

Sobre las normas de competencia: Algunas observaciones a las tesis de Jordi Ferrer

Por ANTONIO MANUEL PEÑA FREIRE

Universidad de Granada

Es del todo innecesario advertir acerca de la importancia que una adecuada reconstrucción conceptual de la competencia y de las normas que la delimitan tiene para la teoría del derecho, tanto por el interés del problema en sí como por las múltiples y capitales cuestiones de la teoría del derecho que se ven implicadas en cualquier planteamiento al respecto: el carácter sistemático y dinámico de los ordenamientos jurídicos, la validez jurídica –entendida ya como legalidad ya como pertenencia a un sistema–, y en especial el papel que la competencia de los órganos encargados de la producción de normas tiene a la hora de afirmar o negar su validez, el problema de la existencia de las normas o de los órganos encargados de su producción, etcétera. Por estos motivos, la obra de Jordi Ferrer¹ que sirve de *excusa* para iniciar este debate. Su objetivo declarado, la reconstrucción desde una perspectiva analítica de la estructura y las funciones de las normas de competencia en los sistemas jurídicos, no puede menos que ser considerado como oportuno y sugerente. Estamos además ante un trabajo ambicioso al incorporar su autor el *sanísimo* compromiso metodológico (quizá ausente en otros tratamientos del tema) de no cerrar el análisis de la noción sobre sí mismo, de no limitarse a exponer teorías cuyos objetos parezcan nominalmente asimilables; antes al contrario, Ferrer declara su intención de contextualizar su estudio, de enmarcar cada aportación y cada

¹ FERRER BELTRÁN, J. *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*, BOE/CEPC, 2000, Madrid.

conclusión en una red o andamiaje conceptual más amplio, donde también estarán implicados conceptos como validez, existencia de las normas, nulidad, sanción, etcétera (p. 4). Este lance es, por cierto, magistralmente sorteado por Ferrer quien es muy meticulado y preciso a la hora de hacer y deshacer todos y cada uno de los nudos de la red conceptual que teje, depurándolos conceptualmente y relatándolos con claridad y coherencia.

En la Parte Primera del libro son presentadas las dos teorías básicas a propósito de la estructura de las normas de competencia («Sobre el carácter de las normas de competencia»): la primera tesis viene siendo denominada *reductivista*, pues reduce las normas de competencia a normas de conducta, esto es, a normas que presentan algún carácter deóntico, ya sean normas que indirectamente imponen obligaciones ya sean normas que conceden permisos a las autoridades para realizar acciones normativas. La segunda tesis –la *no reductivista*– es caracterizada negativamente por el rechazo a cualquier lectura en clave deóntica de las normas de competencia y positivamente por atribuirles carácter definitorio.

Así en los capítulos I y II del libro se analizan las tesis reductivistas que asimilan a las normas de competencia a normas de conducta. Estas tesis son presentadas fundamentalmente a partir de los planteamientos al respecto de H. Kelsen, si bien se incorporan también la concepción sobre las normas de competencia de G. H. von Wright, considerado también un *clásico* de la concepción permisivista y la propuesta teórica de C. E. Alchourrón y E. Bulygin quienes, inicialmente, también consideraron a las normas de competencia como normas de conducta, en concreto, normas que permiten introducir nuevas normas en el sistema.

En el capítulo III Ferrer nos presenta diversas teorías no reductivistas, en concreto analiza las tesis de H. L. A. Hart para quien las normas de competencia serían normas secundarias, es decir, reglas cuyo objeto está constituido por otras reglas y también la propuesta de Alf Ross, quien, en la lectura de Ferrer, consideraría a las normas de competencia como disposiciones útiles para identificar las normas de conducta que establecen directamente obligaciones. En la misma línea se manifestaría la teoría elaborada por Alchourrón y Bulygin a partir de su trabajo «Definiciones y normas»², cuando, tras rechazar las anteriores lecturas permisivistas de las normas de competencia, pasarán a concebirlas como reglas conceptuales o determinativas, es decir, definiciones. Concluye la revisión de las teorías no reductivistas con el estudio de la propuesta de M. Atienza y J. Ruiz Manero a propósito de las normas de competencia.

² ALCHOURRÓN C. E y BULYGIN, E., *Análisis lógico y derecho*, CEC, Madrid, 1991. Original publicado en *El Lenguaje del Derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió* de Bulygin, E., Farrel, D., Nino, C. y Rabossi, E. (comp.) Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

La Segunda Parte de la obra contiene la propuesta personal de Jordi Ferrer: una original e interesante teoría no reductivista.

Una de las primeras y gratas sorpresas la encontramos en la pretensión de Ferrer de no eludir una demarcación precisa de la referencia de la expresión «normas de competencia». Un propósito este que resulta muy loable, pues no son infrecuentes los estudios de la noción en los que no se precisa nítidamente su referencia o bien que aportan ejemplos y supuestos difícilmente referibles a un mismo marco conceptual. La demarcación precisa de la referencia de la expresión «normas de competencia» la lleva a cabo Ferrer considerando dos elementos tenidos como característicos de este tipo de normas: el elemento personal u órgano competente y el elemento material u objeto sobre el que versa la competencia. La referencia de la noción *normas de competencia* quedaría así circunscrita a aquellas «reglas que atribuyen a determinados individuos la capacidad de crear normas válidas (según el sistema de referencia) o de realizar actos jurídicos válidos (según ese mismo sistema)» (pp. 125-126).

Otro mérito conexo a este afán de Ferrer por delimitar conceptualmente la referencia de la expresión «normas de competencia» es su esfuerzo por distinguir con claridad entre las reglas que «indican cómo debe actuar ese órgano para realizar actos jurídicos válidos o emitir normas jurídicas válidas» y las normas que «establecen meras obligaciones, sin que su cumplimiento tenga ninguna incidencia en la validez de los actos que se realicen o de las normas que se dicten» (p. 128). Las normas de competencia serían normas del primer tipo; el segundo, sin embargo, alude claramente a las normas de conducta referidas al órgano jurídico y cuyo *incumplimiento* podrá acarrear la imposición de algún género de sanción (excluida expresamente la posible nulidad de los actos jurídicos llevados a cabo por el órgano). Éstas son normas primarias y sanamente, a mi juicio, han quedado desplazadas del análisis del problema de las normas de competencia. Efectivamente, el incumplimiento de la norma que *obliga al juez a no dictar resoluciones injustas a sabiendas* podrá suponer la imposición al magistrado de una sanción de inhabilitación, multa o cualquier otra, pero esta norma ha de ser conceptualmente distinguida de las diversas normas en que se manifiesta la obligación de resolver conforme a derecho de un singular órgano y cuyo no seguimiento conllevará la nulidad o invalidez de la disposición adoptada pero no la sanción al sujeto o sujetos integrantes del órgano en cuestión. Hay sobre esta cuestión, no obstante, algún área de oscuridad: así cuando Ferrer parece rechazar que las prohibiciones u obligaciones vinculadas al *lex superior* puedan actuar como normas sobre la producción jurídica, pues en algún momento —en la página 157 del libro de Ferrer— parecen quedar circunscritas a prescripciones en sentido estricto cuyo incumplimiento podrá dar lugar a la sanción del infractor pero no a la nulidad de sus actos jurídicos. No quedaría del todo dilucidado, por tanto, si estas normas vinculadas al *lex superior* son condiciones de

actualización de la competencia, tesis que considero correcta y coherente con el planteamiento del Ferrer o si, por el contrario, son «normas de conducta acerca del ejercicio de la competencia», interpretación esta posible, si bien, quizás por contradictoria con el resto de los planteamientos de Ferrer, debiera ser rechazada.

A partir de estas operaciones teóricas preliminares creo que es posible reconstruir las tesis de Ferrer a partir de tres ideas básicas: *a)* el análisis de la competencia como propiedad disposicional institucional; *b)* el rediseño de las relaciones de normas de competencia con las de procedimiento y con otros tipos de normas que actúan como condiciones de actualización de la competencia, como sería el caso de las normas de orden superior; y, por último, *c)* el papel de la competencia en tanto que condición de validez de las normas jurídicas.

a) La competencia es analizada por Ferrer como una propiedad asignada por una norma a un concreto órgano, esto es, como una propiedad disposicional institucional por depender de la existencia de reglas (pp. 129-143). Normas de competencia serán entonces aquellas «reglas que atribuyen a un determinado sujeto *s* la propiedad de “ser competente” para realizar un determinado acto jurídico *a* sobre una materia *m*» (p. 127).

b) Mención expresa merece la distinción entre la noción de competencia y la de *condiciones de actualización de la competencia*. Este recurso permite a Ferrer abordar con éxito el espinoso problema de las relaciones entre competencia y procedimiento: al considerar a la competencia como una propiedad disposicional de ciertos órganos, las exigencias derivadas de las reglas de procedimiento pasan a actuar como condiciones de actualización de competencia, pero, en ningún caso, como elementos necesarios para la definición del órgano competente. Algo similar ocurre con las limitaciones al contenido de las normas establecidas en normas de rango superior: éstas son también condiciones de actualización de la competencia, sin que la vulneración puntual de lo dispuesto en alguna de esas normas afecte a la consideración de la autoridad *infractora* como órgano competente. En suma, una cosa sería la cuestión *qué sujeto puede llevar a cabo un determinado acto o producir un cierto resultado institucional* y otra muy distinta la de *cómo se produce* o también la de *qué contenido puede –o no puede– tener dicho acto*. Es, sin duda, mérito del autor de este libro el haber distinguido entre estas tres cuestiones y también el haber mantenido con nitidez la distinción a lo largo de la obra.

c) La propiedad institucional *ser competente* de los órganos encargados de la producción de normas actúa como condición necesaria de la validez de la producción jurídica ejecutada. No es, sin embargo, condición suficiente de validez, pues para ello habría que tomar en consideración también a las normas referidas a la actualización de la competencia, esto es, las normas de procedimiento y las que se deriven de la aplicación del principio *lex superior*. La posesión de la propiedad y la verificación cabal de todas y cada una de las condiciones de actualización de la competencia sí que actúan como condiciones conjuntamente necesarias y suficientes de validez.

Como ya advertía, el análisis de la competencia y de las normas de competencia elaborado por Ferrer es interesante y enriquecedor. Sin embargo, a mi juicio, al final quedan en pie algunas zonas de incertidumbre, justificables en todo caso a la vista de lo ambicioso de los objetivos que inicialmente se marcó mi interlocutor. Quizá habría que tener en cuenta que las dimensiones de una propuesta ambiciosa, como ésta, se miden, sin duda, por la cantidad de problemas que inaugure y no tanto por *cierres estipulativos* de todas y cada una de las cuestiones abordadas. No obstante, no descarto que la causa de algunos –e incluso todos– de los problemas que voy a comentar a continuación me sea imputable en tanto que *mal lector* del libro de Ferrer.

Mis consideraciones apuntan a ese intrincado nudo de la *red* en el que se encuentran conceptos como competencia, validez y existencia. En este sentido articularé mis comentarios entorno a los siguientes aspectos:

- 1) La naturaleza de los actos llevados a cabo en ejercicio de la competencia.
- 2) La relación entre las condiciones necesarias y/o suficientes para poder hablar de órgano competente y el carácter de los actos llevados a cabo por este órgano.
- 3) La estructura de las normas de competencia y su relación con el problema de la existencia de los actos o normas jurídicas.

1) La competencia es definida por Ferrer como la «capacidad atribuida por reglas de un determinado sistema jurídico Sj, de producir actos jurídicos válidos de acuerdo con ese mismo sistema Sj» (p. 130). La referencia a «actos jurídicos válidos» resulta perturbadora porque la validez de un acto, según el propio Ferrer, se sustancia en su legalidad y ésta obviamente comprende también el seguimiento de las normas de procedimiento y de las relevantes en función del principio *lex superior*. Dicho claramente, mientras que la competencia es la capacidad de crear actos jurídicos según el procedimiento establecido –¿de qué otro modo llegarían a ser válidos?–, las normas de competencia se definen con exclusión expresa de las normas procedimentales haciendo referencia apenas al órgano y a la materia sobre la que aquél es declarado competente. Una definición de competencia coherente con la previa definición de normas de competencia quizá tendría que haber obviado cualquier referencia a la «validez» y –en la línea de los *actos correctos* o simplemente *jurídicos* a que se refiere Hernández Marín³– preconizado algo así como que competencia es la capacidad de ciertos órganos de crear actos jurídicos –sin más– sobre determinadas materias según las reglas de un sistema jurídico Sj.

³ Vid. HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 310.

2) Otro espinoso asunto es el análisis de las condiciones necesarias y/o suficientes de *existencia* de los órganos jurídicos encargados de la producción jurídica y su relación con las condiciones –necesarias y/o suficientes– de validez o legalidad de los actos producidos por aquellos órganos. La definición o precisión de las condiciones de mera existencia de órganos o actos jurídicos es un asunto espinoso y difícil, en parte dada su condición de problema de *frontera* entre la teoría del derecho y otros análisis marcadamente sociológicos, con lo que ni los tratamientos puramente normativos ni otros de corte empírico nos satisfacen plenamente.

En todo caso, se hecha en falta un pronunciamiento preciso a propósito del problema de las condiciones suficientes o necesarias para entender constituido a un determinado órgano jurídico. Bien es verdad que el tema no es central, esto es, que no afecta a la condición de *órgano competente* según la propuesta de Ferrer pues ésta depende de la existencia de una norma atributiva de competencia; pero no es menos cierto que la noción de *existencia* tal y como está siendo manejada ahora parece ser uno de esos nudos o conceptos clave en el diseño de la red conceptual en la que Ferrer quiere abordar y explicar los problemas de la competencia y las norma de competencia. También el recurso frecuente a nociones como las de *órgano a secas* y *órgano competente* e incluso *órgano actuando conforme a todas las normas, incluidas las procedimentales, vinculadas con la producción jurídica* justificaría un pronunciamiento sobre el problema que nos ocupa.

Pero veamos cómo sería posible reconstruir la postura de Ferrer sobre este asunto. Ya señalé que Ferrer rechaza la asimilación del *órgano competente* al *órgano que actúa válidamente*. Lo hace en algún momento de un modo muy ilustrativo al discriminar entre cuatro situaciones diversas referidas a una reunión de unos parlamentarios que podría desarrollarse de los siguiente modos:

- a) al margen de las normas relativas a la constitución de las sesiones del Congreso de los Diputados, aunque luego los parlamentarios actúan conforme al procedimiento legislativo establecido y proceden a *dictar una ley*;
- b) nuevamente al margen de las normas referidas a la constitución del Congreso, si bien a continuación ni siquiera se sigue el procedimiento establecido a la hora de proceder al *dictado de la norma*;
- c) según las normas sobre la convocatoria y constitución del Congreso y actuando a continuación los Diputados conforme al procedimiento establecido para dictar leyes;
- d) y, por último, esa misma reunión de diputados debidamente constituidos como Congreso si bien en este caso no actúan conforme a las normas del procedimiento establecidas para dictar válidamente leyes.

Ferrer da por sentado que en el supuesto c) se «emitido una ley válida de acuerdo al sistema jurídico español»; en este caso el órgano actúa

válidamente, lo que, dicho sea de paso, presupone su competencia. Poco se puede añadir, salvo una pequeña matización: si suponemos que una norma sólo habrá sido válidamente emitida cuando se hayan respetado escrupulosamente todas y cada una de las condiciones de actualización de la competencia y, que por tanto, éstas actúan conjuntamente como condiciones necesarias y suficientes de validez ¿no sería un tanto precipitado decir que la debida constitución de un órgano como tal y el cumplimiento de las normas relativas al procedimiento para producir nuevas normas tienen como efecto inmediato la producción de una norma válida? Tengo la impresión de que estamos ante una cuestión puramente terminológica que se solventa diferenciando entre dos afirmaciones básicas referidas a la situación descrita: una cosa sería decir que «se ha emitido válidamente un ley» (lo ocurrido y correcto para describir el caso c) y otra distinta que «se ha emitido una ley válida» (lo que Ferrer dice en la página 128). En «emisión válida de una ley» «válida» adjetiva a «emisión» y no a «ley»; esta situación se verificaría cuando el acto de promulgación de una ley se ha llevado a cabo por el órgano competente y según el procedimiento previsto, sin considerar otros factores, como el contenido del documento promulgado, por ejemplo. Si el contenido del texto promulgado es o no es compatible con las determinaciones de las normas de orden superior, es una cuestión bien distinta y que se expresa mediante la segunda afirmación referida, donde «válida» va referido a «ley» y no a «emisión». De este modo discriminaríamos entre las condiciones de validez del acto de emisión de la norma donde tendrían cabida los requisitos de carácter procedimental y los relativos a la constitución del órgano jurídico como tal y, de otro lado, los requisitos que afectan al contenido de la norma y a su correspondencia o no contradicción con el del otras normas del sistema que actúen como condicionantes materiales de su validez.

Pero volvamos al problema de la existencia de los órganos jurídicos encargados de la producción de normas. A estos efectos, los supuestos interesantes son los otros tres, esto es, los a), b) y d). Ferrer, acertadamente a mi juicio, se niega a asimilar los casos a) y b) al d), por el sencillo motivo de que a su juicio mientras que «en los supuestos a) y b) no se diría siquiera que el Congreso de los Diputados se ha reunido, de modo que lo realizado en esos casos no sobrepasa el nivel de las actuaciones puramente particulares», en el último caso «sí puede decirse que el Congreso estaba debidamente reunido, de modo que en algún sentido, sus actuaciones eran *oficiales*» (p. 128).

Y ¿cuáles son las condiciones necesarias para poder afirmar que estamos en presencia de un órgano jurídico de alguna clase (un Congreso, un Tribunal, el Pleno de un Ayuntamiento, etc.) o que estamos ante un *órgano oficial*? Ferrer parece considerar que el cumplimiento de «algunas reglas habitualmente llamadas procesales son constitutivas del propio órgano» y que cuando se sigue lo dispuesto en estas reglas «el Congreso estaba debidamente reunido, de modo que en algún sentido, sus actuaciones eran *oficiales*».

Llama la atención poderosamente el recurso al término «debidamente» porque no sé si es empleado como sinónimo de «válidamente» o, al contrario, es empleado *deliberadamente* con la intención de evitar la utilización de esa segunda expresión, esto es, de «válidamente». Cabría preguntarse entonces lo siguiente: si un «órgano válidamente constituido» es aquél que cuya convocatoria y constitución ha sido absolutamente escrupulosa con las normas al respecto sobre el procedimiento establecido —a esto apuntaría, creo, la expresión «válidamente constituido»—, ¿qué diferencias hay —si es que hay alguna— entre este órgano y el órgano debidamente constituido?

Para ilustrar la pregunta, consideremos estas tres diferentes variantes en el ejemplo que formula Ferrer:

- e) Un grupo de parlamentarios, previa su convocatoria en la que se han seguido todas y cada una de la reglas establecidas, se reúne y da curso a ciertas iniciativas legislativas.
- f) Un grupo de parlamentarios, previa su convocatoria en la que se han seguido todas y cada una de la reglas establecidas salvo la que establece que los diputados serán citados con diez días de antelación a la convocatoria, pues dos o tres de ellos resultaron citados apenas siete o seis días antes de la fecha marcada, se reúnen y dan curso a ciertas iniciativas legislativas.
- g) Un grupo de parlamentarios se reúnen en una playa sin previa convocatoria ni orden del día y allí mismo deciden dar curso a ciertas iniciativas legislativas de sus miembros.

Supongo que Ferrer estará de acuerdo conmigo en que ninguna de las dos últimas convocatorias fue *válida*, esto es, en ambas se produjo alguna desviación respecto a las normas relativas a la *válida constitución del Congreso* lo que nos permite precisamente hablar de *invalidéz*. Ahora bien ¿es correcto asimilar la situación f) a la g) y contraponerlas a la e)? Creo que no, pues mientras que en f) —como en e)— tendría sentido hablar del *Congreso*, en g) creo que no. Nuevamente abuso de la paciencia de Ferrer y le pregunto: ¿hay entre f) y g) alguna diferencia conceptualmente relevante?, ¿y algún parecido de esa misma clase entre f) y g)? y finalmente, ¿es f) un caso de órgano *debidamente reunido* al que él alude?

Si la respuesta a la última pregunta formulada es positiva y las distinciones previas son juzgadas como relevantes, quizá hubiera sido preciso indicar, aun genéricamente, qué naturaleza tienen las condiciones necesarias y suficientes de la *debida* constitución de los órganos que parecen actuar como condiciones mínimas de existencia del órgano y que parecen ser distintas de las condiciones *necesarias y suficientes de su válida constitución*.

Como dije Ferrer consideraría que «algunas de las reglas habitualmente llamadas procesales son constitutivas del propio órgano» (p. 128). Sin embargo, se echa en falta una delimitación mayor y algún pronunciamiento acerca de la naturaleza de estas reglas, quizá

al modo de A. G. Conte⁴ señalando que son aquellas que nos permiten pensar, concebir o percibir al órgano como tal. También me inclino a pensar que la naturaleza última de este tipo de reglas es social, esto es, que están en relación con las creencias y actitudes de los sujetos de un grupo social determinado –al modo de las normas vigentes a las que se refieren Moreso y Navarro⁵, esto es, aquéllas que un grupo de sujetos de una sociedad determinada *crea* que son normas jurídicas y reconoce que tienen que ser tenidas en cuenta por funcionarios y particulares– y no tanto con parámetros o estándares fijados en normas a modo de condiciones necesarias y/o suficientes de existencia de los órganos jurídicos. Esta solución nos coloca ante una auténtica encrucijada conceptual, pues así las cosas el grado de rigor de la *debida constitución* de un órgano podría variar en función, por ejemplo, de la mayor o menor estabilidad del sistema político vinculado al ordenamiento jurídico que nos sirva de referencia. Esto supondría aceptar que es difícil, sino imposible, encerrar a las condiciones en una formulación canónica mínima, pero en todo caso, creo que por este motivo no quedamos eximidos de la necesidad de abordar el asunto.

3) Estas últimas consideraciones condicionan también el diseño final del carácter y estructura de las normas de competencia de la propuesta de Ferrer quien recurre a la tipología desarrollada por A. G. Conte y asigna a las normas de competencia la estructura de reglas noético-constitutivas: son, por tanto, condición necesaria y suficiente de aquello sobre lo que versan. El objeto sobre el que versan (y que constituyen) las normas de competencia es la posesión de la propiedad disposicional «ser competente» o, dicho de otro modo, el objeto a que se refieren (o que constituyen) las reglas (noético-constitutivas) de competencia es al *órgano competente*, algo distinto, como hemos visto, del *órgano a secas* (¿o debidamente constituido?) y también del *órgano que dicta normas válidas*⁶.

Efectivamente veíamos que la existencia del *órgano a secas* dependía de sus propias reglas constitutivas o quizá de las reglas precisas para poder considerar que quedó *debidamente* (¿o válidamente?) convocado en la versión de Ferrer. Del otro lado, la validez de los actos del órgano depende, no sólo de que éste tenga atribuida por una norma la propiedad disposicional institucional *ser competente*, sino también de que se cumplan las condiciones de actualización de la competencia para cada caso concreto de ejercicio de la misma, esto es, que la emi-

⁴ Vid, por ejemplo, CONTE A. G. «Regole costitutive, condizione, antinomia» en Scarpelli, U. *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenza attuale*, Edizioni di Comunità, Milán, 1983.

⁵ Vid. MORESO J. J. y NAVARRO P., *Orden jurídico y sistema jurídico*, CEC, Madrid, 1993, p. 112.

⁶ Como hemos visto aún sería posible matizar un poco más y diferenciar a éste del *órgano que emite válidamente normas*, sin que, sin embargo, las normas emitidas sean válidas. Por motivos de simplicidad en la exposición prescindiré de esta última distinción.

sión del acto en cuestión se sigan las reglas de procedimiento establecidas y que el contenido de la norma emitida no sea incompatible con el de otras normas superiores del sistema.

El esquema es globalmente coherente aunque, a mi juicio quizá sea *innecesariamente* complicado. Pero veamos el por qué de esta supuesta complicación.

Creo que no resultará atrevido aventurar que uno de los principales objetivos que han movido a Ferrer a reconstruir la estructura y el carácter de las normas de competencia a partir de la noción de propiedad institucional *ser competente*, ha sido la de dar estabilidad a la noción misma de competencia y de órgano competente. Acertadamente, a mi entender, Ferrer ha considerado contraintuitivas los análisis teóricos del problema de la competencia propuestos por autores como Alchourrón y Bulygin por incluir a las condiciones de actualización de la competencia –reglas procedimentales y límites derivados del principio *lex superior*– en la definición de competencia y a ésta en la noción misma de órgano jurídico. Ferrer ha impugnado con argumentos convincentes las dos asimilaciones: un órgano competente que actúa de un modo procedimentalmente irregular o que dicta una norma cuyo contenido es contrario al de otra norma superior perteneciente al sistema jurídico de referencia, no ha de dejar de ser considerado por ese simple motivo *órgano competente* ni, por supuesto, tampoco *órgano jurídico*. El Congreso de los Diputados debidamente constituido actúa *oficialmente*, i.e. como Congreso, incluso cuando al actuar infringe alguna de las normas previstas en su reglamento para la promulgación de las leyes y, por este mero hecho, ni puede ser considerado una mera reunión privada de parlamentarios ni el resultado de su actividad asimilado a un texto elaborado por unos alumnos de prácticas de alguna asignatura de la licenciatura en derecho de alguna universidad.

Sin embargo, me pregunto si el recurso a la noción de propiedad disposicional institucional y a la consideración de las normas de competencia como reglas noético-constitutivas era la única vía para alcanzar ese objetivo y superar esas contraintuitivas conclusiones o, en cualquier caso, si es la vía más simple para hacerlo.

Creo que es posible sortear las no del todo satisfactorias conclusiones de reconstrucciones como las de Alchourrón y Bulygin y, de otro lado, articular una propuesta a propósito de las normas de competencia estructuralmente más simple que la de Ferrer, aunque no estoy del todo seguro, dada la complejidad del tema que nos ocupa, que esto pueda llegar a ser una ventaja. A la hora de elaborar una alternativa, yo partiría de la tipología de normas sobre la producción jurídica de R. Guastini⁷ y distinguiría los siguientes tipos de normas:

⁷ Por ejemplo en *Il giudice e la legge*, Giappichelli, Milán, 1995, p. 136 ss. o en *Distinguiendo*, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 309-311.

a) Reglas que confieren poderes que son las que adscriben a un determinado sujeto poder para la creación de un tipo de norma o fuente legal específica identificada con su correspondiente *nomen iuris*, como por ejemplo, la que podría extraerse del artículo 66 CE que confiere poder a las Cortes Generales para el ejercicio de la potestad legislativa, esto es, le confiere poder para producir un tipo de fuente específica denominada *ley*.

b) Reglas de procedimiento que regulan el modo de ejercicio de un poder conferido. Sería el caso de las que establecen cómo han de guiarse las Cortes Generales para producir *leyes* y valen como ejemplo las del Capítulo Segundo del Título III de la Constitución española.

c) Reglas que singularizan o determinan qué tipo de asuntos o qué materia habrá de ser regulada por un órgano específico. Los artículos 148 y 149 de la Constitución española son un ejemplo paradigmático de este tipo de reglas.

d) Reglas que reservan una competencia normativa o reglas que reservan para una determinada materia o asuntos una específica fuente legal, en el sentido de que ninguna otra fuente es adecuada para regular ese asunto y, además, que mediante la fuente legal afectada no es posible realizar delegación para regular el asunto de que se trate mediante cualquier otra fuente distinta. Un buen ejemplo sería el caso del artículo 53 CE que establece reserva de ley para regular el ejercicio de ciertos derechos y libertades: así las cosas, y prescindiendo de otras consideraciones, sólo los órganos a los que se hubiera atribuido poder para producir *leyes* podrían pretender regular el ejercicio de tales derechos y habrían de hacerlo precisamente mediante leyes y no mediante el recurso a alguna otra fuente cuyo poder de producción también les hubiera sido conferido.

e) Por último, reglas que limitan el contenido de una competencia normativa, esto es, reglas que *ordenan* o *prohíben*⁸ a un poder normativo dar a las normas un específico contenido. Así y según el artículo 53.1 CE ni siquiera las Cortes Generales, en el marco de su competencia y mediante una ley, podrían afectar al contenido esencial de ciertos derechos y libertades, contenido que actúa como un límite material al ejercicio de su poder en el marco de su propia competencia.

Mi propuesta⁹ es considerar a las primeras reglas aludidas reglas constitutivas y a las restantes reglas anankántico-constitutivas. Las reglas que confieren poderes, en tanto que normas que confieren poder a un órgano para producir un tipo específico de fuente, actuarían entonces como condiciones necesarias de existencia de esa precisa fuente, luego, en este sentido, son las reglas constitutivas de las

⁸ Lo correcto quizá fuera sería decir *que establecen que tal o cual contenido valdrá como condición necesaria de validez o suficiente de invalidez*.

⁹ La he desarrollado en «Reglas de competencia y existencia de las normas jurídicas» en *DOXA* núm. 22 (1999).

leyes, las sentencias, etc. Por poner un ejemplo simple, la regla «se confiere poder (exclusivo) al parlamento para la producción de leyes» sería entonces equivalente a la regla «(sólo) las decisiones del parlamento cuentan como leyes» –que a su vez no es sino una formulación de la conocida «*X cuenta como Y*»– y en ambos casos estaríamos en presencia de la regla constitutiva del tipo de fuente «ley» pues la regla misma *es* la condición necesaria de concebibilidad, pensabilidad y posibilidad de aquello a lo que se refiere ya que, en este caso, la ley ni es posible ni puede ser pensada o concebida como decisión de un órgano distinto del parlamento en cuestión. La vinculación del tipo de fuente con el órgano al que se confirió el correspondiente poder puede llegar muy fuerte, hasta el punto de alcanzar niveles definitorios. Así el haber recibido poder para producir un tipo de fuente de alcance general, a la que normalmente se la conoce como *ley*, no es sino un rasgo de la definición de una clase, más o menos constante, de órganos a los que se denomina *órganos legislativos*. En este sentido estas reglas son también constitutivas del órgano en cuestión.

En cuando a las restantes reglas, a saber, las reglas de procedimiento constitutivas, las de competencia, las de reserva y las *de contenido*, son reglas que condicionan si una fuente jurídica o tipo de norma –por ejemplo, una ley o una sentencia– puede alcanzar un determinado valor, en concreto, el de *ser válida*, esto es, el *haber sido regular o legalmente producida*. Por este motivo, la actuación fuera del marco diseñado por cualquiera de estas normas no llega a afectar a la existencia de la fuente como tal, sino a su validez. De ahí que puedan ser consideradas reglas anankástico-constitutivas, esto es, reglas que *ponen* condiciones necesarias de validez a normas o actos cuya existencia depende ya de sus propias reglas constitutivas.

En este análisis, como el de Ferrer, la competencia en ambos casos no pasa de ser una relación normativa entre un asunto o materia y un órgano¹⁰. Ambos analizan separadamente a la cuestión de la competencia de otras naturaleza bien diversa como son el procedimiento o los límites materiales al contenido de una norma que vinieran establecidos en normas de rango superior. Y, por último, en él también, como en el caso del de Ferrer, la competencia no pasa de ser una condición necesaria pero no suficiente de validez.

Ahora bien, hay un lectura distinta para el nudo de la red conceptual en que se encuentran competencia/validez, una por cada marco conceptual presentado: para Ferrer que un órgano quede investido con la propiedad disposicional institucional *ser competente* en virtud de una norma de competencia, no es sino una de las tres condiciones conjuntamente necesarias para considerar válidos a las normas producidas por ese órgano (las otras dos, recordemos, cumplimiento del

¹⁰ Quizá con un matiz diferencial que analizaré a continuación.

procedimiento y no incompatibilidad con normas de orden superior). Según el modelo alternativo que ahora presento, cuando un órgano que dicta una norma ha respetado todas y cada una de las condiciones puestas por las normas sobre la producción jurídica que le afectan, incluidas las de competencia, habrá dictado una norma válida.

¿Qué lectura es la correcta? No creo que tenga sentido hablar de corrección o incorrección en este caso. Los parámetros son otros: utilidad, claridad, etc. Desde esta óptica me atrevo a sugerir dos ventajas de mi alternativa frente a la de Ferrer.

En primer lugar creo que toma nota de la distinción entre poder para dictar un tipo de fuente jurídica concreta y competencia para regular una materia o asunto específico. En este sentido, imaginemos estas dos situaciones en cierto modo extremas, pero quizá por ello muy clarificadoras:

a) El Congreso de los Diputados aprueba documento denominado «sentencia» en el que se declara la inocencia de un sujeto imputado criminalmente por ciertos delitos y se le exonera de toda responsabilidad criminal.

b) El Congreso de los Diputados aprueba documento denominado «ley» en el que se declara la inocencia de un sujeto imputado criminalmente por ciertos delitos y se le exonera de toda responsabilidad criminal.

Al margen de la quiebra institucional a que pudiera llevar cualquiera de estas dos situaciones, hay algunas diferencias singulares entre ambas: pocos juristas, o ninguno, estarían dispuestos a reconocer al documento del Congreso del primer caso propuesto como una «sentencia»; tampoco creo que nadie disertara en las páginas de opinión de la prensa acerca de *que recurso formular contra la «sentencia» o ante qué órgano correspondería hacerlo*. El segundo supuesto, sin dejar de ser extravagante, sin embargo me parece matizadamente distinto: ¿no tendría algún sentido hablar en el segundo caso de conflicto de *competencias* entre poder legislativo y judicial o de *inconstitucionalidad* manifiesta de la *ley* y, por tanto, de la necesidad de su inmediata depuración por parte del Tribunal de Conflictos correspondiente o por el Tribunal Constitucional? En este segundo caso se discutiría, desde luego, no el poder del Congreso de dictar leyes —tan indiscutible como lo es el que no ostenta poder para producir sentencias—, sino su competencia para dictarlas sobre ese concreto asunto por ser materialmente jurisdiccional.

La explicación de este matiz es bien simple según el modelo de normas sobre la producción jurídica recién expuesto: lo *vulnerado* en el primer caso por el Congreso fue la regla que confiere poder en exclusiva a los jueces y tribunales para producir «sentencias»; en el segundo caso, el Congreso se atuvo a la norma que le confiere poder para producir leyes, si bien vulneró la norma que atribuye a los jueces competencia para declarar la responsabilidad por hechos criminales y

para hacer ejecutar las resoluciones penales¹¹. De ahí que en el primer caso el efecto del acto de *vulneración* sea la inexistencia de la fuente como tal –sería absurdo afirmar que estamos ante una sentencia–, mientras que en el segundo el efecto sea bien distinto: de un lado, el reconocimiento de la fuente como tal y al tiempo la afirmación clamorosa de su invalidez. Sin embargo, según la propuesta de Ferrer en ambos casos el Congreso habría actuado al margen de su competencia, con lo que las diferencias entre uno y otro quedarían sin explicar: así creo deducirlo de la nota 267 de su libro en la que asimila la norma que «constituye a las Cortes en competentes para emitir leyes» con las normas que establecen que materias han de regularse por ley, es decir, asimila la relación órgano/fuente a la relación órgano/materia y las refiere ambas a un mismo tipo de norma, las normas de competencia.

Por último creo que el modelo alternativo expuesto es estructuralmente más simple. En el esquema de Ferrer a la hora de analizar la validez de una norma jurídica habríamos de considerar tres estructuras distintas para las normas sobre la producción jurídica: las (eidético–) constitutivas referidas a la (*¿debidamente?*) constitución del órgano, las noético-constitutivas para las normas de competencia que actúan como condición necesaria y suficiente de la posesión de la propiedad disposicional «ser competente» y, por último, las reglas anankástico-constitutivas para las condiciones de actualización de la competencia, que serían condiciones necesarias de validez. En el modelo que propongo como alternativo sólo precisamos dos estructuras básicas: las reglas (eidético–) constitutivas que valen para dar cuenta tanto de las condiciones necesarias y suficientes de existencia del órgano en cuestión¹² y, en segundo lugar, las anakánstico-constitutivas para las condiciones necesarias de validez de acto o norma en cuestión, incluyendo las cuestiones de competencia, las procedimentales, las reservas y los condicionantes de contenido de rango superior.

Finalmente, sólo decir que mantengo viva la amarga sensación de haber abusado de la paciencia y la generosidad de mi interlocutor. Me alivia, no obstante, tener la certeza de que el modo en que resuelve las cuestiones abordadas en su obra, acreditan sobradamente su *competencia* para encarar con facilidad y soltura las consideraciones que he comentado, aliviando de ese modo la intensidad del sabor de la sensación a la que me refería.

¹¹ Mediante alguno de los tipos de fuente para cuya producción se les ha conferido el correspondiente poder, esto es, sentencias, autos y providencias por la correspondiente regla que confiere poder.

¹² Y paralelamente del tipo de fuente de que se trate, asunto este no muy claro en la propuesta de Ferrer.