

Cuatro modelos de orden jurídico

María Cristina Redondo*

Resumen

El presente trabajo consta de dos partes. En la primera se reflexiona sobre las reglas de base de un orden jurídico. Estas reglas, de las que depende la identidad del orden, pueden ser vistas como datos internos o externos al mismo y, como mínimo, permiten identificar a la autoridad competente para crear normas jurídicas. Con el fin de establecer a que categoría pertenecen estas reglas de base, en el trabajo se analizan algunas distinciones como aquellas entre normas y metanormas, normas legisladas y consuetudinarias, constitutivas y regulativas. Al respecto se sostiene que las reglas de base de todo orden jurídico efectivamente existente son necesariamente metanormas constitutivas de carácter consuetudinario, y se critica la propuesta de Herbert Hart sobre la regla de reconocimiento. En la segunda parte del trabajo, teniendo en cuenta los diferentes contenidos que las reglas de base pueden tener, se distinguen cuatro tipos o modelos de derecho (y de autoridad). El modelo de autoridad absoluta, el de la autoridad moral, y los modelos correspondientes al estado legislativo y constitucional de derecho. Al mostrar las características de estos distintos tipos de orden jurídico y autoridad se critica la distinción entre autoridad constituyente y constituida y se pone de relieve que toda autoridad, inclusive la suprema, es una autoridad constituida por meta-normas consuetudinarias de base, que no están a disposición de la autoridad misma ni dependen de la decisión o voluntad de ningún individuo en particular.

Palabras claves: Orden jurídico. Metanormas. Autoridad. Normas constitutivas. Normas consuetudinarias.

Abstract

This work is divided into two parts. The first part is about the basic rules of a legal order. These rules, which may be seen as internal or external to the legal order, determine its identity and define the supreme competent authority. In this first part, the article also dwells on several distinctions as those between norms/

* Investigadora del Conicet (Argentina). Professore associato, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Genova (Italia). Email: criredon@botmail.com. Dirección: Istituto Tarello per la Filosofia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Genova, via Balbi 30, 16126 Genova.

metanorms, legislative/customary rules, and constitutive/regulative rules; all with the objective of determining to which of these categories belong the above mentioned basic rules. The conclusion—which goes against Hart’s understanding of the rule of recognition—is that the basic rules of every existent legal order are necessarily constitutive metanorms and have customary nature. The second part of this work takes into account the different possible contents of the basic rules. On this basis, and according to the conception of authority they define, four models of authority and legal order are distinguished: the absolute authority model; the moral one; and the models corresponding to the legislative and constitutional rule of law state. Drawing from the characteristics of these four models of legal order and authority, several considerations are offered in order to criticise the distinction between constitutive and constituted authority. These considerations purport to show that every authority, comprised the supreme one, is a constituted authority, defined by customary metanorms that are beyond the reach of the authorities themselves and do not depend on the decision or will of any particular individual.

Keywords: Legal order. Metanorms. Authority. Constitutive norms. Customary norms.

1. Introducción

En este trabajo intentaré mostrar el contraste existente entre distintos modelos de orden jurídico, y lo haré teniendo en cuenta el modo en que ellos configuran a sus autoridades con competencia suprema. Al identificar estos modelos me interesa analizar, sobre todo, el correspondiente al “estado constitucional de derecho” y la forma en que este se distingue de los restantes. Con tal objetivo en mente, a lo largo del trabajo tomaré en cuenta algunas distinciones muy conocidas en la literatura sobre las normas y los sistemas jurídicos, como son, por ejemplo, las distinciones entre normas/metanormas, normas legisladas/conseutudinarias, y normas constitutivas/regulativas. La reflexión sobre estos conceptos tiene interés por sí misma, pero en este contexto estará orientada a destacar las características de aquellas normas últimas o de base que establecen las condiciones para ser y ejercer autoridad dentro de un orden jurídico.

Es oportuno aclarar que al hablar de la autoridad me refiero ciertamente a aquellos agentes que tienen competencia para introducir cambios en el orden jurídico, pero no solo a ellos. La posición de autoridad es aquella desde la cual se intenta dirigir el comportamiento de otra u otras personas, con la pretensión de excluir la autonomía de las mismas. En otras palabras, la autoridad decide por otros intentando reemplazar su razonamiento práctico al momento de responder a la pregunta sobre cómo se debe actuar. En tal sentido, la autoridad puede ejercerse con objetivos diferentes y, en sentido estricto, su ejercicio no siempre da lugar a modificaciones en el orden jurídico. Por ejemplo, se ejerce obviamente

autoridad cuando mediante una actividad legislativa se crean o derogan normas generales, también cuando mediante una actividad administrativa o de gobierno se llevan adelante políticas públicas o cuando se dictan normas individuales (sentencias). Sin embargo, también ejerce autoridad un policía cuando imparte directivas particulares a los ciudadanos, o cuando ejecuta materialmente órdenes que no se traducen en nuevas órdenes. En otras palabras, una autoridad es tal si tiene competencia para imponer o permitir un curso de acción. Ello, independientemente de que los actos mediante los que ejerce dicha competencia (normalmente el dictado de normas generales o particulares) produzcan cambios en el orden jurídico.

Ahora bien, como acabamos de ver, las autoridades jurídicas pueden ser de distintos tipos: legislativas, ejecutivas, judiciales. Asimismo, las autoridades de un mismo tipo están relacionadas jerárquicamente¹. Consecuentemente, en todo orden habrá una o más autoridades que son supremas en el sentido que: *a*) no están sometidas a ninguna otra autoridad, y toda otra autoridad depende de, o es delegada, de ellas, y *b*) tienen la máxima o más amplia competencia para producir cierto tipo de normas. Esto supone que, por una parte, las decisiones de las autoridades supremas prevalecen respecto de las decisiones de las restantes autoridades de su tipo, y que, por otra parte, cualquier otra autoridad tendrá siempre, cualitativa y cuantitativamente, una competencia más restringida o limitada que la de las autoridades supremas. Una autoridad suprema no puede delegar un tipo o una cantidad de poder que no posee. En tal sentido, los límites de la autoridad suprema son también —*a fortiori*— límites o restricciones de cualquier otra autoridad del orden. Así, el modo en el que el propio orden configure a sus autoridades supremas es fundamental, ya que de esa caracterización dependerán todas las restantes autoridades del orden jurídico.

La primera parte de este trabajo está primordialmente dedicada al análisis de aquellas normas de base que configuran a estas autoridades con competencia suprema dentro de un orden jurídico. La segunda parte está destinada a analizar los distintos modelos de orden jurídico que se pueden identificar según sean las normas de base que efectivamente se acepten en un grupo social.

2. Orden jurídico y criterios de pertenencia²

Asumiré, sin problematizarlo en este contexto, que toda organización estatal está indisolublemente unida a, al menos, un orden jurídico. Tal como han señalado Alchourrón y Bulygin, un orden jurídico puede ser entendido como una

¹ La relación de jerarquía es aquí entendida como una relación de prevalencia o preferencia en caso de conflicto. Al respecto *vid.*, por ejemplo, Ferrer y Rodríguez 2011: 142.

² En este trabajo me referiré indistintamente a “normas” y “reglas”, como así también a “criterios de pertenencia”, “criterios de validez” o “criterios de legalidad”. En este último caso estoy siguiendo a Eugenio Bulygin, quien ciertamente distingue entre criterios de pertenencia de sistemas a un orden y criterios de validez de normas en un sistema pero aun así subraya que los primeros determinan (par-

secuencia temporal de conjuntos de normas que, a su vez, pueden ser concebidos como sistemas³. Y, como ha subrayado Ricardo Caracciolo, un conjunto de elementos constituye un sistema en la medida en que dichos elementos respeten algún tipo de relación que confiera al conjunto una determinada estructura⁴. Dejando de lado las múltiples distinciones con la que este enfoque se compromete, me concentraré exclusivamente en dos características unánimemente reconocidas a todo orden jurídico así entendido. La primera es que ellos tienen carácter dinámico, es decir, todo orden jurídico cambia o se modifica a lo largo del tiempo. Estos cambios se producen mediante la eliminación, sustitución o creación de normas, razón por la cual todo cambio comporta la presencia de un nuevo sistema en la secuencia que conforma el orden jurídico. La segunda característica consiste en que es el propio orden jurídico el que establece quién, y bajo qué condiciones, puede producir un cambio válido⁵. En este sentido, todo orden jurídico prevé ciertos criterios que permiten determinar qué sistemas pertenecen al mismo. La producción o eliminación válida de una norma dan lugar a un nuevo sistema de un orden solo si se respetan las condiciones o criterios definidos por el mismo. Ahora bien, esto significa que, al menos en uno de los sentidos de esta expresión, “los criterios de pertenencia” son metanormas sobre la producción jurídica, *i. e.* normas que, como mínimo, confieren poder a ciertos agentes u órganos (autoridades) para introducir, eliminar o modificar válidamente otras normas⁶.

Conforme a lo dicho, entonces, todo sistema de un orden jurídico vigente cuenta necesariamente con un conjunto de normas últimas (*i. e.* no presuponen otras) entre las cuales habrá algunas metanormas que definen a las autoridades supremas o con mayor jerarquía en dicho orden. Estas metanormas últimas que configuran a las autoridades supremas están ciertamente presentes en el sistema originario puesto que, de lo contrario, este no sería el sistema originario de un orden *dinámico*. Pero están también, en virtud del llamado “principio de supervivencia”, en todos los sistemas sucesivos del mismo orden, mientras no sean sustituidas por otras⁷.

Obviamente, las autoridades supremas definidas por las metanormas últimas del sistema originario pueden delegar competencias, creando así nuevas metanormas sobre la producción jurídica y nuevas autoridades. Es decir, ellas pueden introducir nuevos criterios, subordinados, de pertenencia o legalidad. La introducción, modificación o eliminación de estos criterios subordinados, al igual que la introducción, modificación o eliminación de cualquier otro tipo de norma

cialmente) el contenido de cada sistema y, en tal sentido, funcionan también como criterios de validez de normas en un sistema. Cfr. Bulygin 1991: 265.

³ Vid. Alchourrón y Bulygin 1971. También Bulygin 1991.

⁴ Vid. Caracciolo 1988: 12. También, Caracciolo 1996: 161-176.

⁵ Vid. Kelsen 1960. Se cita la trad. castellana de R. Vernengo 1979: 201-206.

⁶ Con respecto a las metanormas sobre la producción jurídica, a título de ejemplo, *vid.* Hart 1961: 91-95. O bien, Guastini 1999: 308-312. Sobre este punto volveré con detenimiento más adelante.

⁷ Sobre el principio de supervivencia, *vid.* Moreso y Navarro 1992: 125-142.

jurídica, produce un cambio *en* el orden. Sin embargo, una modificación de los criterios últimos de legalidad del cambio, *i. e.* los que configuran a las autoridades supremas, significa una alteración de las condiciones de base en las que se asientan, como se acaba de ver, todas las restantes normas del orden jurídico. Una modificación de este tipo implica no ya un cambio *en* sino un cambio *de* orden jurídico. En otras palabras, la identidad de un orden depende, al menos en parte, de estos criterios últimos que establecen a las autoridades supremas. Cada vez que estemos ante nuevos criterios últimos de legalidad/pertenencia estaremos ante un nuevo orden jurídico⁸.

3. Sobre los criterios últimos de legalidad/validez

Lamentablemente, la afirmación según la cual “todo sistema jurídico prevé algunos criterios últimos de legalidad o validez” es ambigua en más de un sentido⁹. Para detectar una de estas ambigüedades es útil vincular lo dicho hasta aquí con dos distinciones claramente indicadas por Ricardo Caracciolo. Por una parte, aquella entre normas sistemáticas dependientes e independientes;

⁸ Por cuanto se refiere a estas metanormas “últimas” sobre la producción de otras normas es importante advertir que ellas son necesariamente normas generales. Es decir, no confieren competencia a una autoridad u órgano en particular, sino que establecen condiciones abstractas que se deben satisfacer para ser una autoridad u órgano con competencia. Ello es así en virtud de la presuposición conceptual, que no discutiré aquí, de que todo sistema jurídico, además de ser parte de un orden dinámico, es parte de un orden continuo o persistente en el tiempo. Si los criterios de validez últimos se limitasen a conferir competencia a un individuo u órgano en particular, el orden jurídico sería ciertamente dinámico, puesto que la autoridad así establecida tendría competencia para crear nuevas normas y dar lugar a nuevos sistemas. Sin embargo, una vez desaparecido el individuo o el órgano al que la norma individual ha conferido el poder el orden jurídico finalizaría junto con él, visto que, por hipótesis, no existiría una norma general que haga posible identificar, *ex ante*, quién tiene derecho a suceder a esa autoridad. Con respecto al problema de la continuidad del orden jurídico cabe recordar la crítica que Hart formula a Austin señalando la necesidad de una norma general que confiera competencia a la autoridad suprema. Cfr. Hart 1961: 49-76.

⁹ Una ambigüedad fundamental, en la que no me detendré aquí, es la siguiente. Valiéndonos de la distinción trazada por Norberto Bobbio entre quién tiene competencia para decidir, cómo debe hacerlo y sobre qué cosa puede decidir, cabe advertir que al hablar de normas que establecen criterios de validez, en ciertos contextos se hace referencia en modo indiferenciado a toda metanorma que establezca algún tipo de condición para la producción de otras normas, sin discernir entre aquellas que se refieren a “quién” puede hacerlo, “cómo” debe hacerlo, y sobre “qué cosa”. Cuando se adopta esta lectura no cabe discriminar entre reglas de cambio y reglas de reconocimiento, ya que ambos tipos de reglas establecen criterios de validez, *i. e.* condiciones para producir normas válidas. En otros contextos, por el contrario, se distinguen explícitamente las normas que delimitan “quién” tiene competencia para producir normas válidas, de aquellas que establecen otras condiciones de validez sobre cómo y qué cosa se puede ejercer la competencia. En esta segunda lectura sí aparece la distinción entre reglas de cambio, *i. e.* las que confieren competencia a una autoridad y reglas de reconocimiento, *i. e.* las que establecen (otras) condiciones de validez. En síntesis, la expresión “normas que establecen criterios de validez” a veces supone la imposibilidad de distinguir entre reglas de reconocimiento y reglas de cambio, considerándolas como una única categoría; otras veces se refiere solamente a las reglas de reconocimiento, presuponiendo que las reglas que confieren poder a la autoridad, *i. e.* las reglas de cambio, conforman una categoría independiente.

por otra parte, aquella entre criterios de pertenencia sistemáticos y extrasistemáticos.

Si un conjunto de normas constituye un sistema, en él necesariamente existen normas derivadas o dependientes y normas no derivadas o independientes¹⁰. Las primeras pertenecen al sistema en virtud de la satisfacción de criterios internos al propio sistema (criterios sistemáticos). Las segundas pertenecen en virtud de la satisfacción de criterios que son necesariamente externos (criterios extrasistemáticos).

Teniendo esto en cuenta, podemos detectar la ambigüedad a la que aquí me estoy refiriendo. La expresión “criterios últimos de validez” puede referirse a aquellas metanormas sistemáticas últimas₁ en el sistema. Pero también puede referirse a datos últimos₂ externos al sistema, y en virtud de los cuales ciertas normas son normas independientes en el sistema, *i. e.* últimas₁.

Un primer motivo por el cual es importante explicitar esta ambigüedad es que todo sistema jurídico, en virtud de razones diferentes, ha de contar necesariamente con criterios últimos en ambos sentidos. En primer lugar, sea o no parte de un orden dinámico, todo sistema presupone —tal como lo señala Caracciolo— ciertos criterios últimos₂ (extrasistemáticos) de pertenencia. Si así no fuese, la identificación de sus normas conduciría al infinito, o a un círculo vicioso. En segundo lugar, todo sistema jurídico —independientemente de las distinciones propuestas por Caracciolo— presupone ciertos criterios o meta normas últimas₁ (sistemáticas) que, como mínimo, establecen quién es la autoridad competente para producir nuevas normas jurídicas, de lo contrario, dicho sistema no sería parte de un orden dinámico.

Consecuentemente, en todo sistema jurídico cabe distinguir dos tipos de criterios últimos de validez o pertenencia:

1) Los criterios extrasistemáticos últimos₂. Estos criterios no son creados por ninguna autoridad jurídica. En realidad, no son válidos ni inválidos y pueden o no ser normas. Ellos son los que hacen posible identificar las normas independientes o últimas₁ en el sistema.

A su vez, entre estas normas últimas₁ están:

2) Los criterios sistemáticos últimos₁. Es decir, metanormas independientes sobre la producción jurídica. Su función es establecer, al menos, quién tiene la competencia suprema para producir nuevas normas.

Ciertamente, aparte de estos dos tipos de criterios de validez, un sistema jurídico podrá contener otros que no son últimos en ninguno de estos dos sentidos. Estos criterios de validez serán metanormas dependientes o derivadas que pertenecen al sistema en la medida en que han sido creadas respetando algún criterio sistemático último₁ y, consecuentemente, también los criterios extrasistemáticos últimos₂.

¹⁰ *Vid.* Caracciolo 1988: 31-34.

Un segundo motivo por el cual es relevante detectar esta ambigüedad es que usualmente se admite, como vimos, que la identidad y la continuidad de un orden jurídico dinámico está ligada a la identidad y la continuidad de aquellas metanormas que establecen los criterios o condiciones “últimos” de legalidad o pertenencia. Un cambio de estos criterios es suficiente para provocar un cambio de orden jurídico. Si se alteran los criterios “últimos” de legalidad estaremos frente a un nuevo sistema originario que inaugura un orden jurídico diferente. Por esta razón, hasta que la ambigüedad no se resuelva no es claro si la identidad del orden jurídico depende de normas internas, independientes (últimas₁), o de criterios externos, *i. e.* extrasistemáticos (últimos₂).

4. Las normas de base de un orden jurídico existente

En la medida en que nos reframamos a órdenes jurídicos estatales efectivamente existentes en un tiempo y lugar determinados, la pregunta por las metanormas últimas sobre la producción jurídica exige una breve reflexión sobre el contraste entre dos tipos de normas: las normas legisladas y las normas consuetudinarias.

Siguiendo a J. Gardner, las normas legisladas se caracterizan por los siguientes rasgos¹¹: *a)* son deliberadamente creadas; *b)* por un específico autor, y *c)* enuncian o comunican expresamente los cambios que proponen. Ahora bien, creo que es oportuno subrayar una ulterior característica no tenida en cuenta por Gardner y que resulta relevante en este contexto. Me refiero al sentido en el que puede decirse que una norma legislada existe. Toda norma legislada presupone otra norma. Concretamente, presupone en primer lugar la norma que constituye a la autoridad que le da origen y, en segundo lugar —en la medida en que no coincidan— la norma que confiere la competencia última o suprema en un sistema. La existencia de este tipo de normas es siempre intrasistemática. Una norma legislada extrasistemática es conceptualmente imposible, constituye una contradicción en sus propios términos. Esta idea puede expresarse diciendo que una norma legislada presupone siempre la existencia de una *autoridad* normativa, es decir de un agente u órgano investido de competencia para decidir lo que otros deben o pueden hacer.

En contraste con las normas legisladas, según Gardner, las normas consuetudinarias: *a)* son normas no intencionalmente creadas; *b)* no tienen un autor específicamente delimitado (son fruto de múltiples actos, de múltiples agentes), y *c)* no son el producto de actos de habla en los que expresamente se enuncia o comunica un contenido normativo. También en este caso cabe añadir una característica. La existencia de una norma consuetudinaria es un hecho social que no presupone la existencia de una autoridad y, en tal sentido no presupone necesariamente otras normas. Este último dato puede expresarse de dos modos

¹¹ El contraste que establezco, si bien no en modo completo, sigue lo propuesto en Gardner 2012: 54-88.

diferentes. O bien diciendo que las normas consuetudinarias son normas cuya existencia es siempre extrasistemática, y que dicha existencia debe distinguirse de su validez o pertenencia a un sistema jurídico (que sí depende de un acto autoritativo). O bien diciendo que cabe distinguir su existencia de hecho, que es extrasistemática, de su existencia jurídica que es intrasistemática (y que depende de un acto autoritativo).

Teniendo presente esta clasificación, al momento de caracterizar las meta-normas “últimas” de las que depende la identidad y continuidad de un orden jurídico vigente en un lugar y tiempo determinados se presenta una alternativa. Una primera posibilidad es interpretar que ellas son metanormas últimas₁ en el sistema, *i. e.* normas intrasistemáticas independientes. Ahora bien, en este caso, ellas no pueden ser normas legisladas porque, por definición, las normas legisladas no son últimas en ningún sentido, presuponen siempre otra norma: al menos aquella que constituye a la autoridad competente para crearlas. De consecuencia, parece que deberíamos aceptar que, en esta hipótesis, las metanormas de base son contenidos normativos no necesariamente expuestos y que pertenecen al sistema en virtud del hecho extrasistemático de ser efectivamente aceptados y seguidos en un momento y lugar determinados. En otras palabras, si las metanormas de las que depende la identidad y continuidad del orden son últimas₁ en el sistema, solo pueden ser reglas sociales, consuetudinarias.

Es interesante advertir que esta lectura permitiría dar razón a aquellos autores que subrayan la redundancia e innecesidad de una norma extrasistemática (última₂) dirigida a conferir autoridad o especificar los criterios supremos de validez en el orden jurídico¹². En este caso, habría que reconocer que la identidad del orden depende de metanormas internas, independientes que son creadas por, o que pertenecen en virtud de, un poder *de facto*: el hecho de ser aceptadas y habitualmente obedecidas. Este último sería el criterio extrasistemático último₂. De cualquier modo, es importante observar que estas metanormas fundamentales sobre la producción jurídica, si bien pertenecen al sistema, serán siempre normas no formuladas. Cualquier formulación verbal de las mismas será una explicitación de la normas consuetudinarias, o bien una norma legislada —y consecuentemente no última— que intenta iterar, con o sin éxito, el contenido de las metanormas independientes no escritas, o bien una descripción, verdadera o falsa, de dichas metanormas no escritas. En síntesis, bajo esta interpretación, no es preciso distinguir dos tipos de *normas* últimas. Las metanormas fundamentales de las que depende la identidad y continuidad de todo orden jurídico son siempre normas intrasistemáticas, independientes; sin embargo, en ningún caso se tratará de normas legisladas, las que, por definición, son creadas por una autoridad constituida mediante metanormas ulteriores.

En la literatura sobre el tema existe una interpretación alternativa. A pesar de lo dicho, se suele afirmar que las normas de base de las que depende la identidad del orden jurídico son normas legisladas por una autoridad suprema. Concreta-

¹² Por ejemplo, Guastini 1999: 380. También R. Guastini 2001: 2-3.

mente: ciertas normas contenidas en una primera ley constitucional. Ahora bien, si admitimos esta descripción, aunque no lo advirtamos, se hace imprescindible aceptar que sí hay dos tipos de normas últimas. Las metanormas constitucionales legisladas son últimas, *en* el sistema solo porque presuponemos otra u otras metanormas, extrasistemáticas (últimas₂), que constituyen a la primera autoridad y le confieren competencia para crear dicha ley constitucional. Es decir, la primera ley constitucional (última₁) de la que dependería la identidad del orden, por el hecho de ser una norma legislada no puede existir sino en virtud de otras normas (últimas₂). Estas, por hipótesis, deben ser necesariamente extrasistemáticas, y consuetudinarias, visto que son las únicas normas que pueden existir extrasistemáticamente. En síntesis, decir que la identidad del orden depende de las normas de una primera constitución, aunque resulte extraño, en realidad equivale a reconocer que dicha identidad depende de normas extrasistemáticas en virtud de las cuales los creadores de esta primera constitución son vistos, no como un grupo de conspiradores sino como una autoridad que a través de dicha constitución logra dar origen a un nuevo orden jurídico.

Como puede verse, en cualquiera de las dos interpretaciones las normas de base que definen a las autoridades supremas, y de las que depende la identidad y continuidad de un orden jurídico vigente, son metanormas no escritas, efectivamente practicadas (consuetudinarias). Esto es tanto como decir que el poder que da lugar a las autoridades supremas, *i. e.* el poder constituyente, es un poder colectivo del grupo social que acepta ciertas metanormas de base sobre la producción de otras normas¹³.

5. Normas de base sobre las autoridades supremas y regla de reconocimiento

Si aceptamos lo dicho hasta aquí, las normas de las que en definitiva depende la identidad y continuidad de un orden jurídico, ya sean entendidas como normas internas o externas, son necesariamente normas consuetudinarias, no escritas. Esta tesis evoca sin duda la idea hartiana de regla de reconocimiento, y por este motivo cabe subrayar que las reglas consuetudinarias a las que me estoy refiriendo aquí no coinciden con la regla propuesta por Hart¹⁴. Entre otras diferencias puede señalarse el dato relativo a quiénes son los individuos cuya aceptación es relevante para la existencia de las metanormas que constituyen a las autoridades supremas de un orden jurídico. Al respecto, nada indica que la actitud de aceptación efectivamente requerida deba ser la de los órganos de aplicación, como lo es en el caso de la regla de reconocimiento. Es posible conjeturar que la actitud efectivamente determinante sea la de un grupo más, o menos, amplio que el con-

¹³ Esta idea está en línea con la tesis de John Searle respecto de la construcción de la así llamada "realidad social". Más adelante volveré sobre esta propuesta.

¹⁴ Cfr. Hart 1961: 97-107.

siderado por Hart. Por ejemplo, la de los jueces más los ciudadanos, o solo la de un grupo restringido de jueces, como una Corte Constitucional. Pero también podría darse el caso que la aceptación relevante sea la de un grupo totalmente diferente (por ejemplo, la comunidad internacional, las fuerzas armadas, una clase dominante, las propias autoridades supremas constituidas por la regla, etc.), al que los órganos de aplicación se limitan a obedecer. Ciertamente, en cualquier caso, no cabe duda de que los actos de aplicación del derecho por parte de los órganos predispuestos para ello son cruciales para la existencia de las metanormas que configuran a las autoridades supremas del orden. En otros términos, si no la actitud interna, al menos el comportamiento externo de los jueces al aplicar el derecho es necesariamente parte de la práctica que configura las reglas consuetudinarias fundamentales sobre las condiciones últimas de pertenencia.

La distinción entre la regla de reconocimiento hartiana y las reglas consuetudinarias constitutivas de las autoridades supremas de todo sistema jurídico en vigor requiere una reflexión ulterior. En línea de principio, en el lenguaje de Hart, las reglas que configuran a las autoridades supremas deberían ser configuradas como reglas de cambio. En efecto, nada de lo que se ha dicho hasta aquí supone que estas reglas que configuran a las autoridades supremas sean reglas de obligación y, menos aún, como sucede con la regla de reconocimiento hartiana, que ellas *regulen* el comportamiento de los órganos de aplicación en su función de identificación y aplicación de normas. Como veremos a continuación, aún cuando las condiciones o límites impuestos a las autoridades supremas puedan ser vistos como obligaciones en sentido estricto, debería quedar claro que el comportamiento que estas metanormas regularían sería aquel destinado a *producir* normas válidas, y no aquel dirigido a reconocerlas y aplicarlas.

Es posible conjeturar entonces que las metanormas últimas sobre la producción jurídica a las que me estoy refiriendo aquí son asimilables, más que a la regla de reconocimiento, a las reglas de competencia que, según Hart, existen detrás de todo poder legislativo supremo¹⁵. Esta interpretación puede considerarse plausible, sin embargo, resulta importante subrayar que es del todo contingente que el poder legislativo supremo corresponda a un único órgano llamado “legislativo”. En realidad, en algunos órdenes jurídicos contemporáneos dicha posición legislativa suprema es compartida por un parlamento o congreso y una corte o tribunal de jueces cuyas decisiones sobre ciertas normas generales pueden prevalecer sobre las del parlamento o congreso.

6. Metanormas que configuran a la autoridad y metanormas que regulan su comportamiento

Para presentar los distintos modelos de orden jurídico es indispensable precisar algo que hasta aquí ha sido intencionalmente enunciado en términos va-

¹⁵ *Vid.* Hart 1961: 72-76.

gos. Independientemente de que se las conciba como normas intrasistemáticas, últimas₁ en el sistema, o como normas extrasistemáticas últimas₂, ¿qué tipo de normas son las metanormas de base sobre la producción jurídica?, ¿son normas constitutivas o regulativas?

Existen distintas formas de clasificar, en virtud de su contenido, las metanormas sobre la producción jurídica. Siguiendo a Riccardo Guastini, por ejemplo, entre estas metanormas, en primer lugar, están aquellas sobre la producción en sentido estricto que: *a)* establecen *quién o quiénes* detentan la competencia para crear, modificar o eliminar normas, *i. e.* confieren poder, y *b)* prevén el procedimiento mediante el cual se ejerce la competencia conferida. En segundo lugar, están aquellas normas sobre la producción en sentido lato que: *c)* establecen el objeto o el ámbito material sobre el que se confiere la competencia, y *d)* disciplinan el modo en el que se ejercita la competencia, imponiendo límites negativos o positivos sobre el contenido de las normas que pueden dictar¹⁶.

Como es sabido, es problemático establecer qué tipo de normas son estas metanormas sobre la producción de otras normas. Especialmente, si aquellas del tipo *b)* que imponen condiciones procedimentales y del tipo *d)* que establecen “límites negativos o positivos” para el ejercicio de la competencia —conferida por las normas de tipo *a)*— pueden ser comprendidas dentro de la categoría de las normas constitutivas, o si, por el contrario, son normas regulativas. Por ejemplo, siguiendo a Hart, cualquier tipo de límite impuesto a la autoridad suprema tendría que ser entendido, no como un deber en sentido estricto, sino como una falta o ausencia de poder¹⁷. En contraste, si seguimos a Luigi Ferrajoli, pareciera que cierto tipo de límites han de concebirse como genuinos deberes a los que la autoridad está sujeta¹⁸.

A mi entender, es importante advertir que no hay una respuesta general correcta a la pregunta acerca de qué tipo de normas son estas normas limitativas. Ellas pueden ser aceptadas por el grupo social de uno u otro modo: sea como ausencias de poder, sea como deberes. En el primer caso, las normas que imponen límites (negativos o positivos) son solo parte de las normas que definen a la autoridad y al tipo de resultado institucional que ellas tienen competencia para crear (por ejemplo, la ley electoral, la ley de presupuesto, la ley de coparticipación de impuestos, etc.). En esta óptica, la insatisfacción de los “límites” normativos no está correlacionada a ningún tipo de reprobación o sanción¹⁹. En sentido estricto, tales límites solo imponen condiciones necesarias para la validez jurídica de los resultados que la autoridad produce. La falta de conformidad con las normas que los imponen, consecuentemente, acarrea solo la nulidad o anulabilidad jurídica de dichos resultados.

¹⁶ Vid. Guastini 2006: 88-93.

¹⁷ Vid. Hart 1961: 68.

¹⁸ Vid. Ferrajoli 2007: 92.

¹⁹ Con respecto a la diferencia entre normas que establecen las condiciones esenciales o definitivas para el ejercicio válido de un poder y normas que imponen un deber, vid. Hart 1961: 27-35.

En el segundo caso, en cambio, las normas que prevén límites (positivos o negativos) al ejercicio válido de un poder son entendidas como auténticas normas de obligación dirigidas a las autoridades productoras de normas. Estas normas exigen categóricamente un comportamiento, con independencia del hecho de que, además, tal comportamiento pueda constituir una condición necesaria para que la autoridad produzca un resultado válido. En suma, si Hart tiene razón cuando sobre la base de las diversas consecuencias normativas que acarrear distinguen entre normas que imponen deberes y normas que definen condiciones de validez (reprobación/sanción las primeras y nulidad/anulabilidad las segundas), habrá que concluir que —en contra de la opinión del mismo Hart— en ciertos órdenes jurídicos algunas normas que imponen “límites” a la autoridad son efectivamente aceptadas no solo como condiciones constitutivas de la existencia y/o validez de un resultado normativo, sino también como normas que imponen un deber²⁰. En tal sentido, la violación de tales normas es un acto que justifica un reproche o sanción.

Teniendo en cuenta estas dos posibilidades caben las siguientes consideraciones. En términos generales, nada hay en la naturaleza de las normas que establecen condiciones o límites al ejercicio de la competencia (inclusive de la competencia suprema) que indique que tales límites deban ser entendidos *solo* como condiciones constitutivas de la existencia/validez de los resultados previstos por la mismas normas y no, también, como el contenido de un deber, independiente de dichos resultados. Es contingente que los límites en cuestión sean vistos de uno u otro modo, y ello depende de si el grupo los acepta al solo efecto de producir un acto jurídico válido o si, además, y por razones ulteriores al fracaso en la obtención de los resultados válidos, su incumplimiento es visto como la *violación* de un comportamiento deseable que justifica un reproche o sanción²¹. Consecuentemente, se puede concluir que los límites —positivos y/o negativos— a los que suele estar sujeta la autoridad pueden, o no, indicar la presencia de un deber.

²⁰ Como ejemplo del reconocimiento de este tipo de límite regulativo pueden citarse distintas decisiones de la jurisprudencia argentina en las que los jueces sostienen el deber constitucional de legislar por parte del poder legislativo. Concretamente, por ejemplo, la Corte Suprema de la Nación, en el caso Verbitsky exhorta al poder legislativo de la provincia de Buenos Aires a adecuar la legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación a los estándares mínimos internacionales que pueden considerarse receptados en la constitución nacional (AR/JUR/159/2005). Asimismo, el caso *Viceconte, Mariela c/Ministerio de Salud y Acción Social*, en el que la Cámara Federal de Apelaciones en lo Contencioso administrativo (Sala IV) exhorta a la autoridad a legislar en materia sanitaria y afirma que «la declaración de derechos efectuada en la constitución nacional no solo es una declaración de voluntad del Estado que así reconoce la existencia de los derechos individuales, sino que también es un compromiso por el cual el propio Estado se obliga a dictar las normas necesarias y a cumplirlas, es decir, que asumió un compromiso de organizar los servicios y prestaciones allí previstas» (AR/JUR/3219/1988). Agradezco a Federico Orlando el haberme facilitado gran cantidad de sentencias en las que se identifican específicas obligaciones a las estarían sometidas las autoridades diseñadas por la constitución como supremas.

²¹ A diferencia de la nulidad, que forma parte de las reglas que establecen condiciones o límites constitutivos para la existencia/validez jurídicas de los resultados que intentan producir ciertas acciones, la sanción no es necesariamente parte de las normas que regulan ciertas acciones imponiendo un obligación. Al respecto, *vid.* Hart 1961: 34-35.

Dicho esto cabe aclarar que hay ciertas normas sobre la producción jurídica que no parecen poder interpretarse como estableciendo una mera falta o ausencia de poder y exigen ser entendidas como un límite regulativo. Me refiero a aquellas metanormas que no imponen restricciones sobre el procedimiento ni sobre el objeto de las normas que las autoridades pueden decidir discrecionalmente crear, sino que, por el contrario, restringen la libertad de actuar discrecionalmente en determinadas circunstancias y/o sobre un determinado objeto. Estas normas establecen expresamente el deber de dictar normas en ciertas circunstancias, o sobre ciertas materias. En otras palabras, conforme a ellas *el acto de ejercitar la competencia* deja de ser opcional. Un ejemplo muy abstracto de este tipo de este tipo de metanormas puede encontrarse en las disposiciones constitucionales programáticas que establecen que las autoridades deben emanar un determinado tipo de normas, y un ejemplo muy concreto puede verse en ciertas normas de derecho administrativo que imponen a la autoridad encargada de la seguridad de una institución el deber de establecer en qué modo se ha de evacuar un edificio en caso de incendio. Estas normas, especialmente las primeras, pueden ser muy vagas e inefectivas, sin embargo, ello no obsta a que la única interpretación posible de su carácter sea la prescripción. Y esto porque su inobservancia, que consiste en la inacción de la autoridad, en ningún caso puede ser descripta como una condición de nulidad de un acto.

Reviste especial interés advertir que incluso la autoridad suprema de un orden jurídico puede ser entendida como sujeta a deberes. En los órdenes jurídicos en que esta hipótesis se verifica, además de las metanormas (de cambio) que constituyen y confieren poder a esta autoridad suprema, existen necesariamente metanormas de orden superior que les imponen obligaciones. Estas metanormas regulativas no solo son vistas como materialmente superiores a las restantes normas regulativas creadas por la autoridad (*i. e.*, en caso de conflicto prevalecen respecto de estas últimas), son también, desde un punto de vista lógico o formal, precedentes a ellas. Estas normas están presupuestas por las que confieren competencia a la autoridad y se encuentran en una relación estructural o formal respecto de todas las restantes normas del orden²². Las normas dictada por la autoridad, si contradicen estas obligaciones de orden superior, en algún sentido existen, sin embargo, todo considerado no pueden ser concluyentemente válidas²³. Como veremos más adelante, las normas que constituyen a la autoridad suprema en el modelo del estado constitucional de derecho la definen como sujeta a este tipo de límites regulativos.

²² En lenguaje de Riccardo Guastini debería decirse que estas metanormas de obligación están en una relación de *jerarquía* estructural o formal respecto de las restantes. *Vid.* Guastini 1997: 470. En mi opinión, es engañoso hablar de “jerarquía estructural o formal”. Por el contrario, es oportuno distinguir entre la relación estructural o formal en la que estas normas se encuentran y la relación de preferencia que puede establecerse entre ellas en caso de conflicto. Esta última es una relación de jerarquía, la primera no.

²³ Por ejemplo, L. Ferrajoli distingue entre vigencia y validez de normas, justamente con la intención de subrayar que las normas que violan deberes sustanciales de orden superior no son válidas en el orden jurídico. *Vid.* Ferrajoli 1989: 348-356.

7. Excursus. Sobre las relaciones entre reglas constitutivas/regulativas y reglas consuetudinarias/legisladas

Como acabamos de ver, si la autoridad se concibe como sujeta a condiciones —positivas o negativas— que limitan su poder, estos límites, o bien son fragmentos de las normas constitutivas que las definen, o bien son deberes presupuestos por dichas normas. En el primer caso, las normas que definen a la autoridad incorporan estos límites, en el segundo caso ellos son el contenido de normas regulativas diferenciables de las normas que definen a la autoridad.

Es oportuno a este punto hacer un paréntesis para reflexionar sobre la relación entre normas constitutivas y regulativas. Esta reflexión permitirá comprender mejor ya sea las reglas constitutivas de base que confieren poder a las autoridades supremas de un orden jurídico como la diferencia entre dos tipos de reglas constitutivas que están presentes en todo orden jurídico: aquellas consuetudinarias (extrasistemáticas) y aquellas legisladas (intrasistemáticas).

De acuerdo con John Searle, entidades tales como los estados, los órdenes jurídicos, las autoridades, las normas jurídicas, etc. —son parte de una realidad socialmente construida—²⁴. Uno de los principales aportes de este autor es haber mostrado el mecanismo por el cual generamos este tipo de realidad institucional, mecanismo que puede resumirse en la idea de la aceptación de reglas constitutivas que tienen la siguiente forma: “En el contexto C, X cuenta como Y”. A la par de estas reglas constitutivas, Searle distingue las reglas regulativas. En tal sentido, es claro que una regla constitutiva, por hipótesis, no tiene carácter regulativo, *i. e.* no permite, prohíbe u obliga ningún tipo de comportamiento. Este dato, sin embargo, no debería esconder el hecho las normas constitutivas, en general, parecen no ser inteligibles con independencia de normas regulativas. Para ver en qué sentido esto es así, sin la pretensión de analizar en profundidad la posición de Searle, es preciso detenerse en algunos aspectos de su propuesta.

Toda regla constitutiva obedece siempre a la misma estructura. Así, en el caso del dinero, que es el ejemplo favorito de Searle, podríamos decir que la regla constitutiva reza: “Dadas determinadas circunstancias C, un trozo de papel P cuenta como un medio de pago MP”. Ahora bien, en este caso, el tipo de regla constitutiva en el que Searle está pensando, sin lugar a dudas, existe como una práctica social, consuetudinaria. Que un trozo de papel sea dinero, *i. e.* que funcione como medio de pago, es algo que construimos y sostenemos mediante nuestras efectivas creencias y comportamientos. Es importante subrayar que, en esta hipótesis, la regla constitutiva “Bajo las circunstancias C, un determinado tipo de trozo de papel P cuenta como un medio de cancelación de deudas” existe sí, y solo sí, efectivamente, bajo las circunstancias C, el tipo de trozo de papel P es un medio de cancelación de deudas. Señalo esta característica porque, además de este tipo de reglas constitutivas cuya existencia *equivale* a la de la realidad social que constituyen, hay otras que, en cambio, no son reglas sociales y su exis-

²⁴ Cfr. Searle 1995.

tencia no permite inferir la del objeto o realidad institucional que ellas *pretenden* constituir.

Si lo dicho es correcto, entonces, la regla constitutiva del dinero existe en un grupo social solo en la medida en que, en dicho grupo, existan o estén en vigor ciertas reglas sociales regulativas tales como “Está permitido cancelar deudas entregando este trozo de papel P”, o “Si alguien entrega este trozo de papel P como medio de pago es obligatorio aceptarlo”. En otras palabras, la regla constitutiva del dinero, si bien no es en sí misma una regla regulativa, no parece ser otra cosa que un epifenómeno respecto de la existencia de estas reglas sociales regulativas. En casos como el del dinero, la verdad de la afirmación “Existe una regla que constituye el dinero” depende necesariamente de, o presupone, la existencia de ciertas reglas sociales regulativas.

7.1. *La realidad social como construcción no deliberada/deliberada*

Las reglas constitutivas mediante las que construimos la realidad social son fruto de una acción conjunta. En mi opinión —y apartándome de la teoría de Searle— esta idea es compatible con admitir la ausencia de una intencionalidad colectiva. Ciertamente, hay acciones colectivas intencionales, como por ejemplo tocar una sonata por parte de los miembros de una orquesta, o sancionar una ley por parte de los miembros de una legislatura²⁵. Sin embargo, es indudable que también podemos hacer, individual o colectivamente, cosas que no intentamos directamente hacer. Y este es el caso de la creación de reglas sociales consuetudinarias, sean ellas constitutivas o regulativas. Que la creación de reglas constitutivas es algo que hacemos colectivamente en modo no-deliberado está implícitamente reconocido por Searle cuando admite que algunas instituciones sociales —siempre fruto de la aceptación de reglas constitutivas— son inclusive más sólidas y duraderas en la medida en que quienes las generan y sostienen no tienen siquiera conciencia de que son ellos quienes las generan y sostienen a través de sus actitudes y acciones²⁶.

El hecho de que “crear una regla consuetudinaria” sea una acción colectiva no-deliberada no implica que no podamos tener conciencia de ese hecho, *i. e.* de que estas reglas son el fruto de acciones no-intencionalmente dirigidas a crearlas. Ahora bien, al adquirir conciencia de que “la realidad social” es el resultado de nuestros comportamientos y actitudes y, sobre todo, al conocer el mecanismo mediante el cual la generamos, podemos utilizarlo deliberadamente. En concreto, podemos en modo intencional “constituir” específicos “órganos” o “agentes sociales” que tengan, a su vez, poder para crear otras específicas reglas constitutivas, y así sucesivamente. Claro está, estas últimas reglas constitutivas ya no serán reglas consuetudinarias espontáneas, serán normas legisladas por los órganos o agentes sociales predispuestos para hacerlo.

²⁵ Vid. Gardner 2012: 65-74.

²⁶ Vid. Searle 2010: 107-108.

Lo dicho permite ver con claridad cómo, si bien a la base de toda realidad social hay reglas constitutivas de carácter consuetudinario, una vez que por ese mecanismo se crean agentes institucionales con capacidad para producir normas legisladas, dichos agentes pueden, mediante normas constitutivas intencionalmente creadas, dar lugar a nuevos objetos e instituciones sociales, *i. e.* pueden intencionalmente reproducir la realidad social. Esto supone, sin embargo, un desdoblamiento de la así llamada “realidad social” o, si se quiere, da lugar a dos tipos diferentes: una realidad social *formal* y otra *efectiva*. Concretamente, por ejemplo, una regla constitutiva legislada, como la que instituye los jurados populares en la Argentina *existía* y era parte de una realidad social formal desde 1853. Sin embargo, al menos hasta hace muy poco tiempo, ella no era regularmente observada, y por ello no implicaba la *existencia efectiva* de jurados populares, que es el objeto institucional que dicha norma pretendía constituir. En síntesis, es importante advertir este desdoblamiento de la así llamada “realidad social” para reconocer que múltiples instituciones (y entre ellas las propias obligaciones jurídicas) tienen existencia social formal, pero no efectiva. Una regla constitutiva equivale a la existencia de una realidad social efectiva si, y solo si, es una regla social o consuetudinaria. Una regla constitutiva legislada es solo parte de una realidad social formal que pretende crear una realidad social efectiva, pero es contingente que lo logre o no.

7.2. Reglas constitutivas sociales y legisladas

El uso intencional del mecanismo por el cual se crean específicas instituciones o tipos de actos institucionales torna ambigua la expresión “regla constitutiva”. En ciertos casos, las reglas constitutivas son el contenido de reglas sociales o consuetudinarias, no-intencionalmente creadas. En otros, son el contenido de normas legisladas, que existen como tales en la medida en que pertenecen a un sistema del orden jurídico. La existencia de las primeras exige un comportamiento regular, uniforme y una actitud de aceptación por parte del grupo relevante. La existencia de las segundas es compatible con la ausencia de un comportamiento conforme, e inclusive es compatible con una actitud de rechazo por parte de sus destinatarios. Ellas existen, o son válidas, no porque sean aceptadas y/o obedecidas, sino porque fueron creadas respetando metanormas que constituyen a una autoridad y le confieren competencia para crearlas. Ahora bien, las metanormas que constituyen a una autoridad *de facto* efectivamente existente en un lugar y tiempo determinados, por hipótesis, son reglas constitutivas consuetudinarias, *i. e.* efectivamente aceptadas y seguidas. Si no lo fuesen, la autoridad en cuestión no existiría efectivamente. Como acabamos de ver, la existencia efectiva de una realidad institucional —en este caso una autoridad legislativa— equivale a la existencia de una regla constitutiva efectivamente aceptada y practicada.

A partir de estas consideraciones podemos obtener algunas conclusiones aplicables a todo orden jurídico vigente en un lugar y tiempo determinados. En

primer lugar, lo dicho permite observar que todo orden jurídico vigente se apoya en metanormas que definen a las autoridades con competencia suprema para dictar otras normas. Es decir, todo orden jurídico se apoya en reglas constitutivas. En segundo lugar, permite ver por qué estas metanormas de base no pueden ser creadas por una autoridad, *i. e.* no son normas legisladas sino reglas sociales no expresas, consuetudinarias. En tercer lugar, permite mostrar en qué sentido estas reglas sociales constitutivas existen solo si ciertas reglas regulativas están en vigor.

8. Distintos modelos de orden jurídico

Las metanormas últimas que constituyen a la autoridad suprema de un orden jurídico lo hacen reflejando una determinada concepción política que, o bien es parte de un orden ya imperante, o bien es parte de un ideal que se desea imponer. A continuación señalaré cuatro modelos de orden jurídico basados en cuatro correspondientes tipos de reglas sobre la producción jurídica que configuran en modo diferente a la autoridad suprema.

8.1. *El modelo de la autoridad absoluta*

En una primera concepción, que podríamos llamar de la “autoridad absoluta”, las metanormas de base del orden jurídico son, exclusivamente, reglas constitutivas que confieren poder y dejan en manos de las autoridades constituidas por ellas la creación de cualquier otra norma o metanorma, comprendidas aquellas que disciplinan su propio comportamiento institucional. Esto significa que, entre las condiciones para ser una autoridad, las reglas constitutivas de base de este modelo no prevén ninguna exigencia regulativa. Las condiciones para llegar a ser una autoridad suprema pueden ser condiciones de carácter biológico, histórico, económico, etc., pero, en ningún caso, la exigencia de aceptar, y menos aún acatar, algún tipo de regla de comportamiento. Esta autoridad está configurada en modo tal que es jurídicamente libre de todo vínculo regulativo, ya sea con respecto a su génesis como con respecto al ejercicio del poder conferido. Sin embargo, y no obstante el carácter ilimitado del poder de esta autoridad, como cualquier otra realidad social, se trata de un poder constituido y no constituyente. El único poder constituyente es el del grupo social que acepta la regla que confiere tal poder.

Ciertamente, este tipo de autoridad tiene en sus manos la posibilidad de auto-limitarse estableciendo distintos tipos de restricciones a su comportamiento o, inclusive, comprometiéndose a ejercitar su autoridad, *i. e.* creando normas programáticas. Sin embargo, dado que, a excepción de las reglas que la constituyen, todas las normas jurídicas dependen de la voluntad de esta autoridad, ella también tiene en sus manos la posibilidad de desembarazarse de semejantes res-

tricciones. En otras palabras, en este modelo, las normas jurídicas que imponen cualquier tipo de límite regulativo son siempre normas derivadas, legisladas por una autoridad constituida, subordinada o suprema.

Los sistemas jurídicos que corresponden a este modelo pueden o no receptarlo explícitamente mediante normas legisladas. Por ejemplo, en una constitución que establezca expresamente que la autoridad suprema no está condicionada ni a la aceptación, ni al efectivo respeto de vínculos normativos. Sin embargo, cabe recordar que, si este es el modelo de orden y de autoridad efectivamente imperante en una sociedad, no lo será porque esté establecido por estas normas legisladas sino en virtud de aquellas reglas (independientes o extrasistemáticas) que son efectivamente aceptadas²⁷. En este caso, dichas reglas imponen un modelo que Herbert Hart llama de “omnipotencia continua”²⁸. Es decir, constituyen una autoridad cuya soberanía no puede ser limitada en ningún momento. Como vimos, la autoridad suprema de este tipo de orden jurídico podría decidir auto-limitarse, pero no puede imponer esas limitaciones a sus sucesores, que gozan de la misma competencia ilimitada de la que gozan las autoridades supremas precedentes y posteriores. En síntesis, la característica fundamental de este tipo de autoridad, conforme a las metanormas aceptadas que la definen, es su sujeción a reglas regulativas.

8.2. *El modelo de autoridad moral*

Una idea radicalmente opuesta a la anterior corresponde a la que podríamos denominar la concepción moral de la autoridad. Bajo esta perspectiva, la metanorma que constituye a la autoridad suprema, entre las condiciones para serlo, impone la necesidad, no solo de aceptar, sino también de respetar ciertas normas de comportamiento. En esta concepción, ser una autoridad presupone necesariamente la satisfacción de ciertos vínculos establecidos por reglas regulativas. Solo la autoridad justa es autoridad. Ello supone que las normas que imponen estos deberes de justicia no son normas creadas por la autoridad. Por el contrario, ellas son precondiciones que se deben satisfacer para ser y ejercer autoridad. Son normas de orden superior que están presupuestas por las metanormas que definen a la autoridad. En otras palabras, en esta perspectiva moral, no existe la posibilidad de separar las normas de justicia a la que la autoridad está sujeta de las reglas que constituyen a la autoridad. La autoridad no solo no puede desembarazarse de estos límites normativos, en realidad, no puede abstenerse de respetarlos porque si lo hiciese, por hipótesis, dejaría de actuar como una autoridad.

²⁷ Recuérdese que hay dos posibles interpretaciones de las metanormas que definen a la autoridad suprema: ellas pueden ser entendidas como normas intra o extrasistemáticas. Sin embargo, y en cualquier caso, no puede tratarse de normas legisladas.

²⁸ *Vid.* Hart 1961: 146.

Asimismo, es interesante notar que si la autoridad decidiese mediante la legislación hacer explícitas las normas de justicia a las que se encuentra sometida, ella estaría solo reproduciendo los deberes que ya la vinculan. Ciertamente, esta explicitación puede tener altísimo valor fáctico, político o simbólico. Sin embargo, el modelo no depende de estas normas legisladas. Y, si la metanorma efectivamente aceptada configura una autoridad de este tipo, dicha autoridad podría promulgar o derogar solo formalmente las normas que la limitan. No tendría en cambio competencia para introducir las o eliminarlas del orden jurídico²⁹.

En este caso, las metanormas de base prefiguran un tipo de autoridad que, lejos del modelo de “omnipotencia continua”, se conforma a una idea que podría denominarse de “sujeción continua”. Así como, en el paradigma de la autoridad absoluta, la autoridad suprema conserva su omnipotencia en todo momento y no puede limitar a sus sucesoras, este modelo instaaura una autoridad sujeta a límites permanentes que ella no puede remover, ni para sí misma ni para sus sucesoras.

8.3. *El modelo del estado legislativo de derecho*

Entre estas dos concepciones extremas podemos identificar dos visiones intermedias. Una de ellas es la que usualmente se asocia al denominado “estado legislativo de derecho”. En este caso, las metanormas de base del orden jurídico (sean ellas concebidas como criterios extrasistemáticos o como normas independientes efectivamente aceptadas) constituyen a una autoridad suprema con poder limitado. Es decir, esta autoridad está constitutivamente sujeta a distintos tipos de condiciones ya sea para llegar a ser una autoridad, como para el ejercicio de la competencia conferida. Estas condiciones sin duda *podrían* ser vistas o aceptadas como límites regulativos, sin embargo, el modelo no impone que lo sean. En rigor, en este modelo, todas estas condiciones son vistas como ausencia de un poder o límites a una competencia que la autoridad ejercita discrecionalmente, en modo totalmente libre.

Un sistema jurídico que responda a este modo de concebir a la autoridad muy probablemente contendrá normas legisladas (por ejemplo un texto constitucional) que enuncien explícitamente los límites a los que toda autoridad, directa o indirectamente, está asociada³⁰. No obstante, como ya ha sido dicho, es importante no confundir estas normas legisladas, creadas por una autoridad suprema, con las normas efectivamente aceptadas que configuran a este tipo de autoridad. Estos dos tipos de normas podrían tener idéntico contenido, ya que la autoridad suprema podría iterar en el texto constitucional el contenido de las normas que la constituyen. Sin embargo, la diferencia entre ellos es crucial.

²⁹ Sobre el concepto de derogación formal, *vid.* Alchourrón y Bulygin 1991: 393-407.

³⁰ Recuérdese que las autoridades supremas son aquellas con mayor competencia normativa (*i. e.* con mayor jerarquía), razón por la cual los límites constitutivos e indisponibles referidos a estas autoridades supremas, *a fortiori*, son límites también de todas las autoridades subordinadas.

La autoridad suprema puede remover las normas constitucionales legisladas por ella, pero no puede remover las normas sociales que la constituyen. Esto vale para todos los tipos de autoridad: ninguna autoridad tiene a su disposición los límites impuestos por las reglas sociales constitutivas que le confieren el poder del que dispone. En el modelo de la autoridad absoluta la autoridad puede cancelar cualquier límite que la afecte solo porque, en virtud de las reglas sociales que la constituyen, dichos límites dependen totalmente de ella. Esta autoridad, conceptualmente, es una autoridad ilimitada. En este caso, en cambio, en virtud de las reglas que la definen, estamos ante una autoridad que, conceptualmente, tiene una competencia condicionada a la satisfacción de ciertas restricciones positivas o negativas. En otras palabras, este tipo de autoridad solo puede actuar válidamente en la medida en que respete dichas condiciones. Presuponiendo que un modelo como este esté en vigor, a diferencia de lo que sucede en el modelo de la autoridad moral, si la autoridad no respeta los límites a los que está sujeta, en sentido estricto, su comportamiento no será un acto de *desobediencia*, será solo un acto nulo o anulable que no logra producir los efectos buscados. Asimismo, si decidiese derogar las formulaciones constitucionales que expresan sus limitaciones, tal comportamiento producirá solo un acto de derogación formal. Claro está, salvo que se trate de un acto revolucionario que *de hecho* provoca un cambio de modelo o expresa uno que ya se ha producido.

8.4. *El modelo del estado constitucional de derecho*

El último modelo de autoridad y orden jurídico corresponde al llamado “estado constitucional de derecho”. En este caso, las metanormas de base del orden jurídico no solo confieren un poder limitado a la autoridad suprema, ellas también confieren derechos a los destinatarios de esta autoridad que, consecuentemente, resta sujeta a deberes correlativos. Conforme a las metanormas que configuran este modelo, los individuos son titulares de derechos llamados “fundamentales”, lo cual significa, entre otras cosas, que ellos no dependen de la autoridad sino que, por el contrario, imponen restricciones a su comportamiento. Estos derechos/deberes son el contenido de normas de orden superior, presupuestas por las normas que confieren poder, y que la misma autoridad acepta. Podría decirse que, bajo este paradigma, la autoridad no solo es vista como una posición de poder, *i. e.* un conjunto de competencias y ausencias de competencia. Es vista como un haz de posiciones normativas positivas y negativas (de potestades, inmunidades, privilegios, pero también de incompetencias y deberes) correlativo a otro haz correspondiente a los sujetos a dicha autoridad³¹. Como se afirmó al inicio de este trabajo, ser o tener autoridad puede ser entendido solo

³¹ Las categorías de Hohfeld pueden ser útiles para caracterizar las distintas posiciones normativas correspondientes a los individuos titulares de derechos y que son correlativas de aquellas en la que se encuentra la autoridad respecto de ellos. Cfr. Hohfeld 1969.

como una relación entre quienes la detentan y aquellos sobre los que se tiene autoridad. En este caso, de esta relación interesa destacar que todos aquellos límites o condiciones a los que la autoridad está sometida, en la medida en que corresponden a derechos fundamentales de los individuos sujetos a ella, tienen que ser entendidos, no solo como una ausencia de competencia, sino también como el contenido de un deber.

Como en cualquier otro modelo, la autoridad del estado constitucional no puede despojarse de los límites y/o características que la definen; si lo hiciese, dejaría de ser una autoridad conforme al paradigma. Lo peculiar de este tipo de autoridad es que, entre sus características definitorias no figura solo el hecho de estar limitada por normas de orden superior que restringen su competencia. Esta autoridad está también sujeta a obligaciones o prohibiciones con respecto a la forma, los contenidos y/o las circunstancias en que ejerce su competencia. Concretamente, está sujeta a un deber en todos aquellos casos en que así lo exija un derecho fundamental que ella misma acepta.

Lo dicho hasta aquí no significa que la autoridad necesariamente respete los límites marcados por derechos fundamentales de los individuos. Significa solo que el deber de respetarlos forma parte del concepto de autoridad bajo este paradigma. Nadie puede presentarse como una autoridad y negar estos vínculos normativos. Si lo hiciese no se estaría presentando como una autoridad, sino como un mero detentor de poder. Esta última característica es importante porque permite ver la diferencia entre este paradigma y aquel de la autoridad moral. Bajo el presente modelo, la autoridad no es necesariamente justa. Ser una autoridad, no supone el acatamiento sino la aceptación del deber de respetar ciertos derechos de sus destinatarios. A su vez, como se dijo, estos derechos son fundamentales justamente porque son concebidos como límites constitutivos de toda autoridad e indisponibles por parte de ella. Consecuentemente, todo ejercicio de autoridad, en este paradigma, está conceptualmente ligado a la pretensión de obrar en cumplimiento de estos deberes/derechos.

Desde este punto de vista, la autoridad está necesariamente sujeta a dos tipos de límites. Por una parte, aquellos que identifican solo ausencias de competencia, y cuya inobservancia está normativamente unida solo a la nulidad/anulabilidad de los resultados pretendidos por la autoridad. Por otra parte, aquellos que identifican derechos fundamentales de los individuos (correlativos de deberes de las autoridades), y cuya violación está normativamente unida también a un reproche justificado³². Como hemos visto, estos últimos límites son exigencias regulativas que la autoridad *acepta*, pero que bien podría violar sin dejar de actuar como una autoridad competente, ya que su efectivo respeto no es condición de la competencia. Esta advertencia, impone la necesidad de distinguir entre dos tipos de juicio referidos a las normas creadas por este tipo de autoridad. Visto que ella podría fracasar en el efectivo cumplimiento de los límites regulativos (derechos-deberes) cuya aceptación proclama, las normas producidas dentro de los límites

³² Con respecto a la noción de obligación, *vid.* Hart 1961: 84-86.

de su competencia son solo *pro tanto* válidas y, todo considerado, podrían no ser concluyentemente válidas. Concretamente, no lo serán si frustran los derechos-deberes que limitan a la autoridad³³.

9. Algunas consideraciones sobre el estado constitucional de derecho

Gran parte de los ordenamientos jurídicos contemporáneos se caracterizan por el hecho de adherir expresamente al modelo de autoridad del estado constitucional de derecho y lo hacen mediante normas legisladas, *i. e.* una constitución formal o normas consideradas de rango constitucional, erróneamente consideradas las normas últimas del orden. Estas leyes fundamentales prevén explícitamente las condiciones que han de satisfacerse para ser titular del poder supremo y ejercerlo válidamente, condiciones que incluyen la *aceptación* de un conjunto de deberes negativos y positivos que vinculan a dicho poder. En tal sentido, estos ordenamientos intentan formular explícitamente las condiciones de validez de sus normas jurídicas, y para ello apelan necesariamente a dos tipos de normas. Por una parte, a aquellas que expresamente delimitan el alcance de la competencia. Estas son de tipo constitutivo y su inobservancia —que no podría describirse como la *violación* de una norma— está ligada necesariamente a la nulidad de los resultados que intentan producirse. Por otra parte, aquellas que regulan el poder conferido. Estas últimas son de tipo prescriptivo y su inobservancia no priva de existencia jurídica a los resultados producidos. Como todas las reglas regulativas que imponen permisos, prohibiciones u obligaciones, su violación habilita un reproche, o incluso un deber de compensación. Ahora bien, dado que la *aceptación* de estas normas regulativas, aunque no se diga explícitamente, es una de las condiciones constitutivas de la autoridad, la violación de las mismas también justifica una posterior declaración de invalidez de los resultados existentes.

En este modelo de derecho, entonces, las normas que regulan el poder de la autoridad, si bien no son normas constitutivas, son constitutivamente relevantes. Por lo general, están protegidas en modo rígido mediante normas legisladas a las que se confiere carácter constitucional, es decir, se entienden como totalmente indisponibles por parte de la autoridad, o como modificables solo a través de procedimientos agravados respecto de los aplicables a la legislación ordinaria. El reconocimiento expreso de la imposibilidad de alterar estas condiciones, y/o la previsión de estos mecanismos especiales para su reforma, pueden ser vistos como indicadores de la —al menos parcial— conciencia por parte de este tipo de autoridad de un hecho que, en realidad, es verdadero respecto de cualquier autoridad: el estar sometida a un conjunto de condiciones constitutivas que no está en su poder modificar. En otras palabras, la autoridad del modelo constitu-

³³ No es posible desarrollar con profundidad este punto. En cualquier caso, es oportuno advertir que la distinción de entre validez *pro tanto* y validez concluyente no corresponde a la satisfacción de exigencias formales y sustanciales.

cionalista parece ser consciente de que “ser una autoridad”, de cualquier tipo que fuere, no es una propiedad natural sino un status siempre constituido mediante la previa aceptación de normas que no dependen de la autoridad misma (en rigor, mediante la aceptación de metanormas que confieren la competencia bajo ciertas condiciones naturales o normativas).

Las leyes de rango constitucional son, sin lugar a dudas, documentos de importancia política crucial, tanto que, como vimos, según algunos autores ellas tornarían innecesario presuponer ulteriores normas de base³⁴. Sin embargo, a partir del análisis presentado en este trabajo debería ser claro el tipo error en el que incurren las posiciones que adoptan esta tesis. Las posibilidades son dos y ninguna de ellas parece satisfactoria. La primera es que estas posiciones ignoren que la validez de una ley constitucional presupone necesariamente alguna otra norma que confiere competencia para dictarla válidamente. Si hemos de evitar un círculo vicioso, esta última norma no puede ser dictada por la misma autoridad que crea las leyes constitucionales y, si hemos de evitar un regreso al infinito, tampoco puede ser creada por una autoridad ulterior. La segunda posibilidad es que tales posiciones se comprometan con una idea que resulta ser auto-contradictoria (además de ser políticamente muy controvertida) según la cual las leyes constitucionales, aún cuando son normas legisladas, no son ni válidas ni inválidas. Las constituciones formales o, en general, las normas de rango constitucional serían leyes extrasistemáticas³⁵. Lamentablemente, como sabemos, la idea de norma legislada extrasistemática es una contradicción en sus propios términos.

Un argumento adicional que muestra por qué las normas sobre la autoridad suprema incluidas en las leyes llamadas “constitucionales” no pueden ser consideradas el criterio extrasistemático requerido en todo sistema es el siguiente. Que esas legislaciones constitucionales identifiquen a las autoridades supremas y establezcan los criterios últimos de validez del sistema es solo contingentemente verdadero, y lo será solo en la medida en que dichas normas constitucionales repliquen correctamente el contenido de los criterios realmente aceptados. El modelo de autoridad o de orden jurídico existente depende del paradigma efectivamente vigente, no de lo que la autoridad competente declare. En tal sentido, como ya ha sido dicho, cualquier intento de explicitación o formulación lingüística de las metanormas que definen y regulan a la autoridad suprema de un orden jurídico existente dará lugar, o bien a una norma, válida o inválida *en* el sistema, o bien a un enunciado descriptivo cuya verdad o falsedad dependerá de cuál sea

³⁴ Como vimos, esta posición puede ser atribuida a R. Guastini. Otro ejemplo puede encontrarse en Waldron 2009.

³⁵ Por ejemplo, según R. Guastini, «el concepto de validez es simplemente inaplicable a las constituciones. Una constitución no es ni válida ni inválida» (la traducción es mía). Cfr. Guastini 2006: 103. La misma idea se repite en R. Guastini 2006a: 10. Al respecto cabe subrayar que si bien Guastini cita a Caracciolo y usa la expresión “norma independiente” para referirse a la constitución, lo hace atribuyéndole un significado diferente al que propone Caracciolo. Según este último autor, las normas independientes son válidas en el sistema, en virtud de criterios extrasistemáticos. Según Guastini las normas “independientes”, “supremas” u “originarias” son normas extrasistemáticas, ni válidas ni inválidas.

el contenido de las metanormas efectivamente vigentes. En suma, las normas que constituyen a las autoridades supremas de un orden jurídico son reglas sociales, no escritas. Y este es un dato que permanece inalterado aún cuando las mismas autoridades intenten reproducir o explicitar el contenido de tales normas mediante leyes a las que confieren rango constitucional.

Advertir que las reglas constitutivas de base de todo orden jurídico vigente son de tipo consuetudinario permite explicar la indisponibilidad de su contenido por parte de la autoridad constituida. Algo similar a aquello que Luigi Ferrajoli denomina “la esfera de lo indecible”³⁶. En efecto, el contenido de dichas reglas, como el de toda regla consuetudinaria, puede cambiar solo en modo no deliberado, es decir no puede ser objeto de una decisión intencional³⁷.

Conforme a este análisis, la afirmación de que el modelo del estado constitucional de derecho conforma un nuevo paradigma respecto del modelo de estado legislativo es, en algún sentido, indiscutible. Para dar cuenta de las metanormas de base del paradigma constitucional necesitamos distinguir dos tipos diferentes de normas que si bien están necesariamente relacionados entre sí no deberían confundirse: por una parte aquellas que confieren el poder y establecen las condiciones de su ejercicio exitoso (reglas constitutivas en sentido estricto). Por otra parte, aquellas que establecen las exigencias regulativas. Un aspecto que podría dar lugar a la confusión de estos dos tipos de normas en este modelo es que *el hecho de la aceptación* de un conjunto de normas regulativas (aunque no su cumplimiento) es constitutivo de la autoridad en este paradigma, *i. e.* es parte de las condiciones que la definen.

En síntesis, a diferencia de lo que sucede en el modelo de estado legislativo de derecho, el modo de concebir la autoridad en el paradigma constitucional torna imprescindible la noción de metanorma regulativa u obligación de orden superior. Estas normas son las que establecen derechos/deberes fundamentales, presupuestos por la autoridad. Cuál sea en cada caso el contenido concreto de estas normas que regulan el comportamiento de las autoridades (*i. e.* el contenido de los derechos/deberes fundamentales) es algo que el modelo no puede establecer. Tales contenidos son relativos a cada orden jurídico y dependen de las específicas reglas que se acepten en un tiempo y lugar determinados.

Como ya se advirtió, este modelo podría presentarse en un modo diferente, poniendo el acento en la contracara necesaria de los deberes de orden superior que vinculan a toda autoridad. En este caso cabría afirmar que, conforme a las reglas constitutivas de este paradigma, todo individuo es definido como necesariamente vinculado a ciertos derechos (poderes, pretensiones, inmunidades, privilegios) de los cuales no puede despojarse, *i. e.* que tienen carácter irrenunciable. El análisis de esta idea permitiría dar cuenta de otra característica esencial de este tipo de órdenes jurídicos. Me refiero a que ellos no son solo órdenes

³⁶ Cfr. Ferrajoli 2011: 15-53. Consecuentemente, según Ferrajoli, la idea de autoridad soberana debería ser abandonada o radicalmente reinterpretada. Cfr. Ferrajoli 2007: 854.

³⁷ Respecto de aquello que no podemos hacer intencionalmente, cfr. Williams 1973: 136-151.

dinámicos. Es decir, no están integrados solo por las normas emanadas de las autoridades competentes para introducir modificaciones, sino también por todas aquellas normas derivables directamente, sin necesidad de la intervención de una autoridad, a partir de los derechos/deberes fundamentales cuya aceptación es exigida por las reglas de base. Ahora bien, no obstante esto, es interesante destacar que en este modelo de orden jurídico el único criterio de *cambio, i. e.* que permite introducir un nuevo sistema en la secuencia que conforma el orden jurídico, sigue siendo la voluntad de la autoridad. Aún cuando se trata de una voluntad limitada por derechos/deberes de orden superior que prevalecen en todo caso en que la voluntad de la autoridad entre en conflicto con ellos.

Otra idea que la caracterización presentada permite explicar es que los derechos fundamentales cuya aceptación es constitutiva de la autoridad jurídica, comprendida la autoridad suprema, no pueden ser —o al menos no pueden solo ser— el contenido de normas legisladas, aún cuando ellas estén protegidas y garantizadas mediante procesos especiales de reforma y control. Estos derechos/deberes fundamentales son, ante todo, el contenido de reglas sociales aceptadas que la autoridad puede contribuir a instaurar, conservar o modificar, pero no puede crear o abrogar a voluntad. El acto de introducir derechos/deberes en leyes de rango constitucional —tratando así de sustraerlos a cualquier tentativo de cambio por parte de las autoridades del sistema—, puede ser visto como un intento, más o menos eficaz, de incidir en el proceso causal conducente a la preservación de las reglas de base que se aceptan. Si estos límites regulativos (los derechos fundamentales) fuesen solo el contenido de normas legisladas, creadas deliberadamente por una autoridad, no constituirían límites a esta autoridad sino que, por el contrario, dependerían de ella como sucede en el modelo del estado legislativo de derecho.

Esto último representa uno de los principales argumentos para mostrar que la mera presencia de textos constitucionales rígidos y garantizados que reconocen derechos/deberes llamados “fundamentales” no supone en absoluto la vigencia del paradigma del estado constitucional de derecho. Esto es así porque la identidad de un orden jurídico no depende de lo que digan sus leyes formalmente aprobadas, ni siquiera de lo que digan sus leyes “fundamentales”. Las reglas de base efectivamente aceptadas pueden habilitar a ciertas autoridades, dentro de ciertos márgenes, a precisar el contenido de los derechos/deberes que se le aplican. Sin embargo, el que la autoridad esté o no sujeta a deberes de orden superior, o el que los individuos sean o no titulares de ciertos derechos irrenunciables, será verdadero o falso en virtud de reglas de base efectivamente seguidas.

Lo que por cierto las autoridades sí pueden hacer intencionalmente es modificar o eliminar las cartas constitucionales o las leyes ordinarias que receptan un determinado modelo de autoridad y orden jurídico. En este caso, las posibilidades son dos. Si el modelo de estado constitucional está efectivamente en vigor, la eliminación de las normas legisladas que reconocen derechos/deberes fundamentales configurará una violación de las reglas sociales vigentes y, en tal medida, sería una acción ilegítima o injustificada. La alternativa es que al derogar

esas normas legisladas las autoridades estén solo haciendo explícito un cambio de paradigma que ya ha tenido lugar. En este caso sí estaríamos ante un nuevo modelo de autoridad y orden jurídico, pero no en virtud de la derogación en cuestión sino porque ella pone de manifiesto un cambio que ya se ha producido en las reglas sociales de base.

Conforme vimos, la presencia de constituciones formales o de normas llamadas “constitucionales” es típica o paradigmática en los estados que corresponden a este modelo, sin embargo, no es necesaria. Lo que sí es definitorio de este tipo de orden jurídico es el hecho que la autoridad reconoce explícitamente dos cosas: su carácter constituido y normativamente limitado. Puede decirse que bajo este paradigma “ser autoridad” es una posición normativa en dos sentidos diferentes. En un primer sentido porque, como en todos los restantes casos, “ser autoridad” es una propiedad que tiene origen en una norma que confiere poder, cualquiera sea el tipo y el alcance del poder de que se trate. En un segundo sentido porque, en este específico caso, la autoridad está constitutivamente subordinada a la aceptación de un conjunto de pautas regulativas.

De este modo, un rasgo novedoso del modelo de orden jurídico constitucionalista es justamente el que la autoridad suprema acepta y se auto-concibe como una autoridad limitada por normas de orden superior que la justifican y no dependen de ella. En modo exagerado puede decirse que el modelo constitucionalista supone una especie de judicialización de la autoridad suprema. Un juez crea normas, *i. e.* dicta sentencias. Pero, a la vez, también identifica e interpreta las normas generales a las que se presupone vinculado y que justifican las normas individuales que emana. Del mismo modo, en el modelo constitucionalista, también las autoridades supremas se presentan a sí mismas como desempeñando estas dos funciones. Por una parte, crean normas dirigidas a los individuos sujetos a su autoridad, pero al mismo tiempo hacen explícitas e interpretan las normas que las justifican y a las que se presuponen vinculadas en el ejercicio de su autoridad. Esta característica explica por qué, cuando este tipo de autoridad crea normas de rango constitucional e identifica a través de ellas los derechos/deberes fundamentales que la vinculan se ve a sí misma como reconociendo límites que ya tiene, y como no creando derechos/deberes *ex nihilo*.

Este rasgo merece un breve comentario. El hecho de que “ser una autoridad” sea una propiedad normativa, dependiente en última instancia de normas socialmente aceptadas es un dato que no todas las concepciones de la autoridad asumen. Sin embargo, se trata de un dato pacífico entre los teóricos del derecho: la existencia de autoridades es parte de una realidad socialmente construida mediante la aceptación de reglas constitutivas. Al respecto es interesante observar que, entre otras cosas, este dato pone en evidencia el carácter engañoso, si no directamente erróneo, de una distinción clásica en la literatura sobre este tema: aquella entre autoridades constituyentes y constituidas. Es claro que hay diferencias relevantes a señalar entre categorías distintas de autoridades. No obstante, una vez observado que el status de autoridad depende totalmente de reglas aceptadas en un grupo social, dicha distinción se podría tolerar solo a condición

de subrayar algo que ella tiende a ocultar: que las autoridades llamadas “constituyentes” son, a la vez, también constituidas. Podría decirse que, así como si admitimos el modelo de estado constitucional de derecho una exigencia de coherencia impone abandonar la idea de autoridad soberana —ya que bajo dicho modelo la idea de autoridad soberana resulta auto-contradictoria—, cualquiera sea el modelo de autoridad que se acepte, si admitimos que la existencia de autoridades es parte de la realidad social, una exigencia de coherencia impone abandonar la noción de autoridad constituyente, ya que el único poder constituyente de autoridades es el del grupo social que acepta, o no, ciertas reglas constitutivas.

Bibliografía

- Alchourrón, C., Bulygin, E. (1971). *Normative systems*, Wien, Springer.
- (1991). *Sobre el concepto de orden jurídico* (1976), en *id.*, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 393-407.
- Bulygin, E. (1991). *Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos*, «Doxa», 9, 257-280.
- Caracciolo, R. (1988). *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- (1996). *Sistema Jurídico*, en Garzón Valdés, E., Laporta, F. (eds.), *El derecho y la justicia. Enciclopedia Ibero Americana de Filosofía*, Madrid, Trotta, 161-176.
- Ferrajoli, L. (1989). *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Editori Laterza.
- (2007a). *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 1. Teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza.
- (2007b). *Principia Iuris. Teoria del diritto e la democrazia. 2. Teoria della democrazia*, Roma-Bari, Editori Laterza.
- (2011). *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*, «Doxa», 34, 15-53.
- Ferrer, J., Rodríguez, J. (2011). *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*, Barcelona, Marcial Pons.
- Gardner, J. (2012). *Some Types of Law*, en *id.*, *Law as a Leap of Faith*, Oxford, Oxford University Press, 54-88.
- Guastini, R. (1997). *Gerarchie normative*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», XXVII, n. 2, 463-486.
- (1999). *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Gedisa.
- (2001). *Lezioni di teoria costituzionale*, Torino, Giappichelli.
- (2006). *Il diritto come linguaggio*, 2.^a ed., Torino, Giappichelli.
- (2006a). *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Torino, Giappichelli.
- Hart, H. L. A. (1961). *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press.
- Hohfeld, W. N. (1969). *Contributions to the Science of Law* (1923). Trad. italiana, *Concetti giuridici fondamentali*, Torino, Einaudi.
- Kelsen, H. (1979). *Reine Rechtslehre* (1960), trad. castellana de Vernengo, R., *Teoría pura del derecho*, México D. F., Universidad Autónoma de México.
- Moreso, J. J., Navarro, P. E. (1992). *Algunas consideraciones sobre las nociones de orden jurídico y sistema jurídico*, «Análisis Filosófico», 2, 125-142.

- Searle, J. (1995). *The Construction of Social Reality*, London, Penguin Books.
- (2010). *Making the Social World: The Structure of Human Civilization*, Oxford, Oxford University Press.
- Waldron, J. (2009). *Who Needs Rules of Recognition?*, New York University Public Law and Legal Theory Working Papers. Paper 128, http://lsr.nellco.org/nyu_plltwp/128.
- Williams, B. (1973). *Deciding to Believe*, en *id.*, *Problems of the Self. Philosophical Papers* (1956-1972), Cambridge, Cambridge University Press, 136-151.