

## EL DERECHO Y LOS JUEGOS. UTILIDAD Y LIMITES DE UNA ANALOGIA

(A propósito de un reciente libro de Gregorio Robles)

MIGUEL ANGEL RODILLA

Salamanca

El título del reciente libro de Gregorio Robles (1) podría suscitar en el lector desprevenido la sospecha de hallarse ante uno de tantos intentos de aplicación, en este caso al campo del derecho, del utillaje conceptual de la llamada «teoría de los juegos». Basta la lectura de los primeros párrafos para que semejante impresión se desvanezca. En la teoría de los juegos «juego» entra como término técnico para designar muy variadas situaciones de interacción estratégica entre individuos racionales orientados a maximizar sus respectivas funciones de utilidad. La teoría se ha empleado para analizar situaciones tan escasamente lúdicas como las de la guerra y el mercado; y ciertamente no han faltado intentos de aplicarla al campo de las normas sociales (2). No es éste el terreno en que se mueve el ensayo de Robles. Antes bien, su autor toma «juego» en el sentido más corriente del vocablo; y su propósito es analizar la estructura formal de juegos como el ajedrez y el fútbol con el fin de establecer una comparación entre los sistemas de reglas de tales juegos y el que es característico del derecho. Se trata de un «ensayo de teoría analítica del derecho» guiado por la idea de que entre los juegos y el derecho existe una estrecha homología estructural cuyo estudio facilita una mejor comprensión de la naturaleza del derecho.

Es innegable que a partir de la obra tardía de Wittgenstein, para no hablar de las secuelas de las investigaciones de J. L. Austin en torno a las

---

(1) Gregorio ROBLES, *Las Reglas del Derecho y las Reglas de los Juegos*, Palma de Mallorca, 1984, 278 pp.

(2) Para no ir más lejos, vid., en este mismo ANUARIO (Nueva Epoca, vol. 1, 1984). J. M. ROMERO MORENO/L. J. PEREDA ESPESO, «Reflexiones sobre Modelos Matemáticos y Decisión Jurídica». Una exposición comprensiva de la teoría de los juegos en relación con situaciones sociales puede encontrarse en J. C. HARSANYI, *Rational Behavior and Bargaining Equilibrium in Games and Social Situations*, Cambridge Univ. Press, 1977. Instructivo sobre los límites del enfoque es O. HÖFFE, *Strategien der Humanität*, Alber, Freiburg/München, 1975 (del cual debe existir versión castellana en Ed. Alfa, bajo el título *Estrategias de lo Humano*). Un interesante ensayo de aplicación de la teoría de los juegos a la «reconstrucción racional» de normas sociales como estructuras emergentes de la acción autointeresada de individuos en situaciones sociales definidas puede verse en E. ULLMANN-MARGALIT, *The Emergence of Norms*, Clarendon, Oxford, 1977.

expresiones performativas, el juego ha gozado en la filosofía analítica de un cierto prestigio analógico. Que ello no ha dejado de hacerse notar en la teoría jurídica reciente es algo que saben bien quienes están familiarizados con la jurisprudencia analítica de más o menos fiel inspiración hartiana. Sin embargo, el libro de Robles representa el primer intento, que yo sepa, de explotar de forma sistemática y sostenida la analogía a los fines de una teoría del derecho. Que Robles lo haga sin recurrir a argumentos de autoridad —a decir verdad, su libro está enteramente desprovisto de aparato bibliográfico— no debe interpretarse como si su reflexión procediese de alguna especie de limbo doctrinal —si es que semejante lugar existe. Antes bien, su exposición trasluce un cabal conocimiento de la literatura relevante. Y con todo, la suya es una obra original y de perfiles e intenciones bien definidos. Y su autor se mueve en la materia con libertad y decisión: no vacila en acuñar su propia terminología allí donde le parece conveniente; y como pretende abrir nuevos cauces sin ocultar las aristas polémicas de sus propuestas, tampoco tiene empacho alguno en zanjar, llegado el caso incluso con gesto autoritario, discusiones doctrinales complejas y de vieja data. La suya es, en fin, una obra estimulante, que da qué pensar.

A lo largo de su ensayo aborda Robles muchos más temas de los que puedo dar cuenta en estas páginas, que tendrán que limitarse a comentar lo que creo yo que constituye la estructura básica de ideas y conceptos. El rico material sustentado por tal armazón está formado por reflexiones que a menudo por sí solas merecerían un comentario independiente y a las que aquí en el mejor de los casos sólo se podrá hacer referencia de forma alusiva. Por otra parte, como quiera que el esqueleto básico de ideas toca problemas fundamentales de teoría del derecho, y por cierto de forma original y sugestiva, una mera reseña bibliográfica no haría justicia al esfuerzo desplegado por su autor. Aunque el comentario adopta una forma de presentación que tal vez no sea siempre aquélla que el mismo autor había elegido, su propósito es poner de relieve, con la mayor fidelidad posible a las intenciones básicas del autor, las implicaciones de su enfoque. Por lo demás, las indicaciones que siguen no pueden ser tomadas ni como un sustitutivo ni como una excusa de la lectura de un libro por muchas razones interesantes.

1. Una forma relativamente extendida de abordar el problema de la «definición» del derecho ha sido (pienso v. gr., en Stammler y Kelsen o, entre nosotros, en Recaséns Siches y García Maynez), y sospecho que en nuestra práctica docente sigue siendo en alguna medida, establecer, siguiendo el método «*per genus et differentiam*», una especie de deslindamiento arborescente de «esferas» de la realidad en la siguiente línea: ante todo, se distingue entre leyes naturales y reglas de conducta (o entre las categorías del ser y del deber ser, entre el percibir y el querer, o simplemente entre oraciones descriptivas y prescriptivas); dentro de la segunda categoría se distinguen, a continuación, las reglas técnicas de las normas, señalando, por ejemplo, que aquéllas establecen un mero imperativo condicionado, mientras que sólo las segundas imponen un deber en sentido propio; finalmente se distinguen, dentro del campo de las normas, las del derecho, la moral, los usos sociales, analizando la naturaleza del deber en cada caso. Pues bien, cualesquiera

que fueren los méritos propedéuticos de semejante modo de proceder, creo que Robles lo desaprobaba —y opino que con cierta razón— como desorientador. Lo que constituye el núcleo de su argumentación, al menos por lo que aquí me interesa destacar, gira en torno a las siguientes ideas:

a) Que el derecho guarda una analogía estructural más estrecha con los juegos que con la moral y los usos sociales, y por cierto de tal modo que el estudio de esa analogía ayuda a ver que la forma corriente de abordar el problema de la definición o concepto del derecho está descaminada.

b) Que la razón de que lo esté radica básicamente en que arranca de una dicotomía arbitrariamente simplificadora entre el «mundo» del ser y el del deber ser que no se compadece con la naturaleza ni de los juegos ni del derecho.

c) Que semejante visión simplificadora es responsable de buena parte de los males que aquejan a una teoría del derecho abocada a la alternativa «normativismo vs. empirismo», de modo que prestar una mayor atención a la analogía con los juegos ayudaría a que se abriera paso una teoría que se encontraría más allá de semejante alternativa y de las aporías a que conduce.

Robles desarrolla por extenso la primera idea estableciendo una interesante tipología de las reglas del derecho y de los juegos. La segunda idea, aunque no enunciada precisamente en los términos con que yo la he presentado, atraviesa de punta a cabo el ensayo y está a la base de la distinción entre «ámbitos prácticos» y «ámbitos óntico-prácticos» a la que Robles atribuye una importancia crucial. La tercera está enunciada de forma explícita, pero por desgracia no sistemáticamente desarrollada, de modo que la forma como Robles la desarrollaría es en buena medida asunto de conjetura. En lo que sigue comentaré brevemente cada una de estas tres ideas, dejando para el final unas indicaciones sobre los límites de la analogía que Robles establece entre el derecho y los juegos.

2. a) A diferencia de la moral y los usos sociales, el derecho no es, según Robles, un conjunto de normas que regulen la conducta de las personas imponiendo deberes, de modo que se diferenciara de esos otros órdenes normativos por la naturaleza de los deberes que impone (v. gr., por su carácter coactivo y heterónomo, por mencionar dos tópicos conocidos). Más que por la naturaleza del deber el derecho se diferencia de la moral y los usos sociales por razones de carácter estructural: el derecho es un sistema articulado de reglas de diverso tipo dentro del cual las reglas que imponen deberes son una subclase, que, como veremos, posee además un status sistemático subordinado (3).

Que la diferencia entre el derecho y la moral es de naturaleza estructural no es algo enteramente nuevo. Para mencionar de forma tosca algunos casos bien conocidos, la idea estaba ya implícita a su modo en la distinción kel-

---

(3) «Uno de los puntos más importantes de la concepción aquí defendida radica en comprender que el Derecho (a diferencia de la moral y los usos sociales, M.A.R.) no es un sistema de normas, sino un sistema (construido) de proposiciones jurídicas (construidas) de distinta especie, entre las que se encuentran las normas como una clase de reglas junto a otras clases» [17].

seniana entre sistemas estáticos y sistemas dinámicos. Que Kelsen no llegara sin embargo a desarrollar de forma consecuente esa idea puede atribuirse en parte a su insistencia en reducir la diversidad de las reglas de un sistema jurídico a un tipo único fundamental —y por cierto a un tipo de normas cuya forma característica de regular la conducta es determinar que si se dan determinadas conductas deben ser determinadas sanciones. Más refinada y consecuente en este orden de cosas es la versión de Hart. Con arreglo a ella la diferencia entre el derecho y la moral radicaría en que esta última es simplemente un conjunto discreto de reglas primarias (esto es, de normas que imponen deberes), mientras que característicamente el derecho es una unión sistemática de reglas primarias y reglas secundarias (esto es, de reglas que regulan la identificación, creación y enjuiciamiento de reglas primarias, estableciendo procedimientos y concediendo facultades, poderes y competencias), sin que estos distintos tipos de reglas puedan reducirse entre sí.

La posición de Robles no está demasiado lejos, creo yo, de la de Hart, aunque, como se verá, procede de un enfoque algo diferente. Para Robles lo característico del derecho no es que *regule* la conducta estableciendo lo que se debe (no) hacer —cosa que, por cierto, también hace—, sino que previamente, para poder hacerlo, tiene, por un lado, que *constituir* ámbitos de acción social antes inexistentes y al mismo tiempo, por otro, tiene que *instituir* procedimientos para la realización de acciones válidas dentro de tales ámbitos (4). En esto el derecho se conduce como los juegos. Estamos en condiciones de decir que un juego existe cuando disponemos de dos tipos de reglas: por un lado, reglas que establecen o constituyen el ámbito de acción del juego —determinando el número de jugadores y sus competencias respectivas, la naturaleza del espacio del juego y su duración— y por otro, reglas que establecen las condiciones que han de satisfacer determinadas acciones para poder ser tenidas por jugadas válidas. Estos dos tipos de reglas son reglas necesarias de todo juego; y para muchos —característicamente para aquellos en los que se juega mediante fichas, naipes y artefactos por el estilo— agotan los tipos de reglas que los configuran. Por el contrario, en los juegos en los que, como en el fútbol, intervienen personas en el campo de juego y las jugadas no son movimientos de artefactos sino propiamente conductas humanas, se presenta un tercer tipo de reglas, a saber, reglas que prescriben hacer u omitir —v. gr., bajo pena de multa— determinadas formas de conducta. El sistema de reglas que es el derecho ostentaría la misma estructura que el de los juegos en que intervienen personas. Como ellos, se caracteriza por la presencia de reglas de tres tipos —según la terminología de Robles: reglas ónticas, técnicas y deónticas.

---

(4) «El Derecho es un sistema convencional de reglas cuya característica diferenciadora respecto de la Moral, los usos sociales y las normas religiosas, es que en él se han de dar necesariamente reglas que señalen el marco espacio-temporal de la acción, creen los sujetos (órganos, personas) del sistema y les atribuyan competencias dentro de las cuales la acción ha de realizarse. Igualmente, se diferencia por la necesidad de establecer procedimientos para realizar la acción. En este sentido, en cuanto a su estructura formal, el Derecho se asimila a determinados juegos» [275-276].

i) Son *reglas ónticas* las que establecen los elementos necesarios del ámbito de acción correspondiente (de un juego o de un determinado derecho). Elementos necesarios son el espacio, el tiempo, los sujetos y las competencias de acción a ellos atribuidas. Mantienen una referencia sólo indirecta a la acción: propiamente no regulan la conducta humana sino que crean las condiciones que hacen posible que determinadas conductas sean tenidas por acciones del juego o del ordenamiento jurídico en cuestión. En relación con la acción *en cuanto* que acción del ámbito correspondiente, y vistas las cosas desde un punto de vista gnoseológico, podríamos decir que poseen, si se me permite una expresión algo fuerte, status cuasitrascendental. Robles justifica la adopción del término «ónticas» por la circunstancia de que mediante el conjunto de tales reglas viene a la existencia un «ser» o, mejor, un «ente» —a saber, un juego o un orden jurídico— previamente inexistente. El resultado del conjunto de tales reglas es un ente creado mediante convención. Y así, aunque por su forma sintáctica superficial posean en ocasiones la apariencia de definiciones o denominaciones, no son ni lo uno ni lo otro. Tomadas en conjunto, dicen lo que un determinado juego o un orden jurídico concreto *es*; pero aquí «es» no tiene propiamente carácter referencial sino, diciéndolo con la terminología del autor, «vectorial»; en cierto modo el «es» que les es característico tiene la naturaleza creadora de un «fiat!». De ahí que para los enunciados en que se expresan no rija la pretensión de verdad o de correspondencia con una realidad preexistente. «El *es* de las reglas ónticas no se refiere a lo preexistente, sino que es un *es* creador de realidad» [127]. «La regla óntica no presupone una realidad previa sino que crea la realidad, la denomina y la nombra (...). La cosa creada no es una cosa de cualquier naturaleza, sino *un algo convencional*, cuyo ser no se identifica con ningún ente de naturaleza física» [137]. Puesto que las reglas son expresiones lingüísticas, podríamos decir que establecer reglas ónticas es un modo de «hacer cosas con palabras».

ii) *Las reglas técnicas o procedimentales* establecen los requisitos necesarios para realizar con éxito acciones dentro del ámbito correspondiente. Presuponen el ámbito de referencia, sea de un juego sea de un ordenamiento jurídico, como ya convencionalmente establecido por reglas ónticas. En este sentido detentan un status subordinado. Pero su relación con las reglas ónticas puede ser de dos tipos; lo que da lugar a distinguir dos clases de reglas técnicas. Entre la regla técnico-procedimental y la regla óntica puede existir, en primer lugar, una relación análoga a la que se da entre las reglas técnico-instrumentales y las leyes naturales: pueden entenderse como el resultado de retraducir a términos de un lenguaje de la acción teleológica (un lenguaje fines-medios) las exigencias propias de la constitución del ente de referencia, que en nuestro caso está definido por reglas ónticas. Las reglas técnicas de este tipo derivan directamente de las reglas ónticas correspondientes de tal forma que, una vez puestas éstas, aquéllas se siguen sin necesidad de acto de creación convencional alguno. Por ello me atrevería a decir que para la exposición del sistema de reglas son en cierto modo redundantes. Por el contrario, hay reglas técnicas que establecen requerimientos que no se siguen directa y necesariamente de las reglas ónticas, sino que presuponen una elec-

ción de entre un número indefinido de procedimientos posibles para realizar acciones válidas. Para que tales reglas existan es por ello necesaria una decisión creadora de la regla. Pese a tales diferencias, para ambas clases de reglas técnicas vale que son reglas que establecen cuáles son los medios necesarios para conseguir fines definidos dentro del sistema. En ambos casos el contenido de la regla es un «tener que».

iii) Las *reglas deónticas*, o simplemente *normas*, establecen ciertas conductas (acciones u omisiones) como debidas. Comparten con las reglas técnicas una referencia directa a la conducta: como ellas, son reglas directivas de la acción; pero, a diferencia de las reglas técnicas, no establecen conductas necesarias (para ser tenidas como acciones del sistema), sino conductas debidas o prohibidas. En este caso, las reglas no expresan un «tener que», sino un «deber». Tal vez la forma más clara de destacar las diferencias que existen entre las reglas técnicas y las normas sea aludir a las consecuencias de su inobservancia. Igual que la inobservancia de una regla técnico-instrumental acarrea el fracaso de las intenciones del actor de intervenir en procesos del mundo natural, en un ámbito social (de los juegos o del derecho) convencionalmente definido la inobservancia de reglas técnico-procedimentales acarrea la frustración de los objetivos del actor: por no sujetarse a los procedimientos requeridos para que determinados actos produzcan determinados efectos, la acción carece de efectos dentro del sistema de referencia. Por el contrario, la inobservancia de una regla deóntica no acarrea propiamente el fracaso de la acción sino eventualmente la imposición de un castigo. Nulidad (o anulabilidad) y sanción son consecuencias derivadas de la inobservancia de reglas técnicas y normas respectivamente.

Incluyendo (en las dos últimas hileras) algunas indicaciones cuyo significado se aclarará inmediatamente, el *Cuadro 1* refleja las principales diferencias que Robles establece entre sus tres tipos de reglas.

CUADRO 1

Tipos de reglas	Reglas ónticas	Reglas técnicas	Reglas deónticas o normas
Operador lógico-lingüístico característico	«ser»	«tener que»	«deber (ser)»
Referencia directiva a la conducta	indirecta: crea el ámbito	directa: establece conducta necesaria para acción válida	directa: establece conducta debida
Consecuencia de inobservancia	—	nulidad	sanción
Carácter de la regla en relación con las acciones	constitutivo	constitutivo	regulativo
Relación con la definición del ámbito	necesaria	necesaria	no necesaria

Robles no pretende que su tipología de las reglas del derecho sea estrictamente exhaustiva. Con todo, en el último capítulo de su libro lleva a cabo un interesante intento de reducir a los tres tipos mencionados las distintas clases de reglas que suelen incluirse en clasificaciones tradicionales (5). Y para ello el criterio propuesto es de naturaleza «lógico-lingüística»: las diversas reglas se integran en uno u otro tipo dependiendo de que incorporen los operadores sintácticos «ser», «tener que» o «deber (ser)» (6). Naturalmente a Robles no se le escapa que con frecuencia en la estructura lingüística superficial de las reglas no se presentan estos operadores característicos; pero se esfuerza en mostrar que su presencia se evidencia en un análisis de su estructura profunda, o, para decirlo en sus propios términos, tras una correcta «reconstrucción hermenéutica de las reglas». Aunque tengo la impresión de que en ocasiones sus análisis son algo especiosos y que sus intentos de reducir las reglas del derecho a reglas que expresan que algo «es», «tiene que (ser)» o «debe (ser)» resultan un tanto forzados, no me detendré de momento en este punto. Más me interesa por ahora llamar la atención sobre alguna de las consecuencias que Robles vincula a su tipología de las reglas.

Por lo pronto, de su examen de las reglas extrae Robles una consideración cargada de buen sentido: que la habitual concentración de la atención en las normas, esto es, en las reglas que imponen deberes, como si fueran el tipo predominante, o incluso el único, conduce a una visión desfigurada de lo que un orden jurídico es:

---

(5) Con el propósito de que la tipología de las reglas no resulte demasiado abstracta, y a fin de ilustrar la enorme variedad de reglas que integra cada uno de los tipos, enumeraré algunos ejemplos. En el grupo de las *reglas ónticas* entran desde cuasidefiniciones del tipo «Madrid es la capital de España» hasta las reglas que establecen el ámbito de vigencia espaciotemporal de las normas, así como las que especifican las llamadas fuentes del derecho. También las reglas organizativas, potestativas y competenciales forman parte de él; pero no sólo las relativas al aparato organizativo del Estado sino también las que determinan las competencias de acción de los sujetos: las reglas que regulan la personalidad jurídica y la capacidad de obrar son también reglas ónticas. Del grupo de las *reglas técnicas* o procedimentales forman parte no sólo el derecho procesal, en el sentido académico del término, sino también las reglas que regulan el procedimiento legislativo o el proceso electoral y similares. También son reglas técnicas las que regulan la perfección de los contratos y las formas de realizar negocios jurídicos en general. Finalmente, integran el grupo de las *reglas deónticas* o normas no sólo las que imponen deberes generales (como la prohibición del asesinato y el robo), sino también obligaciones vinculadas a una posición o cargo (como el deber del juez de justificar su sentencia, o de juzgar conforme a pruebas) o ligadas a actividades voluntarias de los hombres dentro del sistema de acción configurado por reglas ónticas y técnicas (como la obligación del vendedor de entregar la cosa y la del comprador de entregar el precio).

(6) «En virtud del citado método (lógico-lingüístico) se desvela la tipología de las reglas atendiendo al verbo que les es característico. Se obtiene así la trilogía de reglas ónticas, técnico-convencionales o procedimentales y deónticas o normas, o, respectivamente, reglas que expresan un *ser* autoritariamente establecido (ej., Madrid es la capital de España), reglas que expresan un *tener que* (ej., el juez *tiene que* cumplir determinados requisitos para que su sentencia sea válida) y reglas que expresan un *deber* (ej., el comprador *debe* pagar el precio)» [276].

«... es habitual entre los teóricos del Derecho afirmar con toda rotundidad que el Derecho es un sistema de normas, básicamente de normas de conducta (...). De semejante concepción se suele derivar que al estar formado el Derecho básicamente por reglas deónticas (...) aquellas otras reglas que regulan el procedimiento y, en general, las condiciones previas de la acción quedan relegadas a un segundo plano, siendo usual referirse a ellas con la denominación, un tanto peyorativa y displicente, de Derecho adjetivo.

Si nuestro análisis es correcto, hay que señalar justamente lo contrario. El mal llamado Derecho adjetivo, que en mi terminología sería el conjunto de reglas ónticas y técnicas o procedimientos pertenecientes a un orden jurídico, es previo necesariamente al denominado Derecho sustantivo (...). El mal llamado Derecho adjetivo conquista así su verdadero lugar, quedando claramente de manifiesto que es él el que constituye la estructura básica del Derecho, sobre la cual se monta a posteriori el resto del orden jurídico» [153].

Robles lleva razón al poner de relieve la importancia sistemática del «mal llamado» derecho «adjetivo» o «formal» —que por lo demás tiene implicaciones bien substantivas y materiales. Y si esto fuera todo lo que hubiera querido significar con su tipología de las reglas, poco habría que añadir. Pero ya una lectura atenta del pasaje que acabo de reseñar descubre la idea, más problemática, de que entre los distintos tipos de reglas existe una relación de prioridad bien definida.

En distintos momentos de su exposición Robles da a entender que su distinción entre reglas que expresan un «ser», un «tener que» y un «deber (ser)» no sólo proporciona una tipología de las reglas del derecho sino que permite establecer de forma precisa las relaciones sistemáticas que existen entre ellas. Y, si no entiendo mal, concibe tales relaciones como relaciones de prioridad unidireccional. La imagen del orden jurídico que se desprende de su concepción es la de una especie de formación estratificada: el estrato fundamental vendría constituido por las reglas ónticas, de las cuales de forma inmediata derivarían algunas reglas técnicas sin necesidad de estipulación convencional; sobre este sustrato se erigiría a continuación un estrato de reglas técnicas o procedimentales; las reglas deónticas o normas formarían, por fin, el estrato más superficial. Sobra decir que Robles no afirma que ésta es la forma como de hecho se han construido los juegos o los ordenamientos jurídicos; pero sugiero que de su exposición se desprende que así es como piensa que tendría que proceder una adecuada reconstrucción de los mismos. Con ello la visión más o menos extendida, según la cual el derecho es fundamentalmente un sistema de normas (una visión que, por ejemplo, condujo a Kelsen a sostener que cualquier disposición jurídica que no tuviera la forma canónica «Si es A debe ser B» —donde A es una conducta y B una sanción— habría de interpretarse no como una *norma* sino meramente como *parte* de una norma jurídica en sentido propio), semejante visión, digo, cede su lugar a la visión enteramente opuesta: que las normas son algo así como un añadido tardío y de rango sistemático subordinado, que sólo entra en juego cuando los estratos anteriores están ya construidos. Robles ha atacado persuasivamente la primera versión. Pero no me parece ob-

vio que la que él mismo presenta como alternativa sea enteramente atinada.

Para empezar por lo más llamativo, Robles vincula a su visión la tesis provocativa de que las normas no entran en la definición ni de un juego ni de un determinado orden jurídico. «Definir» un juego o un orden jurídico es decir en qué consiste, y para ello son necesarias y suficientes las reglas ónticas y técnicas:

«Son precisamente las reglas necesarias [a saber: las ónticas y las técnicas —M.A.R.] las que proporcionan, mediante su exposición completa y exhaustiva, la definición de un juego en particular, o una clase de juego. Reglas *no necesarias* son aquellas que suponen la posibilidad de infracción, como ocurre con las reglas deónticas o normas. Este tipo de normas no tiene que formar parte de la definición de un orden normativo, ya que el ser del conjunto sólo puede definirse por las proposiciones necesarias» [32-33].

«... la definición de un orden de reglas consiste en la exposición de sus reglas necesarias (...). Las normas no entran en la definición, ya que aun cuando se infrinjan sigue habiendo juego, y en este sentido no constituyen un componente «óntico» del mismo» [34].

Semejante tesis es cuando menos sorprendente; ante todo, porque seguirla de forma consecuente parece conducir a resultados contraintuitivos. Por ejemplo, para decirlo de forma un tanto brusca y sin mayores precisiones, quien quisiera definir —esto es, decir en qué consiste— el derecho español, tendría que informar de cosas tales como la organización de la administración de la justicia y del sistema policial y sin embargo dejar fuera de consideración el código penal, ya que —como creo que Robles admitiría— en lo substancial es un conjunto de reglas de las que él caracteriza como deónticas. Mi opinión es que ésta es una manera bien extraña de definir un sistema jurídico. Sin duda a ello podría responder Robles con un «tanto peor para la forma como ordinariamente entendemos que ha de ser la definición de un sistema jurídico», e insistir en su derecho a estipular con fines teóricos un uso especial de «definir» aplicable a sistemas de reglas. Aunque él no se detiene a aclarar ese uso, creo que su idea viene a dar en lo siguiente: la exposición completa de un sistema de reglas tal como el fútbol y el derecho español requeriría sin duda informar de modo exhaustivo de *todas* las reglas que lo integran, si lo que deseamos es saber a qué atenernos, es decir, conocer el catálogo completo de las cosas que tenemos, podemos o debemos hacer o no hacer; pero una «definición» tiene un alcance más restringido: su objetivo no es informarnos acerca de qué podemos o debemos hacer, sino de lo que el orden de referencia *es*. Y lo que un juego o un orden jurídico es queda determinado por el conjunto de reglas sin cuya observancia no se dan las acciones distintivas de tal juego o tal orden jurídico. «Necesarias» son las reglas que establecen exigencias de necesidad para las acciones, de tal modo que las acciones que se producen contraviniéndolas no pueden tomarse por acciones de tal juego o tal derecho. Y sólo las reglas ónticas y las técnicas establecen, en la forma del «ser» y del «tener que», exigencias de ese tipo; son precisamente ellas las que «establecen los presupuestos necesarios de la acción, bien sean los presupuestos estáticos (espacio, tiempo, sujetos y

competencias), bien sean los dinámicos (procedimiento)» [152]. Solo en relación con ellas las acciones son *necesarias*; las acciones que caen bajo el dominio de las reglas deónticas son, por el contrario, meramente *debidas*.

Robles facilita la comprensión de esta forma suya de entender «definición» haciendo uso de un ejemplo tomado del fútbol: la regla (óntica, pero transformable en técnica) que establece que el fútbol (*es un juego que*) se juega con un balón (y no, por ejemplo, con tres) es una regla «necesaria», porque, si no se sigue, se podrá estar haciendo cualquier cosa que queramos excepto jugar al fútbol. Por el contrario, la regla (deóntica) que prohíbe el llamado «juego sucio» no es una regla necesaria porque el puego seguirá siendo tal incluso si se la infringe (7). Pero según eso ¿qué decir de la regla que prohíbe a los jugadores (con excepción del portero) tocar el balón con la mano so pena de sanción? Doy por supuesto que ninguna definición del fútbol que no la incluya será completa y significativa. Pues bien, hay indicios de que Robles podría responder que en realidad tal regla sólo aparentemente es una regla deóntica, porque una «reconstrucción hermenéutica» correcta revelaría que en realidad nos encontramos ante una regla óntica (que en una formulación simplificada rezaría: «El fútbol es un juego que, entre otras cosas, se juega con cualquier parte del cuerpo excepto con las manos») y/o una regla técnica derivada de ella («Para hacer jugadas válidas en el fútbol —v. gr., un gol— tienen que no emplearse las manos»). Sólo que semejantes traducciones me parecen incompletas: no dan cuenta adecuada del sentido de prohibición implícito en la regla ni, lo que es más importante, del hecho significativo de que su inobservancia acarree no meramente una declaración de nulidad sino una penalización.

Un caso jurídico tal vez sea más esclarecedor. Defínase como se quiera la institución de la propiedad perteneciente a un ordenamiento jurídico particular, no me parece que sea posible hacerlo de forma completa y significativa sin involucrar *en la misma definición* el catálogo de derechos y obligaciones del propietario y de los demás en relación con él. Diciéndolo sin rodeos: que existan robos —esto es, infracciones de reglas deónticas vinculadas a la institución de la propiedad— no es obstáculo para la existencia de la propiedad (más aún, es una corroboración de la misma, porque sólo puede haber «robo» si hay «propiedad»); pero si el robo no estuviera prohibido, tampoco existiría tal institución, por muy refinadamente que se articulen los procedimientos para adquirir y transmitir el dominio. Así que, desde un punto de vista, las reglas deónticas presuponen las ónticas y las técnicas: sin

---

(7) No estoy seguro de que el ejemplo de regla deóntica elegido en este caso por Robles —la regla que prohíbe el juego sucio— sea apropiado. ¿En qué sentido es ésta una regla del fútbol? Me inclino a pensar que reglas de este tipo en los «juegos en que intervienen personas» (igual que la regla que prohíbe hacer trampas en los juegos de fichas, dados y naipes, y, en el caso del derecho, reglas como la que ordena una administración imparcial del sistema de reglas) no son reglas convencionales, en el sentido de que deban su existencia a una convención creadora de la regla misma, sino que más bien pertenecen a las *presuposiciones normativas* implícitas en actividades gobernadas por reglas. Ello explicaría que no sintamos necesidad de hacerlas explícitas al «definir» el juego. El caso de las reglas relativas al «penalty» o a la «mano» es enteramente diferente.

«propiedad» no hay «robo»; pero, desde otro, también las reglas ónticas y técnicas presuponen las deónticas: si no estuviera prohibido el robo, tampoco habría propiedad. De modo que no veo cómo puede darse noticia de lo que la propiedad es sin involucrar en la misma definición reglas deónticas. Similarmente, no creo que sea posible definir la propiedad en el ordenamiento jurídico propio de un Estado social de derecho de forma suficientemente rica como para permitir diferenciarla de la propiedad quiritaria, si no se incluye en la definición el conjunto de deberes y prohibiciones que le es característico. Tan «necesarias» para que se dé la cosa son, al menos en este caso, las reglas deónticas como las ónticas y las técnicas.

Creo que si Robles excluye de la definición de un orden jurídico a las reglas deónticas es porque lleva a cabo una inferencia problemática. Del hecho de que las reglas deónticas no establezcan *exigencias de necesidad* (en la forma del ser o del tener que) para la acción deriva él la consecuencia de que no son *necesarias* para que se dé la cosa, esto es, el orden de conducta gobernado por reglas. Pero que una acción no sea necesaria sino meramente debida no significa que la regla que la prescribe no sea necesaria para que el orden en cuestión sea lo que es. Que Robles vincule lo uno a lo otro tiene que ver, creo yo, con su concepción —que a continuación comentaré— del derecho como un *ente*, esto es, como una manifestación del *ser*.

3. b) La distinción que Robles propone entre normas, por un lado, y reglas ónticas y técnicas, por otro, no es enteramente nueva. Su rastro podría seguirse sin dificultades en investigaciones filosófico-analíticas sobre las reglas. Me referiré brevemente a lo que creo que es el antecedente que más se aproxima a la presentación de Robles. Tomando pie en los estudios de J. L. Austin sobre las expresiones performativas, J. Searle ha distinguido de forma persuasiva dos tipos de reglas (8): las reglas *regulativas*, que «regulan formas de conducta que existen con anterioridad e independientemente» de las reglas, y las reglas *constitutivas*, que no meramente regulan la conducta, sino que «crean o definen nuevas formas de conducta». Mientras que las del primer grupo adoptan característicamente la forma imperativa, las del segundo tienen forma analítica y apariencia de definición. Las acciones que caen bajo el dominio de las reglas pueden ser especificadas en el primer caso con independencia de las reglas; en el segundo no. En relación con el primer tipo de reglas las acciones relevantes son «hechos brutos», mientras que en relación con las del segundo son «hechos institucionales», esto es, hechos cuya existencia presupone la de reglas y cuya descripción no puede llevarse a cabo sin implicar reglas. Además, las reglas regulativas relativas a un determinado campo de conducta pueden ser consideradas independientemente unas de otras, mientras que es característico de las reglas constitutivas el formar parte de sistemas, de modo que no pueden ser consideradas adecuadamente si se prescinde de su interconexión sistemática. Precisamente propone Searle como ejemplo de reglas regulativas las reglas de la etiqueta,

---

(8) J. SEARLE, *Speech Acts*, Cambridge Univ. Press, 1969 (hay trad. cast. por L. M. VALDÉS VILLANUEVA, en Ed. Cátedra, Madrid, 1980), espec. cap. 2, seccs. 5, 7.

mientras que presenta las del ajedrez y el fútbol como paradigmas de reglas constitutivas.

Estas sumarias indicaciones bastan para advertir el estrecho paralelismo que existe entre la tipología de Robles y la de Searle. En todo caso, la de Robles añade dos ingredientes que la hacen más compleja, facilitando una aplicación más cómoda al caso del derecho: por un lado, la distinción —más o menos dentro del conjunto de las reglas constitutivas de Searle— entre reglas ónticas y técnicas; por otro, la posibilidad de una conjunción sistemática de reglas constitutivas y regulativas, que Searle, guiado por preocupaciones diferentes, no estudió.

Con todo, me parece que cuando Robles adopta estas distinciones lo hace en un marco de conceptos que ya en la misma terminología acusa la relación, ciertamente polémica y crítica, con una tradición diferente, a saber: con la tradición del neokantismo marburgués y en particular con la versión, en cierto modo epigonal, de Kelsen. Como he indicado, creo que una de las intenciones centrales— aunque no explícita en estos términos— del libro de Robles es revisar la dicotomía, característica de esa tradición, entre el «mundo» del ser y el del deber ser. Tal dicotomía se presenta en formulaciones diversas: como distinción entre naturaleza y costumbres (Kant), entre las categorías del percibir y las del querer (Stammler), entre causalidad e imputación (Kelsen) como formas diferenciadas de ordenar los fenómenos. Común a tales formulaciones es la idea de que es preciso distinguir dos marcos de referencia para ordenar la realidad: en un caso nos encontramos ante la realidad captada desde el punto de vista de la causalidad y la necesidad, en el otro, ante la realidad vista desde la perspectiva de la imputación y la libertad. En el primer marco de referencia se mueven las ciencias naturales, que elaboran conocimientos de los que podemos derivar recomendaciones técnicas para la manipulación de la realidad natural. Por el contrario, las ciencias que integran el cuerpo de la llamada filosofía práctica se orientan a dilucidar las distintas formas como la acción humana se encuentra sujeta a normas que establecen formas de conducta debida. Estas formas de vinculación normativa pueden ser luego distinguidas conforme a criterios diversos: autonomía o heteronomía, ausencia o presencia de alguna forma de respaldo coactivo, carácter subjetivo y unilateral u objetivo y bilateral de la vinculación. En todo caso, las categorías relativas al ser y al deber ser son recíprocamente irreductibles.

Es sabido que Kelsen hizo de esta dicotomía entre ser y deber ser —términos que, por lo demás, no empleaba él como si designaran entidades o esferas de entidades, sino como abreviaturas de marcos categoriales para la constitución de la realidad como objeto de conocimiento— el nervio central de una teoría pura del derecho. «Sociologismo», «psicologismo», «(ius)naturalismo» son otros tantos rótulos, que él más que nadie contribuyó a popularizar, para designar formas de reduccionismo basadas en el error categorial de concebir los fenómenos jurídicos con categorías del ser. Formas de reduccionismo orientadas en la dirección contraria las señaló él mismo en interpretaciones animistas del mundo en las que los fenómenos naturales se conciben no desde el punto de vista de la causalidad natural sino desde el de

la imputación moral. Robles, por su parte, considera insatisfactoria esta forma de trazar líneas divisorias. Aunque concuerda con la intención de evitar los distintos modos de reducción de lo jurídico a las formas de lo que con expresión genérica denomina él «la facticidad», ve sin embargo en la forma como Kelsen (y cito su caso como el más descollante, pero en ningún modo único) establece las distinciones entre ser y deber ser una peculiar forma de reduccionismo: el normativismo. La concepción según la cual el derecho es un sistema de normas, esto es, una forma de regular la conducta imponiendo deberes —que Robles no vacila en calificar como una «obsesión» de la teoría jurídica dominante— pasa por alto que el derecho es una forma del ser, si bien irreductible al ser natural. La dicotomía entre ser y deber ser, tal como se presenta en la tradición kelseniana, es insuficientemente compleja para hacer justicia a la naturaleza del derecho y, por cierto, también de los juegos.

Para Robles hay más «seres» que el ser natural y más formas de expresión de la «necesidad» que la necesidad causal. Robles, que se muestra poco propenso a hacer uso de la cuchilla de Occam, cataloga «cuando menos» tres tipos de seres: «El ser no es sólo la facticidad. La facticidad es una de las formas expresivas del ser pero no agota todas las dimensiones de éste. Junto al *ser natural* está el *ser lógico* y el *ser convencional*. El ser lógico y el ser convencional *no forman parte de la facticidad*, ya que ni uno ni otro constituyen un hecho o un conjunto de hechos» [40, el subrayado es mío] (9). Basta añadir que el derecho como los juegos —pero a diferencia de la moral y los usos sociales—, es un «ser» convencional para tropezar con la consecuencia que Robles intenta derivar de tal concepción: si podemos concebir el derecho como una forma del *ser*, y no (sólo) como una forma peculiar del deber ser, entonces estamos en condiciones de establecer una teoría del derecho libre de los problemas del «normativismo»; y si tal ser es un *ser convencional* irreductible al ser natural, a la «facticidad», entonces estamos en condiciones de hacerlo sin incurrir en ninguna de las formas de reduccionismo «naturalista» antes mencionadas. Más adelante comentaré brevemente este punto. De momento es preciso explicar qué quiere decir Robles cuando entiende que el derecho es un ser convencional.

Desde luego no sólo el derecho y los juegos sino también la moral y los usos sociales, los rituales y el lenguaje, en suma, el conjunto entero de las reglas sociales, son para Robles convencionales. Todas ellas existen *ex conventione* y no en virtud de ninguna forma de necesidad lógica o causalidad natural. Distingue él sin embargo dos tipos de convención, que, como tendremos ocasión de ver, se relacionan con dos tipos de «ámbitos» de la realidad social en cuanto que sometida a reglas. *Convención normativa* es aquella que establece que algo *debe ser*. Lo que mediante convención se establece en este caso es un deber ser; y establecer que algo debe ser es establecer una regla

---

(9) Inmediatamente a continuación añade Robles una indicación cargada de problemas y que parece apuntar hacia una filosofía que otorga al lenguaje un papel trascendental, pero en la línea de un convencionalismo decisionista: «El ser convencional subyace siempre al ser natural y al ser lógico, al menos en el sentido de que el acotamiento de estos dos últimos supone una *decisión* y por consiguiente un ser convencional» (ibíd.).

deóntica, una norma. Una norma no establece que algo será o tiene que ser, porque lo que debe ser no necesariamente es ni será; más aún, para que algo pueda ser «debido» tiene que poder no ser: «por tanto, la convención normativa no crea una necesidad, ni tampoco una probabilidad. Crea sólo la normatividad» [243]. Por el contrario, mediante *convención óptica* es el ser mismo, y no ya el deber ser, el que se hace objeto de convención. No el ser natural, desde luego, sino un ser convencional, «un algo» creado mediante convención y que no puede ser pensado con independencia de ella:

«El ser puede ser objeto de convención (...) Me refiero a la convención que establece, o mejor, que define parcelas ópticas. Algo puede ser de una forma o de otra, o quizá incluso no ser. Mediante convención se crea ese algo, y mediante convención se le dota de unas características determinadas que hacen que sea precisamente ese algo y no otro algo. Antes de la convención el algo no existe (...) Definir la existencia de un algo es definir las condiciones de su existencia, o si se quiere: las condiciones de su esencia, o mejor: las condiciones esenciales de su existencia. Una convención óptica es aquella convención que define las condiciones esenciales de la existencia de un algo (...) La convención puede hacerse y puede no hacerse, o lo que es lo mismo: el algo que surge de la convención puede existir y puede no existir (...) Conocer el algo es conocer la convención, ya que la convención y el algo son la misma cosa» [243-244].

Y así como el contenido de una convención normativa son normas, esto es, reglas deónticas que establecen que algo debe ser, el de una convención óptica son, como era de esperar, reglas ópticas, que definen lo que un algo, v. gr., un orden jurídico, un juego, *es* (en el sentido «vectorial» de «es» antes indicado).

A primera vista el tenor literal de esta presentación de la noción de convención óptica no deja de suscitar alguna perplejidad, porque si las reglas de la etiqueta o las normas morales vigentes en un grupo social son «un algo», y por cierto un algo que es así-y-no-de-otro-modo (y no veo por qué tendríamos que decir que no lo son), ¿no se desbarata la distinción trazada entre convención normativa y convención óptica? ¿O es que el modo de ser «un algo» de las reglas de los juegos es diferente del de las de la moral convencional? A decir verdad, Robles entiende que el derecho y los juegos son «entes», esto es, formas de expresión del «ser», mientras que la moral y los usos sociales son normas, esto es, reglas que establecen lo que debe ser. Y mientras que el deber ser implica posibilidad, uno de los atributos del ser, del cual participan los entes, es la necesidad:

«El ente es la concreción del ser, la manifestación particular de éste. Como tal, participa de las cualidades del ser (...).

El ser es la expresión de la necesidad, puesto que, como ser, es, y no puede dejar de ser lo que es. Necesidad no tiene aquí ningún sentido específicamente causal, sino que es sinónimo de exclusión de posibilidad. Lo posible y lo necesario se excluye recíprocamente, puesto que lo posible admite formas de ser dispares mientras que lo necesario es la determinación del ser (...).

Ente, ser y necesidad son, de esta manera, tres términos que se

coimplican. Preguntarse por los tipos de entes es lo mismo que preguntarse por las formas de ser o por las formas de la necesidad. Hay, cuando menos, tres tipos de necesidad: la necesidad natural, la necesidad lógica y la necesidad convencional. Correlativamente habrá que admitir que cuando menos hay tres tipos de ser y, por tanto, tres clases de entes (...): el ente natural, el ente lógico y el ente convencional» [93-94].

Por ello, aunque la convención óntica (como la normativa) no es «necesaria», puesto que no obedece a causalidad natural ni a necesidad lógica alguna según la cual necesariamente tuviera que haberse producido, una vez que se ha producido «crea necesidad» [244] —aunque ciertamente no necesidad causal, ni necesidad lógica, sino «necesidad convencional».

Prescindiendo de la singularidad de una fraseología a cuya superficie afloran problemas filosóficos de larga y complicada historia, tal vez lo que hay tras esta forma de hablar de «entes», «seres» y «necesidades» podría expresarse haciendo referencia a la distinta forma como es posible defender enunciados como verdaderos (es decir, como enunciados de que algo es así-y-no-de-otro-modo). En primer lugar, para defender como verdadero un enunciado sobre fenómenos naturales tenemos que acudir a la corroboración empírica. La explicación de un enunciado empírico podemos llevarla a cabo mediante enunciados universales empíricamente falsables acerca de la covarianza entre fenómenos, esto es, recurriendo a leyes naturales que enuncian relaciones causales entre fenómenos. De acuerdo con la terminología de Robles podemos entender el intento de formular leyes naturales como el intento de expresar las relaciones de «necesidad causal» que rigen el acontecer del mundo natural. Pero también, en segundo lugar, podemos decir que un enunciado es verdadero formalmente (con independencia de que lo sea o no también empíricamente), si podemos fundamentarlo en las reglas que rigen la inferencia lógica entre proposiciones en virtud de su mera forma. En el primer caso, si hemos de seguir a Robles, la verdad de tales enunciados es índice de relaciones de necesidad (causal) relativas a entidades que forman parte de un modo determinado del ser, a saber: del «ser natural». En el segundo, las verdades son relativas a entidades que pertenecen al «ser lógico». Finalmente, si podemos decir que un enunciado es verdadero no en virtud de su corroboración empírica, ni meramente por su forma, sino en virtud de una definición convencional, entonces tal verdad es una verdad relativa a una entidad que expresa un modo «convencional» del ser: «la necesidad convencional no es sino la necesidad que proviene de atenerse a la definición» [244]. Si «La bandera española es roja y gualda» es verdad, lo es porque hemos estipulado que «La bandera española es roja y gualda»: la primera frase es un enunciado verdadero en virtud de la segunda, que es una definición convencional mediante la cual llega a la existencia precisamente ese ente que denominamos «bandera española». Y una vez establecida la convención, el ser así creado despliega necesidad. La convención «crea necesidad puesto que crea el ser y el ser es lo necesario» [244]. Por este camino Robles atribuye a las reglas ónticas respecto del ser convencional un status análogo al de las leyes naturales respecto del ser natural y al de las leyes o reglas lógicas respecto del ser lógico, lo que le permite afirmar que «la naturaleza de la convención ya

convenida es similar a la naturaleza de la realidad física, al menos en el sentido de que ambas constituyen formas específicas del ser» [40].

Las reglas ónticas constituyen, por así decir, una «legalidad» (una «necesidad») en virtud de la cual un ente convencional es lo que es; pero no nos dicen (directamente) cómo hemos de conducirnos. No son directivas de la acción: si acaso, más que regular directamente nuestra conducta regulan nuestro lenguaje «en su sentido más amplio, como instrumento susceptible de generar comunicación» [26]. Pero igual que las leyes naturales y las de la lógica, también las reglas ónticas mantienen una referencia indirecta a la acción, porque de ellas podemos derivar exigencias para la acción teleológica dentro de la correspondiente esfera del «ser». Y en este sentido, así como de las leyes naturales podemos extraer recomendaciones para intervenir con éxito en el mundo natural, esto es, en la terminología de Robles, reglas técnico-causales, y de las leyes de la lógica podemos extraer recomendaciones para un pensar correcto, esto es, reglas técnico-lógicas, de las reglas ónticas derivan exigencias para la acción en el mundo social. Pero igual que ocurre con las reglas técnico-causales y las técnico-lógicas (y a diferencia de las normas), las reglas técnico-convencionales no establecen una obligación sino una necesidad condicionada: adoptan la forma de un imperativo hipotético (10) que establece la exigencia de un «tener que» aplicable a una acción en cuanto que dirigida a producir ciertos efectos (esta vez en el mundo social):

«En el uso del lenguaje normal tener que y deber ser se utilizan frecuentemente como sinónimos, pero aquí se mantiene que es preciso reconstruir el significado de ambas expresiones, dotando al tener que de la estricta significación que tiene en las reglas técnico-causales, en las que la noción de deber se da por naturalmente excluida. Esta diferenciación, aceptada sin reparos en el mundo de la naturaleza y que hace posible la distinción clara entre ley científico-natural y regla técnica, es perfectamente aplicable al mundo de lo convencional, siempre que se sea consciente del significado estricto que conlleva y de las trampas conceptuales que encierra el uso del lenguaje normal» [173].

Por lo demás, un ordenamiento jurídico (así como los juegos en que intervienen personas) incluye también deberes, esto es, exigencias de conducta derivadas de reglas ónticas. El contenido de tales deberes puede ser, y a

---

(10) Para ser exactos, Robles entiende que no sólo las reglas técnicas, sino también las deónticas tienen la forma de imperativos hipotéticos. Pero en este punto me parece que las razones que esgrime en favor de una retraducción de los imperativos categóricos en hipotéticos (cfr. 185 ss.) son sencillamente sofísticas. Aun cuando el precepto evangélico «Ama a tus enemigos» se dejara traducir por «Si eres un hombre que cree en Cristo y tienes enemigos, debes amarlos» (lo cual, por lo que se refiere a la primera cláusula me parece implausible), ello no significaría que nos encontremos ante un imperativo hipotético. La cláusula condicional «si tienes enemigos» no designa un propósito en relación con el cual el mandato tuviera «necesidad práctica», sino las condiciones circunstanciales en que entra en juego el mandato. La distinción entre «tener que» y «deber», que tan importante papel juega en la concepción de Robles, vendría aquí bien a punto.

menudo es, sustancialmente idéntico al de los que establece la moral convencional. La diferencia entre el deber jurídico y el deber moral no radica, pues, en el contenido, ni siempre en la forma de la sanción, ya que no todos los deberes jurídicos están respaldados por sanciones coactivas, sino más bien en la circunstancia de que mientras que las normas morales se dirigen directamente a la acción tal como ésta se produce y se interpreta en el mundo natural de la vida social, las normas jurídicas se dirigen a la conducta en cuanto que forma de una acción ya interpretada y, para utilizar una metáfora espacial, inscrita en el marco de un mundo convencionalmente construido mediante reglas que no imponen deberes. La diferencia entre moral (y usos sociales) y derecho (y juegos) apunta así, por fin, a la distinción, a la que Robles atribuye una importancia capital (11), entre dos marcos de la acción o, para emplear la terminología de Robles, dos tipos de «ámbitos», a saber, «ámbitos prácticos» y «ámbitos óntico-prácticos»:

«Los primeros son aquéllos en que se regula directamente la acción, sin establecer órganos ni competencias, mientras que a los segundos les es consustancial la delimitación de los elementos ónticos (necesarios) del sistema (...).

El ámbito práctico se dirige directamente a la acción humana, y, por tanto, sus reglas son reglas directas de la acción. La Moral es un ámbito que establece deberes, y tan sólo deberes, de tal modo que los sujetos, las competencias y los procedimientos que habrían de utilizar dichos sujetos dentro de sus competencias respectivas, son absolutamente desconocidos, no existen como elementos configuradores del ámbito (...).

No se puede comparar, por esta razón, la Moral con los juegos o el Derecho, ya que estos últimos no son pensables si prescindimos de los elementos necesarios del ámbito, esto es, de los sujetos, las competencias y los procedimientos (...).

El Derecho es un ámbito óntico-práctico que se parece, desde un punto de vista puramente formal, más a los juegos de hombres que a la Moral (...)» [169].

Con la distinción entre ámbitos prácticos y ámbitos óntico-prácticos queda en lo sustancial completa, por más que expuesta de un modo sumario, la forma como Robles reformula la vieja distinción entre ser y deber ser. El *Cuadro 2* recoge de forma gráfica los ingredientes fundamentales.

---

(11) «La diferenciación entre ámbitos prácticos y ámbitos óntico-prácticos tiene, en mi opinión, una importancia extraordinaria. No sólo permite entender la distinta estructura formal de los diversos tipos de sistemas, sino también la función específica de las reglas, en el sentido que damos aquí a la palabra función. Por lo común se ha prescindido de esta diferenciación, lo que ha conducido a un tratamiento indistinto y confuso. La confusión se ha traducido en lo que podríamos denominar obsesión normativista, postura simplificadora al extremo que ha hecho tabla rasa de la variedad lingüística de las proposiciones prácticas y de los sistemas que éstas configuran» [171-172].

CUADRO 2

Forma del ser	Ser			Deber ser
	Ser natural	Ser lógico	Ser convenc.	
Expresión de necesidad	Leyes naturales	leyes lógicas	<i>Reglas ónticas</i>	
Directrices para la acc.	Reglas técnico-causales	Reglas técnico-lógicas	<i>Reglas técnico convencionales</i>	<i>Reglas deónticas o normas</i>
Teoría correspond.	Teorías físicas	Lógica	Teoría de los ámbitos <i>óntico-prácticos</i>	Teoría de los ámbitos prácticos
Tipo de fenómenos	«Naturaleza»	«Pensar»	Juegos, rituales, derecho lenguaje	Moral, usos sociales
Modo de existencia de los fenómenos	No convencional		Ex conventione	

Con su negativa a reducir el derecho a un conjunto de normas que imponen deberes o a un mero fenómeno complejo del mundo natural toca Robles un problema real frente al que tal vez se debata todavía algún sector de la teoría jurídica que no se ha mostrado insensible al impacto cruzado de la teoría pura kelseniana y del realismo escandinavo. Y en este orden de cosas la distinción entre ámbitos prácticos y ámbitos óntico-prácticos apunta, creo yo, en dirección correcta. Con todo, ya la peculiar terminología de Robles suscita la duda de si los medios empleados son adecuados y de sí el camino elegido es realmente orientador. La espontaneidad con que Robles se sirve de un lenguaje ontológico tan cargado de resonancias histórico-filosóficas encontradas es verdaderamente desarmante. Pero no puede uno sustraerse fácilmente a la sospecha de que ninguna falta hacían tales recursos.

Toda la fuerza de la concepción del derecho como una forma peculiar del *ser*, en un sentido enfático y nada trivial del término, la saca Robles del paralelismo entre ser convencional y ser natural. Ahora bien, un par de consideraciones tal vez ayuden a percatarse de que, pese a todo el cuidado que ha puesto al trazar tal paralelismo, éste es menos obvio de cómo el quiere presentarlo.

En primer lugar, la relación entre reglas ónticas y reglas técnico-convencionales no es enteramente homóloga a la que existe entre las leyes naturales y las reglas técnico-causales. Como ya he apuntado, el mismo Robles

—corrigiendo una primera aproximación al tema (12)— admite que sólo una porción del conjunto de las reglas técnico convencionales puede entenderse como una traducción al lenguaje de la acción teleológica de las exigencias de «necesidad» incorporadas en las reglas ónticas. Para el resto (en el caso jurídico tal vez la mayoría) de las reglas técnicas es necesario un acto específico de creación, una convención expresa que tal vez (aunque no necesariamente) se produzca *dentro de* un marco definido por reglas ónticas pero cuyo contenido en todo caso *no deriva* del de las reglas ónticas: tales reglas «no presuponen las reglas ónticas sino que constituyen un complemento de éstas» [157], «no derivan de las reglas ónticas sino que constituyen un añadido necesario (el procedimiento) a los elementos necesarios de carácter óntico» [158]. De modo que lo que ocurre con las reglas técnicas en el caso del ser natural y del ser lógico, a saber: que podemos juzgar de si son o no correctas por su capacidad de ser fundamentadas en las relaciones de necesidad del ser correspondiente, de las que tratan de dar cuenta las leyes naturales y las leyes del pensar racional, no se aplica igualmente a (todas) las reglas técnico-convencionales. Si nos mantenemos dentro del enfoque de Robles esto nos coloca en una situación singular ya que, dado que las reglas técnicas expresan una «necesidad», si bien no en la forma del «ser» sino en la del «tener que», y la necesidad es un atributo del ser, entonces también esas reglas técnico-convencionales que podríamos denominar «independientes» añaden, por así decirlo, ingredientes al ser convencional —en una forma que ciertamente carece de paralelo en las reglas técnico-causales o técnico-lógicas. Cabe, pues, decir que las reglas técnico-convencionales, o al menos una buena porción de ellas, contribuyen a la constitución misma de ese ente convencional que es el derecho. Esta circunstancia explica que Robles se vea en la necesidad de recurrir no sólo a las reglas ónticas sino también a las técnicas a la hora de definir lo que un orden jurídico es. Pero si a ello se añade la dificultad, que hemos apuntado en la sección anterior, de prescindir de las reglas deónticas a los efectos

---

(12) «Norma y Regla Técnica», publicado originariamente en *Rev. Fac. Der. Univ. Complut.*, 67 (1982) e incluido como apéndice en el libro que comentamos, donde puede leerse: «La regla técnico-convencional presupone una convención creadora de una necesidad (...) En este sentido la convención tiene potencialidad óntica. Lo que es, es necesario, y lo necesario impone a la acción pautas necesarias de actuación. Esa pauta necesaria de actuación impuesta por la necesidad que proviene de un ser establecido («creado») por convención es lo que llamo regla técnico-convencional» [249]. De lo cual se sigue que la regla técnico-convencional (como la regla técnico causal (pero a diferencia de las reglas ónticas y deónticas) «no es en sí ella misma convencional, ya que está apoyada en una necesidad (la cual es, sí, la que es producto de convención)». Por el contrario, «la norma no se apoya en la necesidad, sino en la posibilidad, de la cual no puede predicarse en ningún sentido el carácter convencional, siendo por tanto la norma la que es creada *ex conventione*. La regla técnico-convencional se apoya mediatamente en una convención e inmediatamente en una necesidad. La norma es una convención que se apoya (que supone) una posibilidad» [251]. Robles revisa esta concepción primera, admitiendo, como he indicado, reglas técnicas independientes de las ónticas y, por tanto, inmediatamente convencionales (cfr. 154 ss.), pero sin sacar las conclusiones que de ello se desprenden.

de la definición, el paralelismo entre ser natural y ser convencional, en el que Robles basa su peculiar terminología, presenta serias quiebras.

La segunda consideración tiene que ver con la forma como Robles concibe las reglas ónticas. En correspondencia con lo que ocurre con las leyes naturales y las leyes o reglas de la lógica, considera él a las reglas ónticas como reglas que dan cuenta de lo que un ente convencional *es*, y ello le lleva a afirmar que carecen de una referencia directa a la acción. Esta forma de hablar me parece descansar en un malentendido. Más bien creo que, sin necesidad de salir de su marco de conceptos, lo que el ente convencional «derecho» *es* se establece por medio de reglas que *ellas mismas* tienen una referencia práctica directa. Para percatarse de ello no hace falta recurrir al caso obvio de las reglas técnicas a que acabo de referirme; basta mostrar que ya las reglas ónticas mismas (o al menos algunas de ellas) son reglas de la acción. Recuérdese que dentro del grupo de las reglas ónticas Robles incluye no sólo las que establecen el espacio y el tiempo en que rigen las reglas del «ámbito» correspondiente —esto es, las reglas que fijan el marco de vigencia del derecho— sino también aquéllas que establecen quiénes son los sujetos y cuáles son sus competencias dentro del ámbito. Quiénes son los actores y qué pueden hacer viene determinado en el caso del derecho por las reglas que regulan la capacidad jurídica y la capacidad de obrar de las personas en cuanto que sujetos de derecho, pero también por las reglas potestativas y las que integran el llamado derecho organizativo y competencial, que Robles tiene la precaución de distinguir cuidadosamente del derecho estrictamente procedimental integrado básicamente por reglas técnicas. Ahora bien, al menos en el caso de las competencias —e incluso tal vez en el de los sujetos— estas reglas ónticas establecen «los elementos necesarios de la acción» no en la forma de la definición autoritaria de un algo, del tipo «La bandera española *es* roja y gualda» o «Madrid *es* la capital de España» —que sólo tiene consecuencias prácticas acoplada a otras reglas del sistema—, sino confiriendo facultades, poderes, derechos para hacer determinadas cosas. Son reglas que autorizan a hacer y que por tanto sancionan públicamente modos de acción como legítimos; y su forma característica no es «A *es* un B», ni tampoco meramente «A *tiene que* (hacer) X» sino «A *puede* (hacer) x». Que Robles incluya tales reglas en el grupo de las ónticas es inevitable desde el momento en que sin ellas el «ámbito» de la acción no estará delimitado por completo. Pero que por ello tengamos que admitir que una «reconstrucción hermenéutica» correcta de las mismas mostraría que su operador lógico-sintáctico es «es» o «tiene que» y no más bien «puede» es sencillamente especioso (13) —y a decir

(13) Robles se desembaraza de tales problemas mediante una curiosa retraducción. «Una regla competencial puede expresarse de la siguiente manera: «Se atribuye la competencia C al sujeto S»; o también, «la competencia de S *es* C» [235]. Con ello el contenido de autorización de la regla, implícito en el término «competencia», queda oculto bajo una apariencia cuasidescriptiva. Claro que la posibilidad de realizar maniobras de este género no se detiene aquí. ¿Por qué no retraducir la regla deóntica «S *debe* (hacer) X» por «El deber de S *es* (hacer) x»? ¿Estaríamos entonces ante una regla óntica? Lo absurdo de esta conversión debería poner en guardia contra los peligros de «reconstrucciones hermenéuticas» no controladas.

verdad, otra forma de incurrir en una de aquéllas arbitrarias reducciones de la «variedad lingüística de las proposiciones prácticas» cuya crítica es uno de los motivos recurrentes en la reflexión de Robles.

Si estas consideraciones son correctas, ¿en qué va a parar la distinción entre convenciones *normativas* y convenciones ónticas? ¿En que aquéllas establecen *normas* y éstas crean *entes*? Que no sólo el derecho sino también la moral, está integrado por reglas convencionales lo concede Robles de buena gana. Y que las reglas morales son «un algo», susceptible, por ejemplo, de ser abordado en la actitud objetivadora del sociólogo o del etnólogo, no veo cómo podría negarlo. Ciertamente ello no tiene por qué conducirnos a concebir la moral como un ente y sus reglas como expresando que algo es o tiene que ser de este o aquel modo. Pero que el derecho incluya reglas que establecen que algo es o tiene que ser tampoco implica que el derecho sea un ente, en el sentido especialmente fuerte de Robles, creado o definido precisamente mediante reglas de ese tipo. En la sección segunda llamé la atención sobre la dificultad de prescindir de las reglas deónticas; creo que ahora salta a la vista que aquellas mismas reglas a las que Robles atribuye la función de establecer los elementos necesarios del ente en cuestión tampoco son necesariamente reglas que expresan que algo *es*. A decir verdad, creo que la noción de regla óntica adolece de ambigüedad. *Por un lado*, Robles señala que la marca distintiva de las reglas ónticas es el operador sintáctico «es». Pero si las observaciones que he hecho son correctas, entonces no todas las reglas que Robles tiene por ónticas lo serían conforme a tal criterio: «Madrid es la capital de España» sería una regla óntica; no lo serían en cambio las reglas competenciales, cuya importancia para el establecimiento de los «elementos necesarios del ámbito» es decisiva. *Por otro*, Robles parece pensar que hemos de considerar a las reglas que establecen los elementos necesarios del ámbito (espacio, tiempo, sujetos, competencias) como reglas ónticas porque tomadas en conjunto definen lo que un determinado ámbito es; y por ello una reconstrucción hermenéutica adecuada, que tuviera en cuenta su significación conjunta, permitiría atribuirles el operador sintáctico «es» que tal vez no aparezca en el análisis de algunas de esas reglas separadamente consideradas. Esta maniobra permitiría incluir las reglas competenciales en el grupo de las ónticas. Pero en este caso el criterio lógico-sintáctico sería irrelevante y el «es» que leemos en ellas resulta de una atribución metalingüística más o menos arbitraria. Y entonces ¿por qué no atribuir tal «es» a las reglas técnicas? Y dadas las dificultades con que se tropieza para definir la cosa sin involucrar deberes, ¿por qué no también a las reglas deónticas? En realidad sólo el conjunto completo nos dice lo que un juego o un ordenamiento jurídico es y, como hemos visto, tan necesarias para que se dé la cosa pueden ser las unas como las otras.

Si el derecho existe *ex conventione*, me atrevería a sugerir que tal vez el candidato obvio para el contenido de lo que Robles entiende por convención óntica no serían tanto las reglas ónticas que él tiene en mente cuanto una regla del tipo de la regla de reconocimiento de Hart. Esta sí es una regla que establece qué «ha de contar como derecho» en un grupo social; y tal

vez aquí sí pueda decirse sin grandes complicaciones que su operador sintáctico característico es un «es» vectorial en el sentido de Robles. Sólo que en este caso denominar óptica a la regla sería inapropiado porque la regla no crea propiamente un ente sino que establece las condiciones pragmáticas que han de satisfacerse para que dentro de un grupo social determinadas expresiones lingüísticas sean intersubjetivamente tenidas por vinculantes y capaces de servir para la justificación y la crítica de las acciones, fundamentar expectativas recíprocas de conducta, etc.

Si menciono sin mayores precisiones la regla de reconocimiento es porque, llegado a este punto, uno se siente impulsado a preguntarse si precisamente una teoría en la línea de la de Hart, que simplemente distingue entre sistemas de reglas que regulan la conducta imponiendo deberes y sistemas en los que la imposición de deberes se da en un marco de reglas que, confirmando facultades y atribuyendo poderes, regulan la identificación, creación y modificación, enjuiciamiento y ejecución de las primeras, no rinde todo aquello que Robles pretende con su distinción entre ámbitos prácticos y ámbitos óptico-prácticos, entre convención normativa y convención óptica, a saber: evitar tanto concebir al derecho como un mero conjunto de normas como reducirlo a la mera facticidad —y ello sin enredarse en una terminología embarazosa. El mismo Robles parece advertir cierta proximidad entre su teoría y la teoría dominante «en el marco de la Teoría analítica inglesa». Pero ve en la distinción entre «las reglas del comportamiento y las reglas de las reglas» una distinción meramente funcional que «elude el problema de la distinta naturaleza lingüística» de las reglas [202]. Sólo que ¿no es la distinción que él establece entre reglas que expresan un «ser» un «tener que» o un «deber ser» un expediente vinculado a un análisis lingüístico demasiado *ad hoc*? ¿Y es que la «naturaleza lingüística» de las reglas se agota en su dimensión sintáctica? Una elucidación de la «naturaleza lingüística» de las reglas ¿no requeriría acaso integrar esa dimensión funcional que él parece desdeñar? (14).

---

(14) Si no interpreto mal, la tipología de las reglas del derecho de Robles se orienta a determinar las distintas formas cómo la acción puede quedar afectada por reglas, mientras que la de Hart apunta más bien a las relaciones de las reglas entre sí formando un sistema. Ambos enfoques son legítimos. Ahora bien, me parece que el enfoque de Hart da cuenta de un rasgo característico de los sistemas jurídicos que queda, en cambio, neutralizado en el de Robles: que el derecho, a diferencia de órdenes normativos como la moral y los usos, es un sistema autorregulado de producción y aplicación de reglas. La tipología de Robles es indiferente a la distinción entre sistemas dinámicos —como el derecho— y sistemas en los que —como en los juegos— todas las reglas son resultado simultáneo de una única convención. En este punto, creo que tomar como modelo sistemas cerrados, como el fútbol o el ajedrez, es perturbador. Robles advierte el problema. Bajo la rúbrica «diacronía y sincronía en el Derecho» (43 ss.) señala él que, a diferencia de lo que ocurre con la inmensa mayoría de los juegos, cuyas reglas están establecidas de una vez por todas, en el derecho «la convención inicial creada por el constituyente se completa progresivamente de modo intrasistemático», de manera que «dentro del ámbito se vayan perfilando los elementos necesarios al producirse nuevas reglas». Y así, frente al carácter estático de los sistemas de reglas de los juegos, «el

4. c) «El análisis lógico-lingüístico, que es la perspectiva considerada como idónea para abordar el problema de la tipología de las reglas, arroja resultados profundamente revisores de la concepción dominante del Derecho, procurando una teoría que se aparta tanto del normativismo ingenuo como del realismo jurídico y de las corrientes propias de la filosofía analítica hasta ahora elaboradas» [16]. Con variantes, en distintos momentos distribuye Robles indicaciones de este tipo acerca del alcance teórico que atribuye a su enfoque. Desgraciadamente no llega a desarrollar de forma sistemática el núcleo del problema (15). Dejando el caso de «las corrientes propias de la filosofía analítica» y centrando la atención en los del normativismo y el realismo (y otros «ismos» emparentados con este último, como

---

Derecho es un ámbito dotado de enorme dinamicidad». Las decisiones intrasistemáticas pueden tener, en el derecho, «carácter creador de nuevas reglas, las cuales no sólo completan el sistema sino que, en ocasiones, lo modifican o lo extinguen». Pero una vez sentado esto, Robles, a renglón seguido, opta por excluir de su consideración la dimensión dinámica o diacrónica y «operar con modelos cerrados». «El modelo operativo ha de ser necesariamente sincrónico (...) Sólo de esta forma es posible analizar el orden jurídico como una totalidad dotada de determinada estructura». Pero justamente no veo que haya necesidad de aceptar esa alternativa entre estructura y dinámica. Una tipología de las reglas del derecho en la línea de la de Hart, que nos permite presentar la estructura del orden jurídico de tal modo que en un corte sincrónico sea posible descifrar las relaciones dinámicas entre las reglas, muestra que ésa es una falsa alternativa. Advertir en el derecho la presencia de reglas que establecen exigencias de conducta distintas de las del deber es, sin duda, señalar una importante diferencia estructural entre el derecho y la moral. Pero que con la sola ayuda de la distinción entre reglas que expresan un «ser» un «tener que» o un «deber» no podamos describir al derecho como un orden de reglas dinámico y autorregulado es, creo yo, un indicio de que el análisis lógico-lingüístico en que se basa es insuficiente.

(15) Las consideraciones de Robles en este punto son fragmentarias y dispares. A la jurisprudencia analítica dedica observaciones meramente alusivas. La confrontación con el «normativismo ingenuo» se encuentra dispersa a lo largo del libro en la forma de un rechazo de la reducción de la variedad de las reglas del derecho al tipo único de las normas. De forma más directa procede, en cambio, en relación con algunas variantes del empirismo (realismo, sociologismo, psicologismo). En efecto, al explicar su concepción de las reglas como «exigencias orientativas de la acción» (101 ss.), ataca Robles doctrinas según las cuales las reglas serían descripciones, explicaciones o predicciones de la acción. «Las reglas no describen, ni explican ni predicen la acción, sino que sencillamente la orientan. Esto no quiere decir, sin embargo, que sin las reglas sea posible cualquiera de las tres tareas mencionadas. Más bien sucede lo contrario: la descripción, la explicación y la predicción de una acción sólo son posibles si previamente existe el ámbito óntico-práctico en que la acción tiene o ha de tener lugar y, por lo tanto, según hemos visto, las reglas que configuran dicho ámbito. Pero que esto sea de esa manera no quiere decir lo contrario, como a veces se piensa» [101]. Ahora bien, atinadas como en general son las objeciones que Robles, utilizando en parte argumentos bien conocidos de Kelsen y Hart, esgrime contra estas formas de concebir la relación entre las reglas y las acciones que caen bajo su dominio, la discusión se mueve en un terreno preliminar y deja intacto, creo yo, el problema ante el que *en última instancia* se abren los frentes del normativismo y el empirismo: el de cómo explicar esa «existencia previa» del «ámbito óntico-práctico» que, entre otras cosas, nos permite describir, explicar y predecir acciones sociales.

«sociologismo», «psicologismo», «naturalismo» o «empirismo» a que se alude en ocasiones), me parece que lo que Robles tiene en mente apunta más o menos a la idea, ya aludida, de que si concebimos el derecho como una forma convencional del ser, como un ente convencional constituido por reglas, podemos evitar tanto malentenderlo como un sistema de normas cuanto reducirlo a una forma de la facticidad. Si es ser convencional, en el sentido explicado, entonces no es ni mera «norma» ni mero «hecho». Francamente, la fórmula despachada para remediar tamaños males es tan sencilla que uno recela de su eficacia.

Sin poder entrar en mayores explicaciones, diría yo que con independencia de las formas históricas concretas en que hayan podido cristalizar el normativismo y el empirismo no hay dificultad alguna de principio para integrar la concepción derecho como un ser convencional, incluso en el sentido fuerte de Robles, dentro de una matriz ya normativista, ya empirista. Porque en realidad lo que se ventila en torno a estos enfoques no es un problema sobre la forma lógico-sintáctica ni sobre la tipología de las reglas, sino sobre el modo de llegar a tener y mantenerse en existencia propio de esos entes convencionales, que no son entidades empíricas y sin embargo poseen objetividad social. La forma como se intenta dar respuesta a la cuestión acerca de las condiciones bajo las que determinadas expresiones lingüísticas adquieren y mantienen aquella objetividad como reglas sociales que les permite desplegar su peculiar virtualidad en relación con la conducta, estabilizando expectativas recíprocas, proporcionando buenas razones para la acción y para el juicio sobre las acciones en un marco intersubjetivo, etc.—una cuestión que la teoría jurídica aborda bajo el rótulo de «fundamentos de la validez o de la vigencia» de las normas y a propósito de la cual cuestiones de epistemología se entrecruzan de forma decisiva con cuestiones de «ontología jurídica»—, ésta y no otra es, en última instancia, la piedra de toque para posiciones empiristas y normativistas. Pero éste es un terreno que Robles no transita. Y si tiene la impresión de que su concepción está *más allá* de la alternativa, es, creo yo, porque en realidad se encuentra *más acá*.

Uno podría esperar alguna elucidación del tema en las reflexiones del autor en torno al concepto de convención. Pero no deja de ser sintomático que un concepto que posee un valor posicional tan prominente en su teoría quede casi por completo en la penumbra. Que no sólo las reglas del derecho y de los juegos, sino también las de la moral, los usos sociales, el lenguaje, en una palabra, las reglas sociales —como podemos referirnos a todas ellas para simplificar— sean fenómenos convencionales, significa para Robles, ante todo, que, a diferencia de lo que ocurre con las leyes naturales y las reglas de la lógica, dependen de un acto de voluntad, de un acto de decisión humana: «tienen su origen en la arbitrariedad de una decisión» [249]. No hay por qué interpretar estas palabras de un modo tan literal como para atribuirle la idea de que en el origen de tales reglas necesariamente se encuentra un acto explícito de voluntad —lo que sería francamente inverosímil. Las reglas sociales pueden muy bien surgir, evolucionar y desaparecer de forma espontánea y cuasi-natural— y éste es el caso característico de

reglas como las de la moral, los usos, el lenguaje; pero diciendo que existen por convención subraya Robles su naturaleza contingente, el hecho de que se dan pero podrían no haberse dado. Que una regla sea convencional significa así, ante todo, que «no es el resultado de una necesidad. Pudo ser puesta y pudo no ser puesta; una vez puesta, puede ser no puesta, esto es, derogada» [249]. Pero que sea convencional añade una cualificación ulterior acerca del modo de ser puesta: que descansa en la voluntad concorde de varias personas. No todo acto de voluntad crea una convención: «Una convención es un acuerdo entre dos o más hombres en virtud del cual a partir de un determinado momento algo es o deberá ser de determinada manera» [35, 243]. Pero con ello seguimos encontrándonos en los preliminares del tema. Porque la idea de que las reglas sociales son resultado de un acuerdo reclama una teoría capaz de explicar, entre otras cosas, por qué no todo acto de voluntad concorde tiene la virtualidad de un acto creador de convención social (o, desde otro ángulo, cuáles son las condiciones bajo las cuales determinados actos son capaces de generar normas y reglas socialmente objetivas) y por qué a menudo «lo que es o deberá ser» se establece mediante decisiones que no sólo no son inmediatamente convenidas sino que incluso van contra la voluntad concorde de quienes han de regirse por ello. Probablemente ambos puntos afectan en mayor o menor medida a todos los sistemas de reglas sociales; pero ciertamente poseen una relevancia especial en el caso del derecho. La relación jerárquica de validación entre normas que concluye en la suposición de una norma hipotética es una respuesta típicamente normativista; la creencia en la validez como hábito inducido por el ejercicio continuado de la coacción es una contrapartida empirista. Que ambos tipos de respuesta se hayan mostrado insatisfactorios no significa que la idea de que el derecho es un ente convencional sea por sí sola una respuesta.

Robles no elabora una teoría capaz de hacerse cargo del problema de la vigencia o validez de las normas. Pero no hay por qué reprochárselo. Dirigiendo sus preocupaciones a una investigación de la estructura formal del derecho y al logro de una adecuada tipología de las reglas no tiene necesidad alguna de inquietarse por semejantes cuestiones. Con todo, me gustaría comentar un punto que creo que tiene alguna relación con el fondo del problema. En la forma como presenta él la noción de ente convencional se desliza con cierta insistencia una idea que es indicio de que la analogía con los juegos *podría* conducirle en una dirección equivocada. Me refiero a la idea de la independencia de los entes convencionales respecto de lo que, con expresión vaga, denomina él «la facticidad».

Por supuesto, esta independencia respecto de la facticidad no debe interpretarse en el sentido de que los entes convencionales lleguen a la existencia como llovidos del cielo. Antes bien, llegan a ser lo que son en virtud de lo que Robles denomina una «decisión extrasistemática». Puesto que tal decisión se produce en un proceso que tiene lugar en el mundo de la facticidad, es susceptible de ser analizada en términos de ésta, de modo que, por ejemplo, cabe investigar las condiciones empíricas y los determinantes fácticos que concurren en el proceso de decisión y ayudan a explicar por

qué se produjo. Pero «desde un punto de vista lógico» el «ser» del ente así creado es independiente de la facticidad. Las dificultades con la tesis de la independencia respecto de la facticidad derivan de que, si no entiendo mal, Robles se sirve del término «facticidad» para englobar la realidad toda—no sólo la meramente natural sino también la social y cultural— en la medida en que no está definida por las reglas del ente convencional en cuestión. Aunque Robles no discute de forma sistemática el tema, pueden espigarse aquí y allá indicios que permiten colegir que con la idea de la independencia quiere significar al menos tres cosas. En primer lugar, la tesis (lógica) de que el modo de ser así-y-no-de-otro-modo de los entes convencionales no deriva de la «naturaleza de las cosas» o cosas parecidas, lo cual es una modalidad de la conocida tesis de la inderivabilidad del deber ser a partir del ser, si bien ligeramente complicada en su formulación por el hecho de que en el caso de Robles lo que es inderivable del ser (natural) es otra forma del ser (convencional). En segundo lugar, la tesis (metafísica) de que el ser convencional no está, por así decirlo, empíricamente causado, esto es, que la «necesidad» que le es característica no se sigue de la «necesidad causal» propia del ser natural «ya que de lo contrario se negaría la historia y la libertad creadora del ser humano» [131], lo cual es otra forma de decir que los entes convencionales son *entia moralia*, que pertenecen al «reino de la libertad». No discutiré estas dos primeras tesis. Significativa y problemática me parece la tercera, a saber: que, una vez constituidos, los entes convencionales adquieren una suerte de existencia separada, una consistencia y subsistencia propias en virtud de la cual, entre otras cosas, tenemos que interpretarlos en sus propios términos y en cierto modo se sus-traen al flujo de la facticidad. La idea se presenta difusa a lo largo del texto. En dos pasajes aparece de forma sintomática:

«La convención creadora de un determinado ámbito óntico-práctico es el resultado de una decisión o de un conjunto de decisiones (...) No obstante, una vez que la convención ha sido decidida y, por tanto, convenida, la decisión no juega ya ningún papel, puesto que la convención es un ente de características determinadas cuya descripción y comprensión inmanentes es independiente de los momentos de decisión que la precedieron» [40-41].

«... la convención es independiente de la facticidad (...) Lo que es el fútbol no depende de que se juegue o no a este juego ya que su ser, como hemos visto, se identifica con un conjunto de proposiciones lingüísticas adoptadas convencionalmente. Estas proposiciones lingüísticas en su conjunto tienen por objeto dirigir la acción, pero el hecho de que la acción no se produzca no quiere decir que aquellas proposiciones carezcan de significado ni, por consiguiente, que el juego que ellas componen y constituyen deje de existir (...). El hecho de que un determinado juego se juegue o no, no altera para nada la «naturaleza» o el ser del juego (...) Respecto del Derecho puede decirse otro tanto, ya que cualquier sistema jurídico existente en el pasado es susceptible de ser definido atendiendo a sus reglas. Que el Derecho Romano clásico no esté hoy vigente no quiere decir que no sea Derecho» [38-39].

En pasajes de éste o parecido tenor se insinúa una relación entre la realidad social y los sistemas de reglas que tal vez valga para los juegos pero no en la misma forma para el derecho. Es sabido que cualquiera que

posea las capacidades cognitivas apropiadas puede inventar en cualquier momento un juego, y que cualquiera que posea las habilidades requeridas puede jugarlo. Sin perjuicio de que la afición por algunas formas de juego pueda formar parte de la idiosincrasia de algunos pueblos o algunas culturas, una experiencia bien conocida es la de que los juegos pueden ser transportados sin dificultades de un pueblo a otro y de una a otra época. Juegos olvidados han podido volver a jugarse una vez que se han descifrado sus reglas. Todo ello me parece que habla en favor de que los juegos, como los artefactos, en virtud del carácter formal y artificial de las acciones que regulan, una vez creados, en cierto modo se independizan del mundo de la vida. Sintomático es el hecho de que no planteen problemas hermenéuticos especiales, porque, por así decirlo, en el contenido de sus reglas no se sedimentan contenidos de sentido conformados y reinterpretados en el marco de una tradición. Lo mismo no vale, sin embargo, para el derecho —ni para la moral convencional, los usos sociales, el lenguaje, etc. Pese a su creciente grado de formalización, el derecho sigue vinculado de forma indisoluble al mundo de la vida, de modo que, por ejemplo, «una descripción y comprensión inmanente» tropieza con dificultades bien conocidas. Y en este punto la equiparación del derecho romano con el fútbol en la forma presentada por Robles es desafortunada. Que en nuestros días podamos seguir investigando el derecho romano, no puede empañar el hecho obvio de que lo que así consideramos es ya un objeto histórico que estudiamos para informarnos de una forma de vida pasada, de la que podemos extraer enseñanzas, pero no un sistema de reglas al que podamos recurrir para orientar nuestra conducta, justificar o criticar acciones, anticipar la conducta de los demás, etc. —es decir, no es un «juego» que podamos seguir jugando; ni que pese a haber perdido esta referencia regulativa con la realidad social presente tampoco podemos describirlo ni comprenderlo en sus propios términos, esto es, sin implicar el inabarcable contexto de sentido en que se inscribe, cosa que por lo demás atestiguan siglos de investigación romanista; ni tampoco que no somos libres de volver a «ponerlo en circulación» a voluntad, porque su propia consistencia está ligada a circunstancias y condiciones de muy diverso tipo que no están a nuestra disposición; ni, de modo más general, que aún cuando la historia presente ejemplos de exportación de instituciones, lo cierto es que la misma tropieza con barreras hermenéuticas que hacen que el mismo transporte de un medio social y cultural a otro modifique el objeto transportado; y que la persistencia inalterada de instituciones y reglas a lo largo del tiempo histórico a menudo es simplemente una apariencia, porque su permanencia en un mundo social cambiante no puede dejar de alterar la sustancia de realidades que en tan gran medida dependen de la interpretación de sus nexos simbólicos en el contexto del mundo de la vida social.

No sé en qué medida Robles estaría dispuesto a admitir estas afirmaciones que, aunque presento como más o menos obvias, reclaman explicaciones que no puedo ofrecer. En todo caso, si insisto en este punto es porque no puedo sustraerme a la impresión de que su forma de hablar de

entes, reglas ónticas, necesidad, independencia de la facticidad, traiciona una cierta propensión a reificar el derecho, a concebirlo como una entidad independiente que llevara existencia separada en algún mundo trans-lunar (¿tal vez en un tercer mundo popperiano?). Por mi parte, sugeriría que esta simplificación de las complejas relaciones del derecho con la «facticidad», que creo advertir en Robles, es síntoma de una mirada no suficientemente distanciada a la analogía del derecho con los juegos.

5. Una lectura apresurada del libro de Robles podría inducir la idea de que para su autor el derecho *es* (como) un juego —tal vez un juego infinitamente más complicado que aquéllos a los que estamos acostumbrados, tal vez un juego en el que uno «se juega más», pero a fin de cuentas un esquema de actividades cuya estructura y naturaleza es sustancialmente idéntica a la de ciertos juegos. No es ésta, desde luego, la intención de Robles: entre los sistemas de reglas de los juegos y del derecho encuentra él analogía, no identidad. Sin embargo, Robles, que se muestra persuasivo —más incluso de lo que una discusión necesariamente selectiva como la mía puede transmitir— a la hora de subrayar el valor heurístico de la comparación con los juegos a los fines de una investigación sobre la estructura y los tipos de reglas del derecho, no discute, salvo de forma ocasional y alusiva, las diferencias (16). Por mi parte, creo que tan instructivo como examinar la analogía es discutir por qué no pasa de ser una analogía —en otras palabras, por qué, pese a todo, el derecho *no es* un juego; y que sólo explotando los dos lados de la relación analógica —el de la semejanza y el de la desemejanza— puede ser enteramente esclarecedor hacer uso de ella. Por lo demás, tengo para mí que un examen de los límites de la analogía permitiría dar cuenta de algunas de las dimensiones en que insistían, tal vez de forma desorientadora, enfoques tradicionales, y corregir lo que me parece que son extrapolaciones algo extremosas que se deslizan aquí y allá en la exposición de Robles. Un examen completo del asunto está aquí fuera de lugar. Me limitaré a unas indicaciones puntuales que, sin embargo, no carecen de alguna conexión sistemática. No intentaré sin embargo, elaborar esa conexión.

i) Empezando por lo más obvio, me gustaría señalar una diferencia que atañe a la relación que existe entre los actores y los correspondientes sistemas de reglas: los juegos permanecen, por así decirlo, «externos» a los actores de una forma que carece de parangón en el derecho. Con ello quiero decir, ante todo, que la relación del jugador con el juego es enteramente voluntaria de una forma que no se da en el derecho —ni tampoco en la moral convencional ni en los usos sociales. Es cierto que una vez que entra uno en un juego ha de someterse a sus reglas; pero cualquiera es libre de jugar y también, llegado el caso, de abandonar el juego. Por el contrario, aunque el derecho diste mucho de ser un sistema omnicompreensivo de regulación de la conducta humana, el individuo en general no tiene a su disposición una opción análoga: uno nace y crece en general «dentro» de un sistema jurídico que no sólo determina de forma importante qué cosas puede o no hacer sino que incluso condiciona en buena me-

(16) Cfr. en todo caso pp. 21, 44, 130 s., 169 s.

dida qué tipo de persona puede llegar a (querer) ser. Uno puede no hacer uso de algunas de las múltiples posibilidades de acción que el derecho le brinda, pero no puede decidir sustraerse al dominio de las reglas del derecho en general. Incluso el delincuente, que siguiendo la terminología de Hart adopta un punto de vista externo frente a las reglas del derecho, tomándolas no como orientaciones de su conducta sino como parte del entorno de su acción, «juega» a su modo el juego del derecho: sus acciones están definidas por el «reglamento» y las reglas se le imponen contra su voluntad. De este carácter constrictivo, que el derecho comparte con la moral y los usos sociales, no da cuenta adecuadamente el modelo de los juegos

(Este carácter constrictivo explica, por ejemplo, que uno pueda con sentido alegar como excusa para la inobservancia de las reglas del derecho la circunstancia de que no las acepta. Tal excusa puede o no basarse en buenas razones, pero es un género de excusas posible frente al derecho y la moral convencional; por el contrario, está fuera de lugar en relación con los juegos. Quien infringe una regla de un juego puede excusarse alegando inadvertencia, ignorancia, olvido y cosas por el estilo, pero no que no la acepta).

ii) En la sección cuarta he hecho algunas consideraciones sobre la diferente forma de relacionarse los juegos y el derecho con el mundo de la vida social, con la «facticidad». Con ellas está conectado el hecho de que, por lo que se refiere a la materia, las reglas de los juegos son constitutivas del ámbito de referencia de forma algo diferente a cómo lo son las del derecho. Antes de que dispongamos del reglamento del ajedrez no existe nada que pueda denominarse con sentido «enroque» o «jaque mate», igual que no existe «gol» ni «penalty» independientemente de las reglas del fútbol. Estos son términos técnicos que carecen de correspondencia originaria en el lenguaje ordinario y mediante los que se constituyen fenómenos antes inexistentes. Por el contrario, creo que cabe hablar con sentido de donaciones (regalos), relaciones familiares, transacciones (tratos), etc., como formas de relaciones sociales preexistentes al derecho y para las que es posible encontrar designaciones en el lenguaje corriente antes de su acuñación como términos técnicos del lenguaje jurídico. En otras palabras, las acciones de los juegos son actividades convencionalmente construidas, las del derecho están en alguna medida preconstituidas y preinterpretadas en el mundo social de forma que en cierto modo preexisten al «juego» del derecho.

iii) Relacionada con las anteriores consideraciones se encuentra la de que el derecho se encuentra sujeto de forma característica a un género de críticas que no afecta a los juegos. De un juego podemos decir que es estúpido, demasiado arriesgado, aburrido y cosas por el estilo —y apoyarnos en consideraciones de ese género para negarnos a tomar parte en él. No podemos, sin embargo, criticarlo como irracional, aunque quizá lo sea para nosotros entrar en él; ni tampoco como injusto, incluso en el supuesto de que distribuyera de forma notoriamente desigual las expectativas de ganancia de los eventuales jugadores. (Tal vez diríamos que lo es si se nos

fuerza a jugarlo; pero me inclino a pensar que en ese caso convendríamos en que ha dejado de ser un juego). Por el contrario, el derecho está sujeto de forma característica a la cuestión de la justicia; y no como una cuestión meramente extrínseca. No quiero con ello decir tanto como que el *atributo* de ser justo o injusto entre en la definición del derecho de tal modo que una norma injusta no pudiera ser tenida por norma jurídica; pero sí que la *pretensión* de justicia le es inherente de modo que no puede eludir como impropia la discusión sobre su justicia —cosa que no ocurre con otros órdenes de regulación de la conducta tales como los juegos y los rituales—. Desde el punto de vista de su justificación, los juegos son sistemas de reglas enteramente arbitrarios y todo intento de crítica racional está fuera de lugar. El derecho, como la moral convencional y los usos sociales, está sujeto al problema de su justificación racional.

iv) En distintos momentos de su exposición insiste Robles en que una característica de los sistemas de reglas propios de los ámbitos óntico-prácticos es la de ser «convencionales» y (por tanto) «arbitrarios»: «convención no significa otra cosa que el establecimiento arbitrario de algo. Arbitrario significa lo que bien podría ser de otra manera» [133]. Dejando aparte la *consideración nada trivial de que, aun cuando fuera arbitrario que haya tal o cual derecho, no lo es que haya derecho en general, creo que no es necesario sustentar una concepción determinista para persuadirse de que el grado de desarrollo de las fuerzas productivas, el acervo de valores culturalmente transmitidos y acumulados, el nivel de desarrollo de los sistemas morales y de las concepciones del mundo representan límites severos al arbitrio en la creación y modificación de un sistema jurídico. El derecho está vinculado a problemas de la reproducción de la vida social de una forma que carece de equivalente en el campo de los juegos. Con ello guarda conexión una consideración metodológica. Si mal no entiendo, en la idea de que el derecho es una entidad «convencional y arbitraria» se apoya Robles para extraer una recomendación metodológica para una teoría del derecho, a saber: que una teoría que aspire a determinar en qué consiste *el derecho en general*, y no un determinado sistema jurídico particular, tendría que proceder con «un formalismo extremo» y desentenderse por completo de cuestiones relativas al contenido que eventualmente pudieran poseer las reglas. Pues bien, también en este punto la analogía con los juegos tiene sus límites. Basta examinar la variedad de juegos que conocemos e imaginar el número infinito de variaciones que podríamos introducir en los ya conocidos para aceptar sin violencia que entre ellos podemos advertir a lo sumo «un aire de familia», pero no un contenido material que les fuera común. En contraste con ello, pienso que de la enorme variedad de ordenamientos jurídicos de que tenemos noticia, y pese al amplio margen de variaciones que reconocemos, no se infiere que las cuestiones de contenido sean enteramente indiferentes a una investigación sobre el concepto de derecho. En realidad creo que en ningún sistema de reglas que no incluya —en una enumeración ni exhaustiva ni sistemática—, v. gr., reglas relativas a las formas de apropiación, reglas para regular transacciones válidas, reglas relativas al ejercicio de la violencia, reglas sobre el modo de*

dirimir conflictos, etc., estaríamos dispuestos a reconocer un ordenamiento jurídico. Pienso, en suma, que una investigación sobre el contenido (abstracto) de un sistema jurídico posible forma parte de cualquier intento de establecer en qué consiste el derecho. Las cuestiones de contenido están relacionadas con la inserción del sistema jurídico en el mundo cultural y social y con su peculiar forma de contribuir a la reproducción de la vida social. Hacerse cargo de ellas requiere generalizaciones empíricas. De ello trataban de dar cuenta a su modo algunos enfoques tradicionales bajo rúbricas como «función» o «fin» del derecho. Por su parte, Hart se hacía cargo de este difícil problema no sólo mediante su tipología funcional de las reglas sino también bajo el rótulo provocativo de «el contenido mínimo del derecho natural». Independientemente de lo afortunado o desafortunado de tales formulaciones del problema y de lo satisfactorio o insatisfactorio de los resultados que en particular han arrojado, opino que una investigación en esta dirección —todo lo *abstracta* que se quiera, pero en ningún caso «extremadamente *formal*»— es tarea ineludible para cualquier intento comprensivo de elucidar el concepto de derecho que, como con razón señala Robles, es la tarea primordial de una teoría del derecho.

Estas indicaciones, inconexas como son, tienen en común, por así decirlo, un punto de fuga. En el reparto de incumbencias que Robles establece en su compendioso apéndice sobre las distintas partes de la filosofía del derecho (17), atribuye a la teoría del derecho como cometido principal el de establecer el concepto de derecho. Ahora bien, dentro de su concepción de la filosofía del derecho «como análisis del lenguaje de los juristas» (18), sólo la dimensión lógico-sintáctica de las reglas es competencia de tal teoría del derecho. Creo que las observaciones que he esbozado sobre las diferencias existentes entre los juegos y el derecho indican más bien que un enfoque orientado a la mera sintaxis lógica no sería lo suficientemente rico para ofrecer lo que de él se espera. En otras palabras, una teoría de los «ámbitos óntico-prácticos» que se desentendiera de las dimensiones semánticas y pragmáticas tal vez podría proporcionar una tipología de las reglas del tipo de la de Robles y una base para investigaciones de lógica deóntica; no sin embargo una caracterización suficientemente diferenciada del derecho. Si una teoría del derecho aspira a determinar criterios para identificar un sistema de reglas *en cuanto que* sistema jurídico (y no, por ejemplo, como un juego o un mero ritual) la sintaxis lógica es un instrumento demasiado poco potente para el cometido que se le asigna.

---

(17) Entretanto publicado en DOXA, *Problemas abiertos en la Filosofía del Derecho*, Alicante, 1984.

(18) De paso, y frente a un tópico demasiado extendido, ¿por qué del lenguaje (o de la experiencia, el conocimiento, la práctica, etc.) gremial de los juristas, y no más bien del del hombre de la calle?



## LA COMPARACION ENTRE EL DERECHO Y LOS JUEGOS (\*)

(Réplica a Miguel Angel Rodilla)

GREGORIO ROBLES

Palma de Mallorca

Por desgracia para la ciencia en general y para el desarrollo individual de las capacidades intelectuales, no es frecuente, entre nosotros, el ejercicio de la crítica y la consiguiente práctica del diálogo sin fronteras. Conveniencias de índole académica o llanamente profesionales suelen ser la causa de la sustitución de la verdadera confrontación por el comentario excesivamente dulzón y halagüeño o por la crítica que no merece tal nombre. Y, lo que es aún peor, sucede con gran frecuencia que el silencio es la respuesta colectiva a muchas horas de trabajo. Por todo ello, saludo con gran complacencia la crítica, digna de tal nombre, que el profesor Miguel Angel Rodilla ha tenido la generosidad de ejercer sobre mi libro *Las reglas del Derecho y las reglas de los juegos*. El profesor Rodilla constituye, así lo pienso, una buena esperanza en el seno de la filosofía jurídica española. Le conozco desde hace años y puedo decir sin ambages que estimo en alto grado su valía intelectual. El hecho de que sea precisamente su crítica la que aparece en el ANUARIO es para mí una satisfacción adicional. Su crítica es abierta, sincera y directa. Una verdadera crítica, en definitiva. Nadie se extrañe, pues, que la respuesta posea esas mismas características. Contestaré a mi crítico con la misma sinceridad implacable que él, legítimamente, utiliza, en el entendimiento de que en el terreno de la teoría no hay cosa más ridícula y, por lo tanto, fuera de lugar, que hacer concesiones. Me centraré primero en algunas consideraciones de índole general para pasar, a continuación, al esclarecimiento de algunas cuestiones que o bien quizá no quedaron claras en la exposición de mi libro, o bien han sido oscurecidas de tal modo por mi crítico que difícilmente puedo reconocer en ellas lo que pienso y creo haber dicho.

### A) CONSIDERACIONES GENERALES

1. Pienso (y ruego se me perdone la ingenua franqueza de hablar de mi propia obra, pero aquí no puede ser de otra forma) que mi libro representa un nuevo punto de vista en la Teoría del Derecho. Y próxima a ésta parece

---

(\*) Este estudio ha sido elaborado y redactado en la Universidad de Friburgo, de Brisgovia, en la que el autor trabaja como Becario de la Fundación Alexander von Humboldt (Alexander von Humboldt-Stiftung).