las normas de competencia son normas que establecen indirectamente obligaciones y en ambos casos dichas obligaciones parecen ser el comportarse como lo prescribe la norma creada por el agente competente.

Hay, de todas formas, dos diferencias importantes entre ambos enfoques. En primer lugar, la clase de las normas de competencia en SD&J no está compuesta por un número indeterminado de fragmentos de norma, como sí lo está en el caso de Kelsen. La norma de competencia de SD&J parece ser un enunciado directivo que se basta a sí mismo y que manda indirectamente a ciertos sujetos a hacer ciertas cosas.

En segundo lugar, el deber de comportarse de la forma en que lo prescribe la norma creada por el agente competente tiene un fundamento distinto que en Kelsen. En Kelsen el deber de comportarse como la norma creada en ejercicio de la competencia está basado, en última instancia, en la fuerza obligatoria o vinculante que surge de la Grundnorm trascendental presupuesta por la ciencia jurídica.

En Ross es distinto. Si bien él no lo expresa directamente, el fundamento de la obligatoriedad de las normas de conducta, directas e indirectas por igual, no parecería ser nada semejante. Para Ross la obligatoriedad de las normas se basa en lo que cito a continuación

{...} un orden jurídico nacional, considerado como un sistema vigente de normas, puede ser definido como el conjunto de normas que efectivamente operan en el espíritu del juez, porque este las vive como socialmente obligatorias y por eso las obedece¹⁸.

Si bien expresiones como sostener que las normas operan en el espíritu de Mengano y que Fulano vive las normas como X son decididamente poco felices no creo que queden dudas de que es lo que Ross quiere decir con esto. Las normas en sí mismas no son obligatorias. Si uno quiere ser estricto en realidad no hay nada en el mundo de lo

¹⁸ SD&J, p. 61.

que pueda predicarse que sea “obligatorio”. Lo que sucede es que el destinatario de las normas, el juez, por alguna razón las *considera* obligatorias y actúa en consecuencia. La obligatoriedad queda reducida a un hecho psicológico, lo que, como explicación, parece mucho más plausible que postular cosas tan extrañas como fuerzas trascendentales o hechos que por sí mismos generen deberes. El punto central no es si una cosa genera obligaciones o no sino si su destinatario cree que ese es el caso. Con que crea y acepte una supuesta obligatoriedad es más que suficiente, ya que actuará en consecuencia.

¿Cuál sería la razón por la que el juez, en este caso, considere que las normas son obligatorias? La respuesta a esa pregunta poco importa, si es que importa en absoluto. No es relevante porque el juez cree que algo es obligatorio. Puede creer que la norma es moralmente justa, puede aceptarla como tal porque sabe que de no aplicarla no le pagan su salario, porque no quiere ser sancionado por otros jueces, etc. Esos son motivos personales del juez y son incognoscibles, incluso al juez mismo. Lo relevante es el hecho que cree en la obligatoriedad, no por qué cree. La respuesta al “¿por qué?” es algo que, creo, le corresponde a la psicología, no a la teoría del derecho. A esta solo le basta relevar qué es lo que se cree.

II. EL SEGUNDO ENFOQUE DE ROSS

1. *La competencia en Directives and Norms*

La concepción de la competencia que Ross ofrece en D&N es, por lo general, considerada como un cambio radical o de abandono con la concepción que el mismo autor sostuvo en SD&J¹⁹. Ferrer Beltrán disiente con esta postura y considera que, más que en conflicto, ambas tesis se complementan y que uno encuentra indicios en SD&J de lo que diez años más tarde será la postura que Ross defiende en D&N²⁰.

Antes de hacer una valoración en este sentido es necesario ver qué noción de competencia se maneja en D&N.

A saber:

*Competence is the legally established ability to create legal norms (or legal effects) through and in accordance with enunciations to this effect. Competence is a special case of power. Power exists when a person is able to bring about, through his acts, desired legal effects*²¹.

De esto podemos sacar algunas conclusiones provisionarias: i) hay poder cuando un sujeto puede, mediante la realización de ciertos actos, causar ciertos efectos; ii) en un contexto jurídico los actos que se deben realizar son actos jurídicos y los efectos que se

¹⁹ Cf. Ferrer Beltrán, Jordi, *Normas de Competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000, p. 86.

²⁰ Cf. Ferrer Beltrán, *op. cit.*, pp. 89-97.

²¹ D&N, p. 130.

consiguen son efectos jurídicos; iii) “competencia” es el nombre que se le da al poder (entendido como en i)) en contextos jurídicos; iv) la función de la competencia es la de crear normas jurídicas y causar efectos jurídicos pero eso no se realiza de cualquier manera; v) las normas jurídicas deben crearse (y los efectos jurídicos deben causarse) de acuerdo con lo que establecen ciertos enunciados al efecto. Estos enunciados determinan quién detenta el poder (la competencia) y de qué modo la misma debe ejercerse.

Dichos enunciados son para Ross normas y los llama *normas de competencia*. Las mismas tienen como función establecer las condiciones necesarias²² para el ejercicio de esta capacidad jurídicamente establecida.

Las condiciones necesarias de la competencia, según D&N, caen en tres grupos:

- i) Competencia personal: se prescribe quién es la persona (o personas) calificada para realizar actos que creen una norma jurídica.
- ii) Competencia procedimental: se prescribe el procedimiento a seguir para poder crear normas jurídicas. Dentro de estas condiciones uno, por lo general, encuentra una que prescribe cómo es que la norma creada debe ser comunicada a los sujetos de la misma. Básicamente cómo es que la misma se promulga²³.
- iii) Competencia sustancial: establece las condiciones que prescriben (o delimitan) el alcance posible de la norma creada en relación con el sujeto de la misma, la situación y la temática.

Estas normas de competencia se ejercen, según Ross, mediante la comisión de actos jurídicos en los casos de derecho público y mediante declaraciones dispositivas en los casos de derecho privado. Ejemplos indistintos de los mismos son los testamentos, las sentencias, licencias administrativas, leyes en sentido formal, etcétera.

Un acto jurídico, continúa Ross²⁴, es como un movimiento en el ajedrez. Es un acto humano que nadie puede realizar como ejercicio de sus facultades naturales. Actos como el enroque entre la torre y el rey son actos que conceptualmente dependen de reglas. Las normas de competencia son reglas en el mismo sentido que las reglas del ajedrez y de cualquier otro juego. Los actos producidos en virtud de las mismas dependen conceptualmente de estas. Las normas de competencia son, entonces, reglas constitutivas²⁵, ya que estas, fijando las condiciones necesarias ya reseñadas, hacen posible la existencia de ciertos actos dentro de cierto contexto determinado.

Es por ello que Ross afirma que

²² *Ibidem*.

²³ Más que una provisión especial del procedimiento creador de normas la promulgación suele ser el último paso del procedimiento mismo. Es solo con la promulgación de la norma jurídica que podemos decir que la misma ha sido creada. Cf. LF2, pp. 95-96.

²⁴ D&N, p. 130-131.

²⁵ D&N, p. 131.

*Since a norm of competence prescribes the conditions for the creation of a norm it is a tautology to say that if an attempt is made to exercise competence **ultra vires** (outside the scope of the competence) no legal norm is created. This is expressed by saying that the intended act-in-the-law is invalid or that non-compliance with a norm of competence results in its invalidity²⁶.*

Esto parece que le resulta tan evidente a Ross que hasta semeja percibirse cierto fastidio de su parte en tener que explicar que, debido a que la noción de “contrato” (por decir algo) es conceptualmente dependiente de las normas de competencia que regulan su creación, no seguir esas reglas da como resultado un contrato nulo o anulable.

Ross considera que es necesario distinguir el poder o competencia de una persona respecto de i) la libertad *–intra vires–* de ejercer como le plazca los poderes que esta persona pueda tener; ii) el deber de ejercer la competencia de determinada manera.

Ross considera que, de existir un deber tal, el mismo se debe a la existencia de una norma de conducta que lo regule, no a una norma de competencia. Para el fenómeno de la producción normativa cae bajo la esfera de dos normas: normas de competencia que constituyen al competente, el procedimiento que este debe seguir y delimitan el alcance de la competencia, y normas de conducta que regulan el ejercicio de dicha competencia, las que no son normas de competencia para Ross.

Violar la norma de conducta que regula el ejercicio de la competencia no tiene, para Ross, consecuencia alguna sobre el acto jurídico producido en ejercicio de la competencia otorgada por la norma constitutiva de competencia. Es decir, que la violación de la norma de conducta no causa nulidad alguna.

Lo que se sigue de violar esta norma de conducta es que el infractor contrae responsabilidad, del mismo modo en que la violación a cualquier obligación jurídica conlleva responsabilidad.

Lo que causa la nulidad es la realización de un acto por un sujeto al que ninguna norma de competencia le atribuye potestades.

La interacción entre estos dos tipos de normas que regulan la producción jurídica es, para Ross, muy importante en la práctica jurídica. Sobre todo en lo que respecta a la limitación de la competencia. La misma no se les asigna a los particulares ni a los agentes del Estado para que la ejerzan como mejor les parezca. Se asigna competencia solo de acuerdo con reglas ya establecidas o de acuerdo con principios generales presupuestos, los que ponen límites al ejercicio. Excederlos implica una responsabilidad civil o penal.

El problema resulta en que no siempre es sencillo distinguir entre una norma de competencia y una norma de conducta que regula el ejercicio de la misma.

En palabras de Ross

If the law were always carefully prepared and precisely drafted it would not be difficult to decide whether a given rule were intended as a norm of competence (resulting in invalidity) or as a norm of conduct regulating the exercise of this power (resulting in liability). But

²⁶ D&N, p. 131.

unfortunately such is not always the case. If, for example, a statute empowers the President of the Board of Trade to regulate the import of some commodities after previous submission of the matter to the Minister for Agriculture, it is not clear whether the required submission is intended as a restriction of competence with the result that such regulation is invalid if the submission is not made, or whether it is intended only as an obligation prescribed in a norm of conduct with the consequence that the President of the Board of Trade incurs a liability if he has not made the submission. This is a question of interpretation to be decided by the usual methods²⁷.

El problema no parece ser tanto el no poder manejar la distinción como el hecho del descuido del legislador al usarla de manera tal que no quede claro qué es lo que se pretende hacer, si conferir poder o regular su uso. Ese es un problema conjunto, tanto de las limitaciones personales del agente que crea la norma como de los lenguajes naturales. En algunos casos el descuido por parte del legislador, sumado a las características propias de los lenguajes naturales, produce las confusiones relevadas por Ross. Esto no afecta en sí a la tesis de Ross, lo que sí causa es un problema de hecho: no saber si decretar una nulidad o aplicar una sanción.

Podríamos encontrarnos aquí ante un falso problema planteado por Ross, porque si la norma no impone sanción entonces estaríamos ante un *flatus vocis*. Si Ross creyese que las normas prescriptivas son necesariamente normas que imponen sanciones, entonces, sí sería un falso problema. La cuestión es que, por lo visto en el texto, esto no parece ser así, al menos en D&N. Las normas prescriptivas para Ross regulan, determinan, si una conducta es debida o no, pero no parecen *necesariamente* imponer sanciones. Es posible que una prescripción determine si una conducta es considerada como obligatoria o prohibida sin imponer sanción alguna, dejando esa tarea a algo similar a lo que Bentham llamaba una norma sancionatoria independiente de la prescripción²⁸.

De acuerdo con Ross, las normas de competencia pueden dividirse en dos grandes conjuntos, diferentes en su contenido y en la función que cada uno cumple en la vida pública, sobre todo en los grados de sujeción que ambos generan.

El primero de estos conjuntos está compuesto por las normas de competencia que crean el poder que llamamos *autonomía privada* y se caracteriza porque crean, en la esfera personal, competencia para todo individuo adulto (salvo las clases de sujetos a las que expresamente se les limita la competencia –como los insanos– o directamente no se les concede –como los esclavos–). Esta competencia se encuentra limitada (a todos los respetos, dice Ross) al hecho de si el sujeto competente es capaz de contraer responsabilidad y de disponer de situaciones que conciernan sus propios derechos. Cuando dos o más sujetos logran coordinar sus respectivas esferas de autonomía privada es cuando estos pueden “legislar” mediante el medio del contrato, al menos hasta donde sus mutuas relaciones

²⁷ D&N, p. 131-132.

²⁸ Cf. Bentham, Jeremy, *op. cit.*, pp. 142-160, donde se discute la cuestión de la “fuerza de una norma” (parte de lo que hoy llamaríamos “normatividad”), el rol de la sanción y las normas sancionatorias.

lo permitan (no podrían, por ejemplo, contratar en manera alguna afectando los derechos de un tercero ajeno a la relación. No podrían enajenar sus bienes, ni tampoco contratar para que una de las partes firmantes asesine al tercer sujeto).

Esta competencia, por lo general, no conlleva el deber de usarla. El ejercicio de la misma suele ser, en la generalidad de los casos, facultativo.

El sujeto competente puede decidir si la usa o no, según su criterio, siempre y cuando ese ejercicio no viole una norma de conducta. Como vimos eso lo haría susceptible de ser tenido como responsable y podría ser sancionado en consecuencia.

Para Ross la función social de este tipo de competencia es la de permitirle a los individuos el forjar sus propias relaciones jurídicas, de acuerdo con sus propios intereses y dentro del marco de lo que el sistema jurídico prescribe. Este poder en sí, dice Ross, en relación con un objeto en particular no constituye un “derecho” en sí mismo. Es parte de un derecho transferible. Si un sujeto X le transfiere un derecho a un sujeto Y este pierde dicho poder y el titular del mismo pasa a ser Y.

En resumen, la competencia que surge de las normas de autonomía privada constituyen un poder i) incalificado, ya que todo sujeto (en principio) lo tiene; ii) autónomo, porque el sujeto competente lo utiliza para someterse él mismo a lo que otro dispone; iii) discrecional, debido a que por lo general es facultativo. Uno contrata, testa, contrae matrimonio, etc., si le parece. No responde a un deber; iv) transferible, a causa de que uno puede otorgarle dicho poder a un tercero, con la consecuencia de perderlo por tiempo indefinido.

El otro conjunto de normas de competencia está compuesto por aquellas que constituyen la competencia que denominamos *autoridad pública*²⁹. La misma se define, en contraposición a la autonomía privada, en crear competencia para sujetos calificados. Calificación que se obtiene en virtud de lo que establecen normas del sistema jurídico. Por ejemplo para ser Presidente de la Nación Argentina hay que cumplir con los siguientes requisitos: i) haber nacido en el territorio de la Nación Argentina; ii) en caso de haber nacido en territorio no argentino, ser hijo de ciudadano nativo de Argentina; iii) cumplir con los requisitos para ser Senador de la Nación, a saber, a) tener un mínimo de 30 años de edad; b) haber sido por seis años ciudadano de la Nación; c) disfrutar de una renta anual de dos mil pesos fuertes, o su equivalente; d) ser natural de la provincia que lo elige senador, o tener al menos dos años de residencia inmediata en ella.

Estas condiciones para acceder a la presidencia de Argentina vienen fijadas por dos artículos constitucionales, el 89 y el 55, respectivamente. No toda persona reúne todos esos requisitos. La calificación, si bien es amplia, dista de ser universal.

Otro rasgo central de la autoridad pública es que la misma vincula a otros sujetos sin que estos participen de la creación de las normas que los vinculan. Es el caso del dictado de leyes formales, sentencias judiciales, resoluciones administrativas, etc. Es un ejercicio en autoridad por parte del Estado por medio de sus funcionarios. Esto también lo hace impersonal, a diferencia de los casos de autonomía privada como los contratos

²⁹ D&N, p. 133.

y los testamentos. Y es por ello que el ejercicio de la competencia de autoridad pública está, por lo general, vinculada para Ross con el cumplimiento de un deber, y cuando se lo utiliza (siempre según Ross) el mismo *se debe ejercer* desprejuiciada e imparcialmente (lo que, claro está, no quiere decir que de hecho se ejerza de esa manera).

Este deber está más allá del mero deber moral (suponiendo que exista tal cosa); el mismo se encuentra rodeado de varios controles y sujeto a responsabilidades claras, y por tanto a sanciones claras, y su función social es servir a los intereses de la comunidad, el llamado y misterioso “bien común”.

La autoridad pública, como tal, no es parte de derecho alguno y por esta razón no es transferible³⁰. Sin embargo puede ser delegada por un funcionario a otro, ya sea en todo (temporalmente) o en sus partes (la generalidad de los casos), hecho ya relevado por Bentham en 1782 al hablar del poder de imperación del soberano y la delegación de porciones del mismo entre sus funcionarios y el común de las personas³¹.

En resumen, la competencia que surge de las normas de autoridad pública constituyen un poder i) calificado, hay que cumplir con ciertos requisitos legales para poder ejercerlo; ii) heterónimo, el mismo se utiliza para vincular a sujetos que no participan de la creación de la norma de conducta en cuestión; iii) de interés público, el mismo se ejerce en pos de lograr el “bien común”; iv) no transferible, el ejercicio del mismo constituye un deber por parte del sujeto competente.

La distinción entre estos dos tipos de competencia no es solo fundamental para entender de qué formas los sujetos pueden quedar sometidos a diversas normas de conducta.

Para Ross, además, estas dos nociones son la base de la distinción entre derecho público y privado, ya que podemos decir que el derecho público es aquel que se ocupa del estatus jurídico de las autoridades públicas y el privado es aquel que se ocupa del estatus jurídico de los ciudadanos que viven bajo determinado sistema jurídico³².

Queda solo considerar las modalidades de inmunidad e incompetencia para cerrar el cuadro. Las mismas, como su nombre lo indica, son modalidades negativas, por lo que ambas vienen definidas en contraposición a la sujeción y a la competencia, respectivamente.

Un sujeto es jurídicamente inmune cuando el mismo esta fuera del alcance de la competencia de otro sujeto, es decir, cuando no puede ser jurídicamente “sometido” por este.

A su vez un sujeto es jurídicamente incompetente cuando no puede “someter” jurídicamente a otro sujeto ni a sí mismo. Cuando carece de autoridad pública o de autonomía privada según el caso y la circunstancia.

³⁰ Cito, a modo de ejemplo, el siguiente artículo de la Ley N° 19.549 (de Procedimiento Administrativo) de la Nación Argentina: *ARTÍCULO 3.- La competencia de los órganos administrativos será la que resulte, según los casos, de la Constitución Nacional, de las leyes y de los reglamentos dictados en su consecuencia. Su ejercicio constituye una obligación de la autoridad o del órgano correspondiente y es improrrogable, a menos que la delegación o sustitución estuvieren expresamente autorizadas; la avocación será procedente a menos que una norma expresa disponga lo contrario.* La negrita es mía.

³¹ Es claro que en Bentham no parece haber una distinción tan tajante como la que Ross hace entre autonomía privada y autoridad. Cf. Bentham, Jeremy, *op. cit.*

³² D&N, p. 133.

Estas dos modalidades son, además, correlativas entre sí. Un sujeto es jurídicamente inmune ante las pretensiones de un sujeto jurídicamente incompetente. Este último no puede vincular jurídicamente al primero a nada. En principio toda persona es inmune ante el resto, salvo que alguna otra persona tenga una relación jurídica de poder sobre ella³³.

En virtud de ser modalidades negativas es imposible enumerar y nombrar específicamente a las inmunidades. Como se ve todo el mundo es, *in principem*, inmune. Sin embargo, Ross se las arregla para encontrar al menos dos ejemplos: la inmunidad de los embajadores respecto de los tribunales de los países donde ejercen su competencia y la inmunidad de los ciudadanos para con la legislatura en los casos en los que la competencia de esta está limitada.

2. *Algunas cuestiones acerca de las normas de competencia en Directives and Norm*

Las normas de competencia en D&N son reglas constitutivas, así como las reglas de los juegos, y tienen como función establecer las condiciones necesarias para el ejercicio de la competencia.

Dichas condiciones son la competencia personal, la procedimental y la sustancial.

Ahora bien, no parece que una regla constitutiva no pueda ocuparse de la competencia personal. Como regla constitutiva parece que es su función el determinar (“prescribir” en la terminología que usa Ross) al sujeto competente. Sea este un particular o un órgano del aparato estatal.

En este sentido la regla lo que hace es limitarse a definir al competente y a la competencia.

En cambio, es más dudoso que una regla constitutiva pueda, de por sí, regular el procedimiento que debe aplicarse para crear una norma y también parece dudoso que la misma pueda limitar el alcance de la competencia misma del agente.

Las reglas constitutivas se limitan a definir conceptos, en contextos como el jurídico dichos conceptos son como “ley”, “decreto”, “juez”, “contrato”, “diputado”, etc., y en la definición de dichas nociones no se incluye el modo en que i) o se produce el resultado denotado por el término definido; ii) cómo es que el concepto definido (por ejemplo, “diputado”) puede producir los resultados denotados por los conceptos definidos en i).

Ejemplos: i) podemos intentar definir “contrato” como un acuerdo libre entre dos o más personas con el propósito de cambiar bienes y servicios en pos de una prestación y que no se puede romper salvo por circunstancias puntuales.

Nada en la definición, la que es bastante genérica pero que no me parece objetable, dice cómo es que se llega a dicho acuerdo, qué tipos de acuerdos son posibles y cuáles no, si hay formalidades especiales o no, etc. Difícil sería encontrar una definición de “contrato”, tanto en un diccionario como en un texto de doctrina, que nos diga qué pasos hay que realizar para producir contratos. Esto es así porque la definición permite un sinnúmero de instancias distintas del concepto, una variedad casi infinita de contratos

³³ D&N, p. 133.

posibles. Compraventa, mutuos, locación, comodato, garaje, transporte, etc. Incluso (coloquialmente, por supuesto) la definición permite contratos jurídicamente no válidos, como el de asesinato o el de prostitución.

La regla lo que se limita a hacer es a definir un concepto, pero un concepto que para poder ser aplicado necesita de reglas subsidiarias que posibiliten la aplicación. Pretender que la definición determine los medios de producción de todo lo anteriormente mencionado es pedirle más de lo que la misma puede dar.

ii) Lo mismo se aplica para conceptos como “diputado”. Podemos definir a este término como una persona que tiene como función el participar en la creación de normas jurídicas en el contexto de un Parlamento (o similar) y en representación de la población de un distrito determinado.

La definición de seguro tiene sus problemas, pero creo que cubre bastante bien lo que damos en llamar “diputado”. Ahora bien, la definición de un concepto como “diputado” nada dice de cómo este participa en la creación de normas jurídicas. No determina qué procedimiento debe seguir para crear dichas normas, ni si hay más de un procedimiento (en más de un sistema jurídico hay una pluralidad de procedimientos distintos según el tipo de norma que se pretenda crear). Estamos ante el mismo caso que i). La regla constitutiva define el concepto, pero el mismo no puede aplicarse sin una batería de reglas subsidiarias que posibiliten tal aplicación.

Estas reglas subsidiarias a las que me refiero son aquellas que se ocupan tanto de la competencia procedimental como de la sustancial. Las reglas procedimentales son subsidiarias porque son aquellas que, al establecer cuáles son los pasos a seguir para producir un resultado válido dentro del contexto de referencia, son las que posibilitan la aplicación del concepto.

Las sustanciales, que en algunos casos parecerían ser normas de conducta (porque establecen prohibiciones) y en otros casos son normas jerárquicamente superiores, son las que determinan el alcance de la competencia mediante la definición de la incompetencia del agente.

Son normas que, por el hecho de estar posicionadas en una escala jerárquica superior a las normas producidas por el ejercicio de la competencia, el agente no puede contradecir o son normas que establecen sanciones ante determinados usos de la competencia, usos que debido a ello se vuelven ilegítimos.

Ninguno de estos dos tipos de reglas subsidiarias define la competencia, por el contrario, las mismas presuponen a la norma que define la competencia personal.

Estas reglas subsidiarias ¿son normas de competencia? Depende. La respuesta a esta pregunta solo tiene sentido según como definamos “competencia”. Si en nuestra definición lo único relevante es la atribución de la competencia entonces con las normas que determinan la competencia personal nos basta para hablar de normas de competencia, por más que con este dejemos fuera del enfoque todo lo relacionado con el ejercicio de la misma y, quizá, a la incompetencia misma.

En cambio, si nuestra idea de “competencia” va más allá de la atribución e incluye el ejercicio de la misma y sus límites, entonces deberíamos considerar a estas reglas

subsidiarias como normas de competencia. Conceptualmente dependientes de aquellas que regulan la competencia personal. Sí, pero normas de competencia lo mismo.

Parecería que, en vista de la definición dada en D&N, Ross toma partido por una noción amplia de la competencia, que va de la atribución al ejercicio de la misma.

Tal definición sostiene que: *Competence is the legally established ability to create legal norms (or legal effects) through and in accordance with enunciations to this effect*³⁴. Como se puede ver, el procedimiento y el cumplimiento del mismo parecen ser centrales en el concepto de competencia que Ross maneja en D&N. Por tanto su idea de la competencia va de la atribución al ejercicio de la misma³⁵. Vimos, además, que Ross sostiene que es función de las normas de competencia determinar el alcance personal, procedimental y sustancial de la misma. El ejercicio de la competencia y sus límites caen dentro de lo que él pretende explicar.

Si esto es así entonces Ross erra al sostener que las normas de competencia son reglas constitutivas. Debió decir que las normas de competencia *que determinan la competencia personal* son reglas constitutivas. Las normas de competencia que determinan la competencia procedimental y sustancial serán reglas de otro tipo, pero no por ello dejarían de ser normas de competencia.

Ross está comprometido con una teoría no unitaria de las normas de competencia y la definición que da de las mismas es incoherente con este planteo, ya que define a estas normas unitariamente. Todas son reglas constitutivas, a pesar de los problemas que esto le causa. Ross, en D&N, trata de hacer que las reglas constitutivas realicen más trabajo que el que pueden llevar a cabo. Si Ross quiere mantener la relevancia tanto del enfoque procedimental como sustancial tiene que adoptar una teoría no unitaria de las normas de competencia.

Por otra parte, se debería rever la distinción tajante que Ross hace entre normas de competencia y normas de conducta y admitir la posibilidad de normas de conducta que sean, a su vez, un tipo de normas de competencia, en el sentido que modulan deónticamente la competencia conferida por las normas que determinan la competencia personal.

Hay normas de conducta que se refieren a hechos naturales o no institucionales y normas de conducta que se refieren solo a hechos institucionales. Las normas que determinan que la competencia que un sujeto tiene para contratar es una facultad, sería una norma de este tipo y funcionaría como una norma de competencia, subsidiaria a aquella que determina la competencia personal, que determine el alcance sustancial de dicha competencia, o al menos determina parte del alcance sustancial de dicha competencia.

¿Quiere decir esto que todas las normas de conducta que se refieran a la competencia son normas de competencia? No, normas de competencia serían aquellas normas de conducta que modulan deónticamente una competencia, así como las que mencionamos en el párrafo anterior o. por ejemplo el artículo 3 de la ley de procedimientos

³⁴ D&N, p. 130. Las negritas son mías.

³⁵ Esto, aunque no fuera dicho expresamente por Ross, podría inferirse por el modo en que trata la nulidad. El resultado válido es solo aquel que sigue el procedimiento fijado, de lo contrario no hay resultado y se fracasó en el ejercicio de la competencia. Da a entender la importancia que el procedimiento tiene en D&N.

administrativos (N° 19.549) de Argentina, el que reza: *La competencia de los órganos administrativos será la que resulte, según los casos, de la Constitución Nacional, de las leyes y de los reglamentos dictados en su consecuencia. Su ejercicio constituye una obligación de la autoridad o del órgano correspondiente y es improrrogable, a menos que la delegación o sustitución estuvieren expresamente autorizadas; la avocación será procedente a menos que una norma expresa disponga lo contrario.*

Otras normas de conducta, por ejemplo, una que sancione el incumplimiento contractual, no son normas de competencia. Una norma como esa no se refiere en sí al contrato, a su modo de producción o alcance de la competencia para contratar que el sujeto tiene. La misma se refiere a la conducta de un sujeto vinculado a un contrato. No más.

3. *Balace de la teoría (o de las teorías) de Ross*

La opinión generalizada³⁶ es que Ross sostuvo, en distintos períodos, dos tesis distintas respecto de las normas de competencia. Como vimos, estas son una tesis que afirma que las normas de competencia son un tipo especial de normas de conducta, normas que imponen obligaciones indirectas, y una tesis que afirma que las normas de competencia son reglas constitutivas.

Ferrer Beltrán, por su parte, disiente con esta postura³⁷. Él considera que las dos teorías de Ross no son radicalmente incompatibles y que puede encontrarse un modo de conciliar ambas posturas.

Ferrer Beltrán, luego de descartar la posibilidad de una regla que sea a la vez constitutiva y regulativa (debido a que Ross define a las reglas constitutivas en oposición a las normas regulativas), intenta hacer una interpretación en la que las reglas constitutivas de la competencia tengan como una de sus funciones el identificar a las normas de conducta que imponen deberes de manera directa. Esto, según Ferrer Beltrán, permite darle coherencia a todo el pensamiento de Ross acerca del tema.

Independientemente de si la estrategia de Ferrer es exitosa o no mucho, me temo que la misma no es necesaria. No es necesario tratar de conciliar ambas posturas para llegar a un Ross completo y coherente, porque Ross no es incoherente. Él da, en dos períodos distintos, dos teorías distintas concernientes a la competencia. Cada una de ellas internamente coherente. Con sus problemas, como hemos visto, pero coherentes entre sí, pero opuestas.

El problema no es que Ross sea incoherente. Lo que sucedió es que en el período de 15 años que va desde la edición danesa de SF&J hasta D&N Ross cambió de opinión. La única razón por la que se volvería necesaria la compatibilización es si quisiéramos,

³⁶ Cf. Bulygin, Eugenio, "Sobre las normas de competencia", en Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Análisis Lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 491; Mendonca, Daniel, *Introducción al Análisis Normativo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 148; González Lagier, Daniel, *Acción y Norma en G. H. von Wright*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, p. 379.

³⁷ Cf. Ferrer Beltrán, *op. cit.*, pp. 94-97.

como Ferrer, ubicar a Ross en un único grupo: el grupo de aquellos que consideran a las normas de competencia como normas de conducta indirectas o el grupo de aquellos que consideran que las normas de competencia son reglas constitutivas. La estrategia interpretativa de Ferrer tiene como propósito incluir a la teoría de SD&J dentro de la teoría de D&N³⁸ para así poder agrupar a Ross junto con los demás autores que sostienen que las normas de competencia son reglas constitutivas³⁹ y poder llegar así a un Ross sin posibles incoherencias.

Sinceramente no veo el problema de ubicar a un autor en ambos grupos cuando este sostuvo, en períodos diferentes, las dos posturas. Lo mismo sucede en el caso de Alchourrón y Bulygin, y Ferrer no tiene problemas en admitir ese hecho. No veo la necesidad de forzar la interpretación particularmente en el caso de Ross.

Esto es así debido a que Ross no pretende en ningún momento que la construcción teórica esbozada en D&N sea una continuación o una aplicación de la teoría cuasikelseniana que él desarrolla en SD&J. En algún sentido, el enfoque de D&N resulta ser una suerte de “barajar y dar de nuevo”. Un intento de formular otra concepción del derecho, basado en los nuevos desarrollos de la filosofía del lenguaje de la época, en particular la teoría de los actos de habla de Austin, el incipiente desarrollo del concepto de regla constitutiva y, por sobre todo, la nueva lógica deóntica de Von Wright. Todo esto puede apreciarse desde el índice mismo del libro. En algún sentido es un trabajo menos “realista” que SD&J, debido a su excesivo interés en los tres ítems mencionados. D&N es un trabajo que trata de precisar puntualmente el concepto de lenguaje directivo y el concepto de norma, y la relación de estos con el derecho tiene un punto de partida diferente a SD&J. Presenta un nuevo enfoque y no una continuación o ampliación de un enfoque anterior.

Es por ello que creo que el intento de Ferrer de tratar de construir un Ross coherente y consistente en el tiempo resulta algo forzado, ya que no hay realmente una continuidad, más allá de las obvias, entre ambos trabajos.

Esto se ve claramente al analizar bien ambas teorías. La teoría que Ross defiende en SD&J es en extremo kelseniana. La gran diferencia radica en el quid de la obligatoriedad para cada autor. En el caso de Kelsen la obligatoriedad radica en cierto hecho trascendental, en el caso de Ross en la creencia (que aparentemente no es necesario justificar) de ciertos sujetos respecto de las normas.

D&N presenta una concepción muy superior y más susceptible de explicar fielmente el fenómeno de la producción normativa, y no solo eso. Es una concepción que no es tributaria principal de una única fuente. D&N es, en gran medida, gran tributaria de dos fuentes principales: Austin y Von Wright, aunque, claro, no son las únicas. El primero por sus avances en el campo de la filosofía del lenguaje, y el segundo por el desarrollo (algunos dirían “descubrimiento” o “invento”) de la lógica deóntica.

³⁸ Cf. Ferrer Beltrán, *op. cit.*, p. 95.

³⁹ Cf. Ferrer Beltrán, *op. cit.*, p. 97.

Es por esto que tratar de sostener una suerte de continuidad teórica entre SD&J y D&N es forzar las cosas. Si bien Ferrer logra armar un Ross en algún sentido coherente, esto es así a pesar de Ross mismo, el que no buscaba esta suerte de coherencia, sino más bien lo contrario: buscaba recomenzar o reformular su concepción del derecho.

En lo que respecta a las normas de competencia, el problema de D&N es el mantener una concepción unitaria de las normas de competencia, la que no puede realizar todo lo que Ross le impone. Fuera de estas consideraciones, las observaciones de Ross acerca de los aspectos personales, procedimentales y sustanciales, así como la distinción entre la competencia pública y privada y las modalidades de la competencia, hacen del mismo uno de los autores más completos en este tema desde Bentham. En cualquier intento de reconstrucción del fenómeno de la competencia uno puede ignorar D&N solo a su cuenta y riesgo.

Esto no quita lo dicho precedentemente. Una teoría que pueda dar cuenta de manera completa de las normas de competencia debería considerar la posibilidad de que estas sean normas de más de un tipo, y estar abiertos a la posibilidad de que dichas normas no sean solo normas que regulen o concedan potestades, sino que sean normas que también tengan por objeto el ejercicio de dichas potestades, tales como las mencionadas al final de la sección precedente.

BIBLIOGRAFÍA

- BENTHAM, Jeremy, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence* (Philip Schofield, Ed.), OUP, 2010.
- BULYGIN, Eugenio, "Sobre las normas de competencia", en Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Análisis Lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- FERRER Beltrán, Jordi, *Normas de Competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000.
- GONZÁLEZ Lagier, Daniel, *Acción y Norma en G. H. von Wright*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.
- GRICE, Paul, "Logic and Conversation", en su *Studies in the Way of Words*, Harvard University Press, Cambridge, Mass, 1989, pp. 22-40.
- HIERRO, Liborio, *El Realismo Jurídico Escandinavo. Una teoría empirista del derecho*, 2da. edición, Iustel, Madrid, 2009, pp. 204 y ss.
- MARCONI, Diego, *La Filosofía del Linguaggio. Da Frege ai giorni nostri*, UTET, 1999.
- MARMOR, Andrei, "Can the Law Imply More Than It Says? On Some Pragmatic Aspects of Strategic Speech", en *Philosophical Foundations of Language in the Law* (Marmor, Andrei & Soames, Scott, Eds.), OUP, pp. 83-104.
- MENDONCA, Daniel, *Introducción al Análisis Normativo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- PENCO, Carlo, *Introduzione alla filosofia del linguaggio*, Editori Laterza, 2010 (sexta edición).
- RAVÀ, Adolfo, *Il diritto come norma tecnica*, Dessi, Cagliari, 1911.
- ROSS, Alf, *Sobre el Derecho y la Justicia*, 3ra. edición (2005), segunda reimpresión, EUDEBA, Buenos Aires, 2011.

- ROSS, Alf, *Directives and Norms*, Humanities Press, New York, 1968 (reimpreso por The Lawbook Exchange, 2009).
- SBISÀ, Marina, *Detto non detto. Le forme della comunicazione implicita*, Editori Laterza, 2010 (segunda edición).
- SOAMES, Scott, *Philosophical Analysis in the Twentieth Century. Volumen 2. The Age of Meaning*, Princeton University Press, 2003.
- SOAMES, Scott, *Philosophy of Language*, Princeton University Press, 2010.
- VON Wright, G. H., *Norm and Action. A Logical Inquiry*, Routledge, 1963.

