

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).

ser también la opinión de mi crítico cuando sostiene que se trata «de una obra original y de perfiles e intenciones bien definidos» (1). Lástima que, a pesar de esta declaración, su autor no haya mostrado con comentarios un poco en profundidad en qué radica tal originalidad y cuáles son los perfiles que diseño o las intenciones teóricas que me mueven. A pesar de que afirma al comienzo que se propone «comentar lo que (cree) que constituye la estructura básica de ideas y conceptos» (2), quien haya leído mi libro se dará cuenta de que en la crítica que comento no aparece reflejada tal estructura básica. Así, por ejemplo, no hay en toda ella una palabra sobre lo que yo llamo los elementos necesarios del ámbito óntico-práctico (esto es, todo el capítulo III, más de 40 páginas) y cuya comprensión es previa e imprescindible para entender la naturaleza de los distintos tipos de reglas. Temas tales como el concepto de competencia o el de procedimiento, que se delimitan en este capítulo, están de tal modo conectados con las reglas, en este caso con las reglas de competencia como una especie de reglas ónticas y con las reglas técnicas o procedimentales, que no puede entenderse lo uno sin lo otro. En la exposición de Rodilla resalta mucho tal ausencia y llama poderosamente la atención que nunca conecte el esquema conceptual de este capítulo III con la tipología de las reglas. Es como si para él tal capítulo no existiera o como si pensara que es posible comprender la problemática de las reglas sin tener en cuenta los elementos estructurales del ámbito. Lo mismo ocurre con el capítulo IV, en el cual se analiza el concepto de regla, obviamente importantísimo para entender después la tipología de reglas que establezco. Pero las cosas no paran aquí, en lo que respecta al sorprendente cúmulo de notables ausencias. De todo el capítulo VIII, que lleva por título «Los tres tipos de reglas y la clasificación tradicional de las "normas jurídicas"», y en el que intento una reformulación —que Rodilla considera «interesante»— de la tipología tradicional de las «normas jurídicas» a la luz de la clasificación que establezco de reglas ónticas, técnicas (o procedimentales) y deónticas (o normas) y que ocupa —de nuevo— casi cuarenta páginas, mi crítico tan sólo alude a las reglas potestativas. Las demás, esto es, las imperativas, las prohibitivas, las permisivas (en sus diversas variantes), las interpretativas, las admonitivas, las procesales, las organizativas y las derogatorias, quedan fuera de su consideración. El se ha fijado tan sólo en las potestativas, sin decir si en el resto de mi análisis está o no de acuerdo, como sería de esperar si su crítica abordara de verdad «la estructura básica de ideas y conceptos». Por lo demás, lo que dice acerca de la regla potestativa no puede tener gran consistencia si se la desconecta, como mi crítico hace, de los conceptos de competencia, capacidad jurídica, capacidad de obrar y derecho subjetivo, así como de la relación existente entre poder y necesidad convencionalmente establecida, categorías todas de las que trato en el capítulo III, al parecer «inexistente».

(1) M. A. RODILLA, *El Derecho y los juegos. Utilidad y límites de una analogía*. AFD, n. 3, pág. 548. En adelante las citas harán referencia a la página de este trabajo.

(2) RODILLA, pág. 548.

2. Otra ausencia notable, quizá la decisiva en orden a comprender la «utilidad y los límites» de la analogía entre el Derecho y los juegos, es la que corresponde al Apéndice 2, titulado «La Filosofía del Derecho como análisis del lenguaje de los juristas» y del cual digo en la «Nota preliminar» del libro (por tanto, en un lugar especialmente destacado) que «recoge mi concepción de la Filosofía del Derecho, (...) posibilitando al lector que sitúe adecuadamente el esquema lógico-formal propio de *Las reglas del Derecho y las reglas de los juegos* en el lugar que dentro de la Filosofía jurídica, tal como yo la entiendo, le corresponde» (3). Rodilla se limita a calificar tal apéndice de «compendioso», pero a pesar de mi advertencia prologal no se toma el más mínimo trabajo en conectar el planteamiento del libro con el esquema general propuesto allí aunque sea brevemente. De tal conexión surge sin gran esfuerzo en qué sentido establezco la comparación entre el Derecho y los juegos, así como el alcance que doy al «formalismo extremo» con que he operado en un estudio que pertenece a la Teoría del Derecho tal y como empleo esta expresión (4). Si se desconocen los tres niveles de consideración filosófica del Derecho (Teoría del Derecho, Teoría de la Dogmática jurídica y Teoría de la Decisión jurídica) (5) no veo la posibilidad de entender realmente dónde sitúo yo los límites de una obra de la que digo expresamente que pertenece sólo al primero de ellos. No alcanzo a ver cómo mi crítico, que se propone comentar «la estructura básica de ideas y conceptos», puede llevar a cabo tal tarea si además de dejar al margen capítulos enteros de mi libro, se despreocupa de entender en qué conexiones más amplias sitúo mi propia obra, y eso a pesar de mi explícita petición.

3. Paradójicamente, Rodilla sí hace un uso extenso del Apéndice 1 («Norma y regla técnica»), que representa tan sólo un avance, aunque ciertamente representativo, respecto al texto principal (6) y del que advierto en la Nota Preliminar: «Si el lector compara este estudio con el texto principal (esto es, *Las reglas del Derecho y las reglas de los juegos*) advertirá matizaciones notables en determinados puntos, algunas de las cuales han sido expresamente señaladas» (7). Otras, por tanto, no. Yo esperaba que quien leyera el texto entendería que el punto decisivo de referencia sería siempre el texto principal y que el Apéndice 1 sería utilizado para aclarar por qué se matizó o sencillamente se cambió de idea. En lugar de esto, Rodilla incorpora el Apéndice 1 al texto principal, como si fueran la misma cosa. De esta manera, mi crítico hace caso omiso del Apéndice 2, al que yo doy pleno valor actual y cuya conexión con el texto principal recomiendo, mientras que del Apéndice 1, del que digo expresamente que ha sido objeto de matizaciones notables, hace uso profusa e indiscriminadamente. Si no fuera por

(3) ROBLES, *Las reglas del Derecho y las reglas de los juegos* (en adelante: *Reglas*), pág. 11.

(4) *Reglas* pág. 275.

(5) *Reglas* págs. 271 y ss.

(6) *Norma y regla técnica* fue publicado primero en la Rev. de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (1982) y en las Actas del Primer Congreso Internacional de Filosofía del Derecho celebrado en La Plata (Argentina) en octubre de 1982.

(7) *Reglas* pág. 11.

mi fe inamovible en la letra impresa, diría que hay lectores que pasan por encima de prólogos y notas preliminares, dando así testimonio de su inutilidad

4. Y en esta línea de ausencias y exclusiones ya no puede extrañar lo que pudiera parecer más chocante: que en un comentario crítico de sabor predominantemente metodológico no se entre a discutir, con un poco de detenimiento, mi planteamiento epistemológico. En el capítulo 1 del libro hablo de cuatro enfoques posibles: el causalista o genético, el estratégico, el teleológico o finalista y el lingüístico. Después de rechazar los tres primeros como no aptos para llevar a cabo el análisis que me propongo, elijo el último y aduzco razones, que a mí me parecen poderosas, por las que tomo tal decisión metódica.

Pues bien, mi severo crítico no dice palabra de los tres primeros enfoques, y respecto del último, esto es, del elegido, aduce que «es un instrumento demasiado poco potente para el cometido que se le asigna» (8), esto es, conocer la estructura formal del Derecho analizando los tipos de reglas. Porqué tal rechazo es algo que Rodilla no aclara. Mucho menos pone de manifiesto cuál es su criterio respecto a los tres primeros modelos. Y, por último, ni siquiera se atisba cuál es de verdad el planteamiento que él considera idóneo para definir el Derecho. La referencia a Hart y a su *Concepto del Derecho* parece que apunta hacia lo que él considera la vía idónea. Pero ¿qué decir de una obra que como la de Hart es la expresión más acabada de una Teoría del Derecho *sin* planteamiento metódico riguroso? Invito al lector a que, con toda la paciencia posible, busque en la obra de Hart su planteamiento metódico. Desde luego, no encontrará un método explícitamente expuesto y justificado como idóneo. Y si analiza el modo como procede Hart de hecho al construir su teoría, se encontrará ante un *totum revolutum* en el que mezclado con las *rules* aparece el contenido mínimo del Derecho natural (para que no nos olvidemos que el Derecho encarna los valores mínimos del orden y la seguridad, como ya dijera Hobbes, quien en este aspecto debe ser considerado como el teórico por excelencia del Derecho natural de contenido mínimo) y unas gotitas de Sociología, para que no se pase por alto que el Derecho es algo real que tiene que ver con la sociedad y, por tanto, con hombres de carne y hueso. En definitiva, en Hart nos encontramos ante un planteamiento implícito que es buena muestra de lo que Kelsen criticó, con razón, respecto de otras concepciones: el sincretismo metódico. Llámese tridimensionalismo o pluridimensionalismo, tales actitudes metódicas ahogan, por su confusión indiscriminada, la posibilidad de un planteamiento metódico riguroso.

5. De todo lo expuesto anteriormente creo que se puede desprender que el comentario de M. A. Rodilla ha de ser necesariamente parcial, aunque no por eso carente de interés. En mi libro los diversos elementos están enlazados de tal manera entre sí que no es posible un análisis del mismo con pretensiones de objetividad si se prescinde en bloque de sectores enteros. Quien

(8) Pág. 577.

lea sólo las páginas de la crítica de Rodilla tendrá una visión muy distorsionada de lo que es mi libro y de lo que en él se contiene.

6. Otros rasgos «negativos» de la crítica también son de destacar. Así, por ejemplo, parece que mi crítico muestra notable celo en «recortar» lo que podrían denominarse planteamientos o soluciones originales. Podemos leer: «Que la diferencia entre Derecho y Moral es de naturaleza estructural no es algo enteramente nuevo» (9). «La posición de Robles no está demasiado lejos, creo yo, de la de Hart, aunque como se verá procede de un enfoque algo diferente» (10). «La distinción que Robles propone entre normas, por lado, y reglas ónticas y técnicas, por otro, no es enteramente nueva» destacando «el estrecho paralelismo que existe entre la tipología de Robles y la de Searle» (11), si bien en mi tipología «se añaden dos ingredientes que la hacen más compleja, facilitando una aplicación más cómoda (sic) al caso del Derecho» (12). Y a pesar de mi proximidad a Hart y del estrecho paralelismo con Searle, mi «marco de conceptos acusa ya en la propia terminología» mi relación con Kelsen (13). ¿Quiere decir Rodilla con todo ello que mi obra es una combinación de Hart, Searle y Kelsen? ¿O bien que existen elementos de parentesco con estos autores, que la obra tiene una entidad distinta a la de cada uno de ellos aisladamente considerados? Si bien Rodilla me coloca en excelente compañía, no deja de causar cierta perplejidad sus apuntes, poco fundamentados y escasamente explicitados en su alcance.

Quizá hubiera sido interesante (para mí, sin duda, muy interesante) que hubiera desarrollado un poco más en profundidad las conexiones que él ve con Hart y con Kelsen, así como también las diferencias que nos separan, que en mi opinión son relevantes. Sin embargo, el lector atento a similar tarea se quedará desilusionado ante la crítica de Rodilla. Que mi obra acusa tan notable influencia del pensamiento marburgués y, en concreto, de Kelsen, como «versión epigonal», es algo que queda dicho, pero sin desvelar el porqué, sin prueba, sin explicación. Lo mismo ocurre respecto de mi conexión con Hart. En qué se parece mi obra a la de Hart es algo que Rodilla debería haber explicado un poco a fondo, ya que él da mucha importancia a tal parentesco. En lugar de eso, se ha limitado a acentuar la idoneidad sincrónica del análisis hartiano, a diferencia del mío, que, según opinión de mi crítico, constituye lisa y llanamente «una falsa alternativa» (14). Sobre este punto de la bipolaridad diacronía-sincronía, que en mi opinión Rodilla ha interpretado tan erróneamente como es posible no sólo en relación a lo que yo digo, sino también a lo que dice Hart, volveré después con cierto detenimiento.

Respecto a la distinción de Searle entre reglas constitutivas y reglas regulativas, tengo que decir con toda claridad que tiene otro enfoque distinto al de la tipología que yo establezco. Searle y yo hablamos en parte de lo

(9) Pág. 549.

(10) Pág. 550.

(11) Págs. 557, 558.

(12) Pág. 558.

(13) Pág. 558.

(14) Pág. 569, n. 14.

mismo, pero sólo en parte; a él le preocupan ante todo las reglas que rigen los actos de habla, a mí las reglas del Derecho. Que los planteamientos son muy diferentes lo muestra el hecho de que para él las reglas de los juegos constituyen *un* tipo de reglas encajables únicamente en lo que denomina reglas constitutivas. Esto no es así en mi obra. Creo que mis planteamientos son mucho más amplios que los de Searle, además de distintos. Sobre este aspecto volveré después. La expresión que utiliza Rodilla, según la cual mi tipología de reglas es «más cómoda» para ser aplicada al Derecho que la de Searle, me parece cuando menos poco afortunada. La «comodidad» es un valor secundario, de mucha menor jerarquía que otros, tales como la corrección teórica dentro de un sistema de pensamiento o la adecuación idónea al objeto. Utilizando este término, mi crítico introduce la idea, consciente o inconscientemente, de que mi tipología no añade nada sustancialmente nuevo respecto de la de Searle. Mi tipología no es que sea más «cómoda»; es simplemente más compleja, ya que, en definitiva, se trata de una tipología diferente, pensada directamente en relación con el Derecho. Sobre estos problemas volveré después.

De lo expuesto en este epígrafe creo que puede extraerse la conclusión de que el profesor Rodilla muestra en su crítica mayor interés en señalar parentescos y afinidades, que en destacar los perfiles e intenciones de «una obra original» en la que se tocan «problemas fundamentales de teoría del derecho, y por cierto de forma original y sugestiva» (15). Son sus propias palabras, que desafortunadamente no han tenido desarrollo en el comentario. En este afán de recortar originalidades y de acentuar más las similitudes y las influencias que se ciernen sobre las cabezas pensantes del terreno patrio, nos diferenciamos demasiado los españoles, para nuestro desconsuelo, de otras culturas. Siempre me ha llamado la atención el modo en que, por ejemplo, los ingleses resaltan sus propias obras. En la Teoría del Derecho esto ha llegado a un punto que puede ser calificado de sumamente llamativo. En general, no sólo suelen desconocer las mejores aportaciones foráneas, sino que por lo visto constituye una táctica implícita comúnmente aceptada silenciar lo que allende las fronteras se produce. Nosotros operamos al revés. Basta con que asome una obra con ciertos barruntos originales para que, de inmediato, se le encuentren padres y, posiblemente ancestros. «Ya lo dijo fulano» es una de nuestras frases más corrientes. Si además, el autor se defiende y destaca que su obra constituye, parcial o totalmente, una nueva contemplación de una determinada realidad, entonces el pecado cometido es todavía superior, no habiendo casi palabras para calificarle.

7. Una consideración general merece también la insistencia de Rodilla en dejar bien claro que el Derecho no es un juego y que, por tanto, mi analogía tiene unos límites que es preciso no traspasar. La insistencia de mi crítico en este tema (las últimas páginas de su trabajo están dedicadas a él) puede inducir al lector a pensar que yo poco más o menos que identifico juego y Derecho, que considero que el Derecho es un juego. Y ello, aunque mi propio crítico señala no ser así. «Una lectura apresurada del libro de

(15) Pág. 558.

Robles podría inducir la idea de que para su autor el Derecho *es* (como) un juego (...) No es ésta, desde luego, la intención de Robles (...)» (16). Para añadir a continuación que se echa de menos en mi libro el análisis de las diferencias, aunque en la nota 16 señala cuatro lugares de mi obra en los cuales hago alusión al tema. Rodilla debería, en mi opinión, haber comentado tales pasajes, poniéndolos en relación unos con otros. Al corresponder a partes muy distintas del libro (págs. 21, 44, 130 s. y 169 s.) posibilitan una exégesis rica en conexiones. Creo que de estos lugares y del conjunto de la obra queda fuera de duda de que mi Ensayo no tiene por objeto estudiar la comparación entre el Derecho y los juegos en todos sus aspectos. En principio, tan sólo me han interesado los aspectos formales y estructurales, y más en concreto el problema de las reglas. No en vano el libro lleva por título «las reglas del Derecho y las reglas de los juegos», y no por ejemplo «el Derecho y el juego». Mi propósito real es la elaboración de una Teoría del Derecho, aunque en el Ensayo no se contienen aún todos los elementos que considero pertenecen a tal parte de la Filosofía del Derecho (17). Hay, sin duda, un gran número de problemas tratados, y otros que están implícitos o que se desprenden con facilidad (como, por ejemplo, el de la validez formal de las reglas o el de la relación entre validez y eficacia). Otros, solamente apuntados (como sucede con el tema del derecho subjetivo). Hay, por fin, aspectos de la Teoría del Derecho que no han sido abordados.

Todos los argumentos que utiliza Rodilla para convencerme de que el Derecho no es un juego, pueden resumirse en una frase que aparece en mi libro en la página 16 y que, sorprendentemente, él no cita. Digo allí: «La comparación no tiene, desde luego, carácter absoluto, pues es evidente que el Derecho no es un juego. No se trata de equipararlos desde un punto de vista antropológico o sociológico ni tampoco desde la perspectiva de una teoría de los valores» (18). Es realmente chocante que Rodilla haya omitido este pasaje tan expresivo y que aparece nada menos que en el primer epígrafe del primer capítulo, y precisamente bajo el título «La comparación entre el Derecho y los juegos». Todos los argumentos que Rodilla aduce para señalar mi deficiencia expositiva de las diferencias entre juego y Derecho, o inciden en el punto de vista antropológico, o en el sociológico (o psico-sociológico) o en el marco de la teoría de los valores. De tal manera que Rodilla me reprocha no decir lo que precisa y claramente digo.

B) ASPECTOS CONCRETOS

8. *Normativismo versus empirismo*. Mi crítico se queja de que no desarrollo suficientemente esta alternativa, sobre todo en lo que se refiere al normativismo (19), habiendo sido más explícito respecto a las tendencias empiristas. Está en lo cierto, pero también tiene su explicación. En mi libro

(16) Pág. 574.

(17) *Reglas*, apéndice II.

(18) *Reglas*, pág. 16.

(19) Pág. 549.

doy por supuesto, quizá injustificadamente puesto que no hago ninguna referencia expresa, que el lector conoce (o puede conocer) mi crítica a Kelsen contenida en «Consideraciones críticas sobre la teoría de la norma jurídica de Hans Kelsen», trabajo que apareció primero en la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (1980) y que he recogido posteriormente en *Epistemología y Derecho* (20). Este estudio constituye una crítica inmanente de algunos aspectos fundamentales de la teoría pura del Derecho. Trato de resaltar las contradicciones internas del «método jurídico» propugnado por Kelsen, así como de apuntar algunas salidas para dichas contradicciones. En mi modesta biografía intelectual, ese trabajo constituye mi primera toma de postura ante la Teoría pura del Derecho. Tal crítica ha sido continuada posteriormente en la redacción de un libro que lleva por título *Crítica de la teoría pura del Derecho*, cuya (aproximadamente) primera mitad redacté en Viena en el verano de 1981 —gracias a una beca del Ministerio austríaco— y que tuve que interrumpir para poder concluir mi Memoria de oposiciones a cátedra por el viejo y riguroso sistema. Si algún día concluyo esta obra, habrá de ser leída en conexión con *Las reglas del Derecho y las reglas de los juegos*, puesto que la crítica de la Teoría pura del Derecho supuso para mí un paso previo. Mi libro sobre las reglas es, no sólo sino también, una respuesta a las aporías que plantea la teoría pura del Derecho.

Si se consulta el trabajo mencionado en primer lugar, creo que se podrá aceptar fácilmente que mi crítica del normativismo no se limita, como dice Rodilla, a señalar su «obsesión» del carácter homogéneo de las reglas. A partir de un análisis inmanente de la teoría pura del Derecho compruebo la existencia de un conjunto de contradicciones —centrándome sobre todo en la teoría de las normas jurídicas— y trato de dar respuesta a la cuestión de por qué aparecen tales contradicciones. Son tratados allí problemas tales como: la desmesurada ampliación del significado del *sollen* (problema del carácter homogéneo de las normas), la distinción entre normas dependientes e independientes, el concepto de norma, el problema de la coactividad del Derecho como elemento estructural de la norma jurídica, la insostenibilidad de la norma fundamental y de la teoría de la estructura piramidal del orden jurídico, la naturaleza de las normas constitucionales, el método de la *Reinheit*, etc. Además de eso, se apunta ya la idea de que las normas procesales no son normas sino reglas técnicas, así como lo que después he llamado la construcción hermenéutica de las reglas y del sistema. Sugiero, pues, al lector y también al profesor Rodilla que completen mis someras críticas del normativismo en el libro sobre las reglas con las realizadas más en profundidad anteriormente (21).

9. *Normativismo, empirismo y análisis lógico-lingüístico*. El profesor Rodilla me reprocha y no me reprocha (simultáneamente) lo que bien pudiera haber denominado «ilusiones» de mi planteamiento. Por una parte sostiene

(20) Ed. Pirámide. Madrid, 1982.

(21) También me ocupo del tema en *Die Begrenzungen der Reinen Rechtslehre*, que probablemente aparecerá en O. Weinberger-W. Krawietz (ed.) *Reine Rechtslehre, im Spiegel ihrer Fortsetzer und Kritiker*. Wien.

que «la fórmula para despachar tamaños males (se refiere a los males que provienen de la aporía normativismo vs. empirismo) es tan sencilla que uno recela de su eficacia» (22), ya que si bien «(Robles) tiene la impresión de que su concepción está más allá de la alternativa es (...) porque en realidad se encuentra más acá» (23). La razón de ello radica, según mi crítico, en que no doy una respuesta a «una cuestión que la teoría jurídica aborda bajo el rótulo de «fundamentos de la validez o de la vigencia». Pero, por otra parte, en la página siguiente me exculpa de la falta: «Robles no elabora una teoría capaz de hacerse cargo del problema de la vigencia o validez de las normas. Pero no hay que 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» (24). En esta sorprendente contradicción de mi crítico creo poder encontrar algunas claves adecuadas a la comprensión de mi concepción. Rodilla me ha entendido muy bien en la pág. 45 pero no así en las dos anteriores. Pimero lanza el reproche, después dice que no tiene nada que reprocharme. En este ir y venir de la mirada, donde la crítica se niega a sí misma, hay quizá «enigmas» que es necesario desvelar.

Lo que subyace en mi libro (y que creo que Rodilla no ve, de ahí su flagrante contradicción) es una Teoría del Derecho entendiendo este último término como «Derecho posible» y no como «Derecho positivo». En este sentido, la estructura formal del Derecho agota su concepto, siendo el problema de las condiciones de su existencia real —lo que Rodilla llama validez, y yo llamaría positividad— un problema que se sitúa fuera (más allá o más acá, como él quiera) del problema del concepto. Tanto el normativismo como el empirismo tratan de definir el Derecho fijando las condiciones de la positividad. Para mí, tales condiciones constituyen algo distinto al problema del concepto. Que un determinado orden jurídico sea positivo o no, es simplemente una cualidad de dicho orden que, en principio, se sitúa en un nivel distinto del que corresponde al problema del concepto o de la estructura formal. Tanto el normativismo como el empirismo constituyen sendas versiones del positivismo jurídico. Pero mi concepción *no es* positivista. Tampoco es, obviamente, iusnaturalista, puesto que no introduzco ningún elemento axiológico en la consideración del concepto.

En cuanto Teoría del Derecho posible, mi planteamiento es compatible con las tesis —elaboradas y sostenidas en gran parte por las concepciones sociológicas— del pluralismo jurídico. No hay por qué excluir la idea de un pluriverso jurídico. El análisis de la estructura y, por consiguiente, del concepto del orden jurídico es independiente de la discusión de las condiciones de su existencia real. La cuestión de cuáles sean las condiciones de la existencia de los órdenes jurídicos particulares que componen el pluriverso jurídico es una cuestión que ha de ser discutida en el terreno de la Sociología. La Teoría del Derecho define *qué es* el Derecho y cuál es su estructura interna. La Sociología jurídica dice *cuándo* nos encontramos ante un orden jurídico *positivo*,

(22) Pág. 570.

(23) Pág. 570.

(24) Pág. 571.

esto es, existente en la realidad social de los hombres. Por lo demás, el problema de decidir sobre cuál de los órdenes existentes recae la prioridad, calificándole por ejemplo de «jurídico», es un problema típicamente *ideológico*, que, como tal, no puede resolver la Teoría del Derecho. Así, para algunos juristas el Derecho Canónico no es tal Derecho, pues parten del supuesto, sólo justificable políticamente, aunque se trate de enmascarar con otros argumentos, de que no hay otro Derecho sino el del Estado. Problema similar plantea la siempre debatida cuestión en torno a la llamada naturaleza jurídica del Derecho Internacional. Que se le niegue el carácter de auténtico Derecho o que por el contrario se le conceda tal cualidad, depende tan sólo de presupuestos que no pueden ser discutidos en base a argumentos estrictamente científicos. Hay más bien una opción en favor del carácter jurídico del Derecho Internacional, o en su contra.

Mi concepción de la Teoría del Derecho no es que eluda el problema de la *positividad* del Derecho. Simplemente lo que intenta es situarlo adecuadamente. Se trata de un concepto sociológico, que hace referencia al *hecho* de la posición o *imposición del Derecho*. Que el Derecho esté «puesto» es un problema analizable sólo en términos de investigación fáctica. Por el contrario, cuál sea la estructura del Derecho es independiente de su implantación real y, por tanto, analizable en un terreno distinto al de ésta. El reproche contra el normativismo, tan frecuentemente formulado, de que a la postre cae en las redes del factualismo sociológico, está plenamente justificado, ya que aquella corriente de pensamiento se empeña con terquedad en incorporar al concepto del Derecho la nota de la positividad. Pero dado que lo positivo es lo existente en la facticidad, no puede por menos que enmarañarse en un terreno que por principio había señalado como ajeno. Lo que pretende el normativismo es definir el concepto del Derecho *positivo* en términos de normas, incorporando el criterio de la positividad, que en sí no es sino la forma de la existencia social del Derecho.

Por su parte las corrientes realistas o sociológicas lo que hacen en el fondo es aplicar categorías sociológicas al análisis del concepto del Derecho. Tienen de común con el normativismo que también ellas se plantean como objetivo la indagación del Derecho *positivo* incorporando la positividad en el concepto del Derecho. Pero se diferencian en que también las normas son entendidas en clave sociológica. Las normas son para la mentalidad realista regularidades de comportamiento observables, esto es, hechos sociales.

Nos encontramos así ante el siguiente panorama: el normativismo cae en las redes de la Sociología al pretender incorporar la positividad al concepto del Derecho, mientras que el realismo pretende entender el Derecho no en sí mismo, sino como realidad social, como conjunto de hechos observables, incapacitándose de esta manera para describir su estructura formal.

Que mi posición esté más allá o más acá de esta alternativa, que como se ve no resuelve el problema, importa bien poco. Al fin y al cabo, «más acá» es «más allá» desde la otra parte. La ambigüedad, o mejor, contradicción de que mi riguroso crítico hace gala, al reprocharme y a la vez no reprocharme, es buen exponente de que, por una parte, él sigue pensando el problema del concepto del Derecho en los términos acuñados por la alternativa normati-

vismo vs. empirismo, pero por otra *intuye* que de mi libro se desprende una posición «no reprochable», en virtud de la cual la cuestión de la positividad (repito que la palabra validez es menos apropiada) queda fuera de la consideración estrictamente formal del Derecho. Y así, podría convenir conmigo en que el método lógico-lingüístico no es un instrumento «poco potente» para cumplir el cometido que se le asigna. Pues tal cometido no es la delimitación del Derecho positivo, sino el análisis formal, estructural, de cualquier orden jurídico, lo cual conduce no al estudio de las condiciones de su existencia fáctica, sino al concepto universal del Derecho. Creo que, en este sentido, mi concepción es más consciente de sus propios límites que la Teoría pura del Derecho o que la teoría de Hart.

Puede objetárseme que, a la postre, yo también introduzco la Sociología en mis planteamientos teóricos y que, en este sentido, yo también sería un sociologista. Sin embargo, esta objeción no será propiamente tal, sino a lo sumo una incompreensión de lo que digo. Naturalmente que la Sociología tiene su papel, que obviamente es el que corresponde a su marco de problemas. Dentro de éste está precisamente el de la positividad del Derecho y, en general, de cualquier sistema de reglas. La Sociología se introduce, junto a otros esquemas metódicos, en la concepción global de mi esquema, pero sólo para centrarse en los problemas que le son propios. La Teoría del Derecho no tiene por qué plantearse el problema de las condiciones de la existencia real del Derecho, sino tan sólo (y nada menos) su estructura formal. Como se ve, no sólo no desdeño la tarea de la Sociología, sino que muy por el contrario, le adscribo tareas que tradicionalmente han sido vinculadas —como demuestran precisamente las obras de Kelsen e de Hart— a la Teoría general del Derecho.

Este empeño de «poner las cosas en su sitio» recorre todo mi libro. Al menos, ese ha sido mi propósito. Conecta con esfuerzos precedentes en el terreno de la Epistemología, pues a fin de cuentas no es ésta otra cosa que la reflexión teórica en torno a los deslindes metódicos que necesariamente subyacen, de manera explícita o implícita, a toda construcción científica o filosófica.

10. *El problema de la validez.* En esta línea de depuración epistemológica, o de poner las cosas en su sitio, es tarea capital la demarcación conceptual de algunos términos, tales como validez, eficacia, vigencia y positividad. En el comentario crítico de Rodilla no estoy seguro de que se utilicen con la precisión necesaria. Sostiene mi crítico que no resuelvo el problema de la validez. Ya hemos visto que lo que quiere decir tal término, atendiendo al «uso» que Rodilla hace de él, es lo que más claramente suele llamarse *positividad*. También podría ser denominada «validez sociológica» como es frecuente entre los sociólogos. Pero parece más adecuado utilizar el término positividad ya que con él se alude directamente a la idea de implantación real de un orden de reglas conseguida mediante un conjunto de actos humanos.

La palabra *vigencia* se aproxima muy de cerca al significado de positividad. Decimos que un determinado orden jurídico es Derecho vigente para expresar que tal orden jurídico está implantado en un determinado contexto so-

cial, lo que es decir que constituye Derecho positivo. No obstante, la palabra vigencia posee en ocasiones una connotación más fuerte que el término positividad, aproximándose a lo que con mayor claridad suele designarse como *eficacia*. La vigencia de una regla sería así su «vigor», su implantación real, su fuerza de imponerse a los destinatarios, y no simplemente la cualidad derivada de haber sido «puesta» como regla del sistema.

Pues bien, yo no resuelvo en mi libro, porque ni siquiera me los planteo, ni el problema de la positividad ni el de la vigencia, entiéndase como se entienda este último término (vigencia como positividad o vigencia como eficacia). Ya he dicho por qué: son problemas que pertenecen a la Sociología y que, por tanto, han de ser tratados en esa sede. Lo que sí se desprende de lo expuesto en el libro es la solución del problema de la *validez* intrasistémica o validez puramente formal. A ésta es a la que hay que denominar pura y simplemente validez. Es cierto que no hay un desarrollo explícito y completo de este problema. No hay que olvidar mi propia pretensión: el Ensayo lo concibo como un paso previo a la elaboración de una Teoría del Derecho, aunque en él esté ya contenida en gran parte. En la pág. 17 digo que el libro «se limita a resaltar el parecido de los distintos tipos de reglas y de sus caracteres estructurales», añadiendo que «tiene como norte la elaboración de una teoría de las reglas jurídicas, mencionando el sistema allí donde es necesario, pero sin pretender la acuñación acabada de una Teoría del sistema jurídico». Creo que más claro no se puede ser. Lo que hago es desarrollar una Teoría de las reglas jurídicas, y no —todavía— una Teoría del sistema jurídico (25). Ahora bien, no obstante lo anterior, de la Teoría de las reglas allí desarrollada se desprenden numerosos elementos teóricos que pertenecen a una Teoría del sistema. Tal sucede precisamente con el tema de la validez. Creo incluso que podría decirse que este problema está *siempre* presente en mi Ensayo. Validez de una acción, de una decisión o de una regla no es otra cosa que su correspondiente pertenencia al ámbito. De por qué las acciones, las decisiones y las reglas pertenecen a un determinado ámbito es uno de los temas capitales de mi libro. Y no otro es el tema de la validez. Mi concepción de la validez hay que vincularla con la teoría de la acción, que en mi libro tiene un papel muy relevante. Sorprendentemente, el profesor Rodilla ha hecho caso omiso de la teoría de la acción. Realmente no me explico por qué.

Refiriéndonos a la acción, diremos —siguiendo el esquema de mi libro— que una determinada acción es válida cuando pertenece al ámbito, lo que es lo mismo que decir cuando es una acción del ámbito. Dado que la acción genérica es un procedimiento genérico, una acción concreta es válida cuando el procedimiento concreto en que consiste ésta se subsume en el procedimiento genérico (26). Exactamente lo mismo puede afirmarse respecto de una decisión o una regla concretas. Téngase presente que a ambas subyace siempre el concepto de acción. Una determinada regla es válida cuando pertenece

(25) *Reglas*, pág. 17.

(26) *Reglas*, págs. 84 y ss.

al sistema proposicional que expresa, hermenéuticamente construido, el «texto bruto» que constituye el ámbito. La pertenencia de la regla al sistema está condicionada por el hecho de que la acción creadora de la misma sea una acción concreta que se subsuma en el procedimiento genérico establecido como necesario para crear aquélla. Y puesto que el procedimiento es, a su vez, establecido mediante reglas, puede decirse que una regla determinada es válida si el procedimiento de su creación cumple las exigencias establecidas por las reglas ónticas correspondientes (espacio y tiempo, sujeto y competencia) y las reglas técnico-convencionales indicadoras del procedimiento. Es indiferente que la regla creada sea óntica, técnica o deóntica.

11. *La relación entre los tres tipos de reglas.* Quizá la incompreensión de esto último ha llevado a mi crítico a entender mal lo que yo digo sobre las relaciones entre los distintos tipos de reglas. Para Rodilla estamos ante «relaciones de prioridad unidireccional», esto es: primero, las reglas ónticas, después las reglas técnicas y, por último, las reglas deónticas o normas. De esta manera, dice él, «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 convencionales; las reglas deónticas o normas constituirían, por fin, el estrato más superficial» (27). Y continúa: «las normas son algo así como un añadido tardío y de rango sistemático subordinado, que entra sólo en juego cuando los estratos anteriores están ya construidos» (28).

Considero esta interpretación como una tergiversación, absolutamente inaceptable, de mi teoría. Según ella, «mi» imagen del orden jurídico sería la representable simbólicamente por un edificio en el que estuvieran alojadas en el primer piso las reglas ónticas, en el segundo las reglas técnicas, y en el tercero —«tardíamente»— las reglas deónticas o normas. Así, primero se crearían *todas* las reglas ónticas, a continuación *todas* las reglas técnicas y, más tarde, *todas* las reglas deónticas. No sólo habría una prioridad sistemática, sino también temporal, de tal manera que para que existiera una regla técnica tendrían que estar creadas todas las reglas ónticas, y para que tuviera validez una regla deóntica tendrían que existir previamente todas las reglas ónticas y todas las reglas técnicas.

Parece claro que Rodilla se ha tomado en este punto demasiado en serio la analogía entre el Derecho y el fútbol. El fútbol es un juego sencillo, mientras que el Derecho es algo sumamente complejo (al menos el Derecho de las sociedades civilizadas). La estructura de los juegos más usuales o conocidos y del Derecho es similar, pero nadie puede dudar que, en todo caso, la estructura del Derecho es la propia de un juego sumamente complejo. Mi crítico se empeña continuamente en su comentario en esclerotizar mi modelo comparativo, cosa que yo no hago. En esta línea de esclerotización es donde hay que situar su afán simplificadorio con respecto a la estructura del orden

(27) Pág. 554.

(28) Pág. 554.

jurídico y, en conexión con ello, también con respecto al problema de la «sincronía de la diacronía». Pero vayamos por partes.

Yo no digo nunca que primero se crean todas las reglas ónticas, después todas las reglas técnicas y después todas las reglas deónticas. Decir esto constituiría ciertamente un disparate, que implicaría un absoluto desconocimiento de cómo es cualquier orden jurídico. Es evidente que una regla deóntica, para ser creada, necesita de la existencia previa de su creador y también del procedimiento de creación. Pero de esto no puede desprenderse que la propia regla deóntica no pueda establecer como deber precisamente la creación de una regla óntica o de un conjunto de reglas ónticas, o de una regla técnica o de un conjunto de ellas, o de ambos tipos. En este sentido, hay reglas deónticas que preceden a las ónticas y a las técnicas. El establecimiento de una regla óntica o de una regla técnica puede ser el objeto del deber formulado por una regla deóntica. No veo qué dificultad hay en ver esto. Podemos encontrar ejemplos pertinentes tanto en el Derecho público como en el Derecho privado. Un determinado órgano del orden jurídico puede ordenar a otro órgano inferior la tarea de planificar determinada actividad, a cuyo efecto deberá de crear nuevos órganos, instituyendo sus competencias y señalando sus procedimientos. No hay duda de que todo ello habrá de hacerlo dentro de su propia competencia y de acuerdo con el procedimiento que le ha sido prescrito. Pero esto no es obstáculo para darse cuenta de que la creación de los nuevos órganos inferiores, el establecimiento de sus competencias y la demarcación de los procedimientos respectivos constituyen el objeto del deber que le ha sido impuesto. Por el contrario, también puede acontecer el supuesto de que la acción de creación de nuevas estructuras orgánicas sea una competencia de un determinado sujeto de Derecho, y que no exista formulación de un deber que le obligue a ello.

Lo que yo digo es cosa bien distinta de esa curiosa interpretación. Yo digo que para que se cree *una* regla deóntica es necesario la existencia de un sujeto que la cree dentro de su competencia y de acuerdo con un procedimiento en el marco espacio-temporal señalado. Creo que mi crítico no pondrá en entredicho que la creación de una regla deóntica o norma exige alguien que la cree y que ese alguien ha de decidir dentro de su competencia —por muy amplia que ésta sea— y de acuerdo con un determinado modo de proceder, por muy flexible que éste pueda ser. *Esto* es realmente lo que yo digo, y no otra cosa. Traducido en términos de reglas puede ser expresado de otra forma: para que exista un determinado deber, esto es, una regla deóntica, tiene que existir antes un conjunto de reglas ónticas que establezcan quién es el sujeto creador de la regla deóntica, lo cual implica señalar igualmente cuál es su competencia, al menos respecto de la creación de esa regla deóntica determinada, y una o varias reglas técnicas que indiquen el procedimiento necesario para que la decisión del sujeto necesario sea una decisión válida y sea susceptible, por tanto, de generar la validez de la regla deóntica. En este sentido, es ésta, la regla deóntica, posterior respecto de las reglas ónticas y técnicas que son presupuestos de su creación y, por tanto de su validez. Pero de esta manera de ver las cosas no puede extraerse la errónea conclusión —que no deriva de la lectura de mi libro, sino de una incompreensión de la naturaleza de las reglas y de su recíproca relación— de que todas las

reglas ónticas son previas a las reglas técnicas y a las deónticas, y de que todas las reglas técnicas son previas a las deónticas. Y, consiguientemente, tampoco se puede pensar que yo sostenga algo tan llamativo como la imagen de una «estructura estratificada» del orden jurídico. Algo así como una *Schichtenbau*, en lugar de la *Stufenbau* que ideara Adolf Merkl y recogiera el conjunto de la Escuela de Viena. Realmente yo no pienso el Derecho en términos geológicos.

Lo precedentemente expuesto encaja con el problema de la validez, al que me he referido antes. Una regla —ya sea óntica, procedimental o deóntica— es válida si ha sido creada cumpliendo los requisitos necesarios establecidos como tales para su creación. Esos requisitos son de dos tipos: de carácter estático (espacio, tiempo, sujeto y competencia) y de carácter dinámico (procedimiento). Puesto que los requisitos estáticos son establecidos por reglas ónticas y los dinámicos por reglas técnicas, llegamos a la conclusión de que la validez de una regla —del tipo que sea— es equivalente a creación de la misma de acuerdo con lo establecido por las reglas ónticas y técnicas correspondientes, que han establecido los elementos necesarios para su creación.

Así, pues, puede decirse que en mi concepción —bien entendida— los tres tipos de reglas se encuentran en los diversos «pisos» del orden jurídico. Si se quiere seguir con la comparación arquitectónica, puede afirmarse que las reglas ónticas y las técnicas (que yo denomino «necesarias») constituyen el armazón básico de la estructura, las vigas maestras y sostenedores del conjunto. Pero es evidente que sin las reglas deónticas el edificio no puede ser habitado. Por tanto, la relación de prioridad no es «unidireccional» ni «estratificada». Sencillamente, y apartándonos ya de toda imagen arquitectónica, que al principio puede servir de ayuda, pero para profundizar lleva a malentendidos, se trata de una prioridad lógica que se da siempre en la creación de las reglas. La clave de todo este planteamiento está precisamente en el cap. III de mi libro (que Rodilla sorprendentemente olvida) y, más en concreto, en la teoría de la acción.

12. *Diacronía y sincronía en el Derecho.* Todo lo expuesto anteriormente puede aclarar en qué sentido hay que entender el calificativo «sincrónico» aplicado al análisis que llevo a cabo en el libro. Quien lea detenidamente la página 43 y ss. sin prejuicios previos, podrá comprender que yo sólo excluyo la explicación de la dinamicidad *como tal*. La realidad es en sí misma dinámica, y lo mismo sucede con la realidad del Derecho. La Teoría del Derecho ha de operar, sin embargo, con modelos sincrónicos. Mediante un corte sincrónico de la realidad (por sí misma dinámica) se fijan los elementos estructurales y se analizan sus relaciones. La diacronía se incorpora a la sincronía, haciendo así posible un análisis sincrónico de aquélla. Para explicarme mejor, séame permitido hacer uso de cierta fantasía. Supongamos que poseemos un ingenio electrónico que nos permite escribir en un momento determinado sobre un inmenso panel todas las reglas que en ese momento componen un orden jurídico. Allí tenemos desde la Constitución, pasando por las leyes ordinarias, disposiciones de la Administración, sentencias jurídicas, negocios llevados a cabo por los particulares, etc., etc. Ni siquiera falta el llamado «derecho no escrito», los usos o costumbres. Todo el Derecho vigente en un

determinado momento está allí presente, hasta la última sentencia dictada en el segundo anterior. Mediante la máquina hemos detenido el tiempo. La vida se ha detenido y también, por tanto, el orden jurídico que es expresión de aquélla. Hemos dado un corte a la dinamicidad y ahora nos disponemos a estudiar lo que tenemos delante. La pregunta que tenemos que contestar es: ¿Cómo es este orden jurídico que está ante nosotros? ¿Cuál es su composición, cuáles son sus partes? ¿Cómo se relacionan las partes entre sí? El orden jurídico ha de ser reconstruido como un *puzzle* en el que encajen todos los elementos. Nada va a ser transformado ya en el interior del sistema, pero sí podemos entender cómo han operado las transformaciones internas precedentes.

Mi análisis es sincrónico en este preciso sentido. Se trata de una sincronía metódica, exactamente igual que sucede en el caso de la Teoría pura del Derecho o en la teoría de Hart. No entiendo por qué mi crítico tiene a bien aceptar el «corte sincrónico» realizado por Hart y ve con tan malos ojos el mío. Puede decir que yo no desarrollo todos los elementos dinámicos que se reflejan en el corte sincrónico, pero eso se lo concedería yo sin ninguna dificultad, ya que tales elementos ausentes son los correspondientes a una Teoría del Sistema acabada, de la que ya hemos hablado. Pero si quiere ver dichos elementos en la obra de Hart se verá algo sorprendido, pues tampoco allí hay tal desarrollo.

Me parece que lo que subyace a los reproches de Rodilla es que él piensa que yo me tomo al pie de la letra la analogía entre juegos sencillos, creados de una vez por todas, y Derecho, que es —como todo el mundo sabe— un sistema autorregulado. El que yo haya utilizado como ejemplos el fútbol y el ajedrez puede haberle llevado a este malentendido. Desde luego hubiera deseado haber comparado el Derecho con un juego de gran complejidad, pero para ello me encontraba con dificultades difícilmente superables. Para empezar yo no conozco ningún juego de ese tipo, aunque sé que existen. En todo caso ésta habría sido una dificultad superable, pues lo que se ignora se puede aprender. El obstáculo mayor provenía de otro lado. Pensé que un libro sobre las reglas del Derecho que utilizara como comparación un modelo de juego sumamente complejo (esto es, similar al Derecho) sería absolutamente indigerible para el lector y tedioso hasta la saciedad para su autor. Por tanto, me decidí por juegos que conozco (y que me gustan) y que sé que en general son conocidos y gustan también a los demás. Pero del hecho de que mi elección haya recaído sobre juegos sencillos, de los que son creados de una vez por todas, no puede dar pie para pensar que todos los juegos son de esta sencillez ni que yo piense que el Derecho es creado de una vez por todas. Con respecto a lo primero, cualquiera puede comprobar que existen juegos muy complejos. Además no hay obstáculo en que podamos idear un juego de tales características. En cuanto a lo segundo, digo expresamente en mi libro que el Derecho, a diferencia de los juegos, no constituye un sistema cerrado de reglas generado de una vez para siempre, sino un sistema con una dinamicidad interna extraordinaria. Es mi propio crítico quien se empeña no sólo en pensar en los juegos como «sistemas cerrados», sino también en pretender que yo piense lo mismo.

13. *La definición de un orden jurídico y la definición del Derecho.* La diferenciación entre definición de *un* determinado orden jurídico y definición *del* Derecho, es un problema cuya respuesta adecuada se encuentra ciertamente en las páginas de mi libro, pero quizá sólo si se lee con ánimo de encontrarla. Yo no afirmo en ningún momento que el Derecho sea un sistema de reglas en el cual se pueda prescindir de las reglas deónticas. Mas bien digo lo contrario: *el* Derecho es un sistema de reglas ónticas, técnicas y deónticas. Reglas ónticas son aquellas que establecen los elementos necesarios de carácter estático; técnicas, las que crean los procedimientos, es decir, los elementos necesarios de carácter dinámico; y deónticas, las que establecen deberes. Ser, tener que y deber, que constituyen los correspondientes verbos expresivos de los tres tipos de reglas, forman el ser del Derecho. El Derecho es un ámbito óntico-práctico. Parece que mi crítico se fija tan sólo en el primero de los calificativos («óntico»), omitiendo el segundo absolutamente («práctico»). Yo no digo que el Derecho sea un ámbito óntico, sino un ámbito óntico-práctico. Los dos calificativos son importantes. Es lo mismo que decir que en el Derecho hay elementos ónticos y elementos prácticos. El ser del Derecho es un *ser práctico*, esto es, dirigido inmanentemente a regular la acción. El aspecto práctico forma parte de su «ser» tanto como el aspecto óntico.

Cuando me refiero a la «definición de un ámbito óntico-práctico» (29) a algo muy diferente. Cierto que utilizo aquí la palabra «definición» con un significado distinto que cuando la aplico al concepto del Derecho. Mientras que para definir *el* Derecho es preciso atender a los caracteres generales contenidos en el concepto universal de Derecho, en el caso de la «definición» de un orden jurídico determinado no hay tal posibilidad. Un orden jurídico determinado no es un universal del que se pueda extraer los caracteres generales comunes de todo universal. Es, por el contrario, una realidad concreta, existente aquí y ahora. Todo orden jurídico concreto se encaja, es un caso del concepto «orden jurídico» y, por tanto, los caracteres universales del concepto de Derecho son igualmente aplicables a la realidad concreta. En este sentido, si yo afirmo que el Derecho es un sistema de reglas de tres tipos diferentes *también* estoy diciendo que un orden jurídico particular posee estos tres tipos de reglas, pues en caso contrario no sería un «caso» del concepto general. El orden jurídico concreto tiene todos los elementos que caracterizan el concepto universal de Derecho. Aquél sólo es un orden jurídico porque cumple precisamente lo que el concepto de Derecho exige. Es, por tanto, radicalmente absurda la conclusión que extrae Rodilla de sus análisis, y según la cual yo sostendría que en un orden jurídico particular podemos prescindir de las reglas deónticas.

Esta incomprensión surge, en mi opinión, porque mi crítico no sitúa adecuadamente lo que significa «definir» un orden jurídico determinado. Ya he dicho que tal operación no puede tener el mismo alcance que el adscrito a la tarea de definir el concepto *del* Derecho o del orden jurídico en general. No hay un concepto de un orden jurídico determinado, porque el concepto

(29) *Reglas*, págs. 31 y ss.

lo es siempre de lo general. En este sentido estricto, y sólo en este sentido, no hay posibilidad de «definir» tal realidad concreta. Si utilizo, a pesar de todo, el término «definir» en relación con un determinado orden jurídico o un determinado juego, es porque obviamente estoy utilizando dicho término con un sentido distinto, pero no por eso quizá menos legítimo.

Es correcto que, si queremos dar noticia de en qué consiste un determinado juego o un orden jurídico, habremos de enunciar todas sus reglas (30). Eso, en el supuesto de que nuestro interlocutor quiera saber «de qué va» con respecto al juego o al Derecho determinado en toda circunstancia y ocasión. Con un juego (de los sencillos) es fácil tal enunciación, con el Derecho algo más complicada. Pero con la expresión «definición de un juego determinado o de un orden jurídico determinado» es evidente que tampoco quiero decir enunciado de todas sus reglas ni información exhaustiva acerca de todas las peculiaridades. Lo que *define* un orden jurídico no son todas sus reglas, sino aquellas sin las cuales el orden jurídico no puede funcionar. Se me responderá que un orden jurídico no puede funcionar sin reglas deónticas; a esto respondo: un orden jurídico no está «completo» sin reglas deónticas, pero sí puede funcionar si se han establecido los sujetos, las competencias y los procedimientos para crear las reglas deónticas. En este sentido, llevando el pensamiento al límite de la existencia mínima de un orden jurídico, podría decirse que tal orden existiría desde el momento que estuviera establecida una autoridad creadora de normas y, en general, de todo el sistema. Lo contrario no es sostenible: un orden jurídico no es pensable sólo como un sistema de reglas deónticas, puesto que para que éstas existan es precisa la existencia previa de los elementos necesarios del ámbito, naturalmente no de todos, sino de los necesarios para comenzar la «producción» de las reglas. Es por este camino por donde se puede entender que lo que «define» un orden jurídico determinado o un juego concreto, son las que yo llamo *reglas necesarias*, esto es, las reglas ónticas y las técnicas. Mediante estas reglas se establecen los elementos necesarios del ámbito (estáticos y dinámicos), los cuales hacen posible que se produzcan las acciones pertenecientes al mismo. Entre estas acciones figuran las decisiones que dan lugar a reglas. Dados los elementos necesarios de un determinado juego, ya pueden realizarse las acciones propias de él. Y exactamente igual, respecto de un orden jurídico: sólo son posibles las acciones jurídicas cuando se han establecido los elementos necesarios del sistema, al menos aquéllos que hacen factible acciones generadoras de nuevas reglas.

Llamo necesarias a las reglas ónticas y a las técnicas por dos motivos diferentes pero conectados. Por una parte, como acabamos de ver, son esas reglas las que constituyen los presupuestos necesarios para que tenga lugar la acción propia del ámbito. Sin ellas, la acción no puede producirse y, por tanto, entre otras cosas, no pueden crearse las reglas deónticas. Este carácter necesario se refleja por lo demás en la configuración lingüística de estas reglas. Ser y tener que expresar la necesidad convencionalmente establecida, a

(30) ROBLES, *Trois types de règles dans le droit*. Colloque International de Sémiotique juridique (versión francesa de V. Martínez Bretones). *Revue de Recherche Juridique Droit Prospectif*. Aix-Marseille 1986-2), págs. 335-355, pág. 337 y ss.

diferencia del deber. De esta manera, el carácter necesario de las reglas ónticas y técnicas queda expresado en su propia configuración lingüística, ya que ésta no es otra cosa sino la forma de ser de la regla. Si la regla es necesaria con respecto a la acción, es lógico que tal necesidad se exprese en lenguaje, puesto que la regla no es sino una proposición lingüística dirigida a orientar o dirigir la acción.

Nadie puede dudar de la importancia de las reglas deónticas en el Derecho (no así en la mayoría de los juegos). Que el Derecho es un sistema de reglas que, entre otras cosas, establecen deberes, es una verdad cuyo origen se pierde en la lejanía de los tiempos. Yo no discuto esto. Lo que pongo en tela de juicio es la concepción tradicional, según la cual el Derecho es un sistema de normas impositivas de deberes, y esto aunque se entienda el término deber en su significado más amplio (31). Las reglas deónticas califican como debidas determinadas acciones, pero no crean las acciones mismas, ya que la acción es un procedimiento, y éste es expresado por las reglas técnicas. Hay acciones que son objeto de deber y acciones que no, pero tanto en un caso como en otro la acción en sí misma no es sino un procedimiento, que como tal no es establecido por la regla deóntica. Esta se limita a establecer el deber de realizar una acción. Lo que sea ésta corresponde a la regla técnica. Esto es lo que creo no ha sabido ver en todo su alcance el profesor Rodilla.

Sus reproches en esa dirección así lo atestiguan. Según mi crítico, atendiendo a mi concepción de la «definición» de un orden jurídico, habría que suprimir nada menos que el código penal «que es en lo sustancial un conjunto de reglas deónticas» (32). Ya hemos visto en qué sentido hay que entender el término «definición» cuando la aplico a un orden jurídico determinado. Ahora no me ocuparé de este problema, sino del de la naturaleza de las reglas deónticas y su conexión con las técnicas. Yo no niego que el código penal contenga gran cantidad de reglas deónticas, como tampoco negaría que lo mismo sucede en el Código civil o en el de Comercio. Lo que me parece inaceptable es la afirmación de que casi exclusivamente contiene ese tipo de reglas. Una de las tareas capitales de los códigos penales consiste en tipificar las acciones delictivas. Pues bien, las reglas tipificadoras son otras tantas reglas técnicas que establecen la acción delictiva, el tipo penal. Incluso cuando el código no crea expresamente el tipo, sino que lo da por implícitamente delimitado, la regla (implícita) que lo establece es una regla técnica. Y eso por la sencilla razón de que el tipo es un procedimiento genérico, esto es, una acción genérica, respecto de la cual pueden producirse acciones concretas que se subsuman en ella. Las reglas deónticas lo único que hacen es ordenar (o prohibir) esas acciones. Para que se ordene o prohíba una determinada acción, previamente es necesario saber en qué consiste tal acción.

(31) Como hace, por ejemplo, Kelsen en la segunda ed. de *Reine Rechtslehre* y más aún en *Allgemeine Theorie der Normen* (Wien, 1979), en la cual incluye en el *sollen* el *nicht-sollen* de las reglas derogatorias. Sobre el tema v. ROBLES, *La Teoría de la norma jurídica de Hans Kelsen. Consideraciones críticas*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (1980), recogido posteriormente en *Epistemología y Derecho*, ya citado.

(32) Pág. 555.

La acción *jurídica* que se ordena o prohíbe es establecida por la regla técnica y, posteriormente, ordenada o prohibida. La comisión de un delito podrá ser una acción *ilícita*, porque infringe el deber, pero en todo caso se trata de una acción *jurídica*, ya que pertenece al ámbito que es el Derecho. Es más, si no fuera una acción jurídica no podría ser calificada de ilícita (y tampoco de lícita), ya que tal calificación sólo es posible dentro de un sistema regulativo de la acción, si la acción realizada pertenece a dicho sistema. Piénsese además en otros tipos de reglas que aparecen también en los códigos penales, tales como las referentes a la capacidad penal y a sus limitaciones (problemática de la imputabilidad penal) o al marco espacio-temporal en que las reglas penales tienen validez. Es evidente que en el código penal se contienen gran cantidad de reglas deónticas, pero desde luego no sólo reglas deónticas. Las reglas ónticas y las técnicas tienen también un lugar destacado. Y en cualquier caso, aunque no fuera así, en nada se alteraría el problema de la «definición» de un orden jurídico, tal como ha sido expuesto. Una cosa es cuál sea el contenido de una determinada ley y otra muy distinta, cómo ha de ordenar el jurista el material que dicha ley le proporciona, pasando del «texto bruto» al texto hermenéuticamente construido (33).

En su argumentación, tendente a demostrar lo desatinado de mi idea de «definir» *un* orden jurídico atendiendo tan sólo a las reglas que yo denomino necesarias, desciende el prof. Rodilla a ocuparse del problema de la definición de la propiedad. Abandonando la problemática propia de la definición de un orden jurídico, pasa a ocuparse de una determinada institución. Este salto argumentativo no es legítimo por dos razones. Primero, porque no se puede poner al mismo nivel el problema de la definición de un orden jurídico con el de la definición de una institución. Y en segundo lugar, porque Rodilla reflexiona sobre la institución «general» de la propiedad, mientras que de lo que se trata es de discutir la cuestión de la definición de *un* orden jurídico concreto. Pues bien, a pesar de estos «desniveles» argumentativos, de cuya legitimidad hay que dudar, tampoco se le puede dar la razón en *lo que dice*.

Según mi crítico, «si el robo no estuviera prohibido, tampoco existiría la propiedad», por lo cual hay que concluir que el robo (o mejor, la prohibición del robo) forma parte de la definición de propiedad (34). Esta argumentación va dirigida a demostrar que las reglas deónticas, que son las que prohíben el robo, forman también parte de la definición de la propiedad, y por tanto, de la de un orden jurídico determinado. Dejemos de lado lo impropio del razonamiento, y vayamos a la argumentación misma. Si se parte de la premisa de que la definición de la propiedad implica la del robo y su definición, no veo por qué motivo habría que pararse ahí. Es evidente que sin jueces que dijeran cuándo hay robo y cuándo propiedad y sin policía que detuviera a los ladrones y protegiera a los propietarios, tampoco habría, según el mismo razonamiento, propiedad. Pero, a su vez, los jueces y la policía no existirían (o no podrían ser definidos) sin hacer referencia al Estado y a su organización interna, que establece que determi-

(33) ROBLES, *Trois types de règles dans de droit*, ya cit., pág. 340.

(34) Pág. 556.

nadas personas tienen competencia para juzgar y otras para poner las esposas a los ladrones. Y, continuando, para que efectivamente tal propiedad existiera, los jueces tendrían que dictar sus fallos y los ladrones habrían de ser encarcelados, para lo cual sería necesario todo el aparato de ejecución y los establecimientos correspondientes. Y así podríamos continuar casi indefinidamente. Si aceptáramos la premisa del profesor Rodilla, tendríamos que llegar a la conclusión de que para definir la propiedad habría que referirse no sólo al robo, sino también al hurto, al allanamiento de morada, al estado de necesidad, a la posesión, a la distinción entre cosas muebles e inmuebles, y todo lo dicho precedentemente más un largo etcétera. Rodilla se hubiera expresado mejor si hubiera dicho que si no existiese la prohibición del robo (y no sólo del robo sino de todos los delitos contra la propiedad) *no estaría garantizado* el ejercicio de las facultades que se insertan en la propiedad, y de la misma forma tendría que decir entonces que sin Estado, jueces, policía, etc., no estaría garantizado que la prohibición de los delitos contra la propiedad tuvieran grandes efectos. La prohibición del robo, junto a otras muchas, contribuye a garantizar la propiedad; incluso puede decirse que constituye un «reflejo» lógico de la existencia de la propiedad. Pero no menos «lógico» será también la existencia de jueces o de policía.

Creo sinceramente que en el problema de la definición de *un* orden jurídico el profesor Rodilla ha sacado mis argumentos de sus propias casillas, pretendiendo llevarlos hasta la frontera del absurdo. Pero en este juego es precisamente mi crítico quien utiliza razonamientos insostenibles, como acabo de mostrar. Cuando yo hablo de definición de un orden jurídico quiero decir algo bastante sencillo, para cuya comprensión no es preciso entrar en ningún laberinto de sinsentidos. Es evidente que un orden jurídico está compuesto por *todas* sus reglas y que, por tanto, saber en qué consiste en todas sus dimensiones conllevaría una enumeración de todas y cada una de tales reglas. Si alguien quiere llamar a esta enumeración definición de un determinado orden jurídico está en su derecho. Pero yo aplico el término definición en un sentido distinto, y creo tener buenas razones para hacerlo. Respecto de un juego determinado, puede decirse que los jugadores pueden jugar desde el momento que saben el contenido de sus reglas necesarias (reglas ónticas y técnicas), y eso aunque carecieran del conocimiento acerca de las reglas deónticas. Ciertamente jugarán torpemente, ya que incurrirán en infracciones en las que no hubieran incurrido en el caso de un conocimiento completo de todas las reglas del juego. A pesar de jugar «torpemente», sin embargo juegan, es decir realizan las acciones propias del juego. Aunque las reglas necesarias no agoten el ser completo del juego, lo «definen», puesto que ya ellas solas permiten la acción típica del juego. Este es el sentido que hay que dar a mi afirmación de que las reglas necesarias definen el ámbito óntico-práctico. Son esas reglas las que constituyen la estructura básica del ámbito, las que hacen posible la acción dentro del sistema. Definir éste, tal como yo utilizo la expresión, es limitarse a describir su estructura básica, y no negar la existencia de elementos deónticos. De igual manera, un orden jurídico puede «funcionar»

desde el momento en que se han establecido los elementos necesarios del ámbito. En rigor, puede comenzar a funcionar una vez establecidos los elementos necesarios decisivos, es decir, los órganos (u órgano) que han de generar el resto del sistema y los procedimientos para hacerlo. Por esta vía, nos acercamos a la idea de *Constitución* de un orden jurídico. La definición de un orden jurídico determinado sería así identificable con su *constitución*, en el sentido teórico-jurídico de esta palabra, y no en su sentido político.

14. *Sobre la reconstrucción hermenéutica de las reglas.* En varias ocasiones me echa en cara Rodilla la «arbitrariedad» de mis construcciones hermenéuticas y los «análisis especiosos» que suelen acompañarlas. Al parecer, si bien mi método lógico-lingüístico resulta «demasiado sencillo» para resolver algunos problemas —como el del mal denominado por mi crítico «validez» del Derecho—, en otras ocasiones parece ser realmente «especioso», lo que viene a querer decir «preciosista», y supongo que en el sentido negativo. Mi crítico me coloca así de nuevo ante una situación difícilmente superable, ya que me acusa de que mi método es sencillo y complejo al mismo tiempo. Para demostrar la especiosidad de mis análisis alude Rodilla a la regla del fútbol que «prohíbe» tocar el balón con la mano. El da por supuesto que se trata de una regla deóntica y que yo, mediante mis maquinaciones hermenéuticas (no sé si dolosas), la puedo retorcer en la cámara de tortura lingüística hasta convertirla en una regla óntica, y así hacerla entrar en la definición del fútbol. Pues bien, mi severo y querido crítico yerra una vez más su tiro. Como no se preocupa un ápice del concepto de acción que yo establezco, ni de la relación de la acción con las reglas, es muy difícil que vea que la solución que yo doy al problema que plantea es muy sencilla, sin necesidad de acudir a especiosidades. Cómo hay que jugar para que los movimientos realizados sean acciones del juego es algo que establecen las reglas técnicas, las cuales crean el procedimiento necesario. Ahora bien, si un determinado jugador no utiliza tal procedimiento, lo que pasa es que no juega. En el fútbol la regla técnica (y no óntica, por tanto) dice: todo jugador de fútbol, excepto el portero, tiene que utilizar todo el cuerpo, excepto brazos y manos, etc. Si alguien no lo hace así, sencillamente no juega.

Por lo tanto, estamos, en el ejemplo propuesto ante una regla procedimental que señala los requisitos necesarios de la acción, es decir, la acción genérica del juego. Para que un conjunto de movimientos pueda ser calificado como acción de fútbol, tiene que cumplir esos requisitos, y si no los cumple no hay tal acción. El movimiento consistente en parar el balón con la mano no es una acción del juego, ya que tal movimiento no se subsume en la acción genérica del juego. Parar el balón con la mano es, más bien, una interrupción de éste. El hecho de que se haya establecido que el balón pase a poder del equipo contrario en el mismo lugar donde se interrumpió el juego no hay que interpretarlo necesariamente como una pena. Esa interpretación responde a un análisis «especioso» del profesor Rodilla, y no a una derivación lógicamente necesaria. Si, a pesar de todo, se insistiera que

también hay una sanción y, por tanto, el incumplimiento de una regla deóntica, no por eso habría que abandonar la interpretación que propongo. El acto de parar el balón con la mano, realizado por un librecampista, supone, en relación con la regla técnica que establece el procedimiento, un acto nulo, una interrupción del juego. Si se entiende que hay, además, una «obligación lúdica» de no realizar ese movimiento, habría que pensar que junto a la regla técnica que establece el procedimiento hay también una regla deóntica que obliga a cumplirlo. Esta interpretación es desde luego algo forzada, pero podría ser admitida como hipótesis de trabajo. Tendríamos entonces el siguiente cuadro: Hay una regla o conjunto de reglas técnicas o procedimentales que establecen el procedimiento que necesariamente han de seguir los jugadores para jugar al fútbol. Se exige la utilización de todo el cuerpo, excepto brazos y manos. Si alguien para el balón con la mano, incumple la regla técnica, lo que equivale a decir que no realiza una acción de juego, no juega. Como consecuencia de ello, el juego se interrumpe. Para continuarlo o reanudarlo se conviene que el balón pase al equipo contrario, el cual utilizará el procedimiento establecido para continuar el juego. Con lo dicho hasta aquí se explica perfectamente el movimiento de parar el balón con la mano en un lugar del terreno de juego, fuera del área de castigo. En el caso del penalty, la explicación precedente también sería suficiente si se piensa que el lanzamiento del penalty es el procedimiento establecido dentro del área para continuar el juego. La palabra *penalty*, desde luego, hace referencia a la idea de sanción, pero eso no quiere decir que haya que interpretarlo necesariamente así. En todo caso, aun cuando hubiera que admitir que existe además una regla deóntica que «prohíbe» parar el balón con la mano, no por eso sería erróneo el análisis precedente. La acción en este caso no sólo sería nula, sino también ilícita.

15. *El problema de las reglas potestativas.* En el capítulo de mis «reconstrucciones hermenéuticas no controladas» (35) sitúa Rodilla el tema de la naturaleza de las reglas potestativas, que ciertamente es preciso reconocer que plantea en sí problemas no insignificantes. Pero el modo en que mi crítico despacha el tema y la manera algo brusca de su expresión dejan, desgraciadamente, en la sombra lo que creo debería haber sido el modo correcto de operar. Rodilla debería haber hecho una crítica extensa de todas mis reconstrucciones hermenéuticas «no controladas». Quiero decir: Si realmente piensa en la artificiosidad de mi manera de concebir las reglas del Derecho, tendría que haberla demostrado respecto de todos los tipos de reglas, y no referirse sólo a uno. Pero además tampoco se aproxima al problema de las reglas potestativas con la objetividad y carencia de prejuicios que cabría esperar. No se puede entender lo que digo en este tema sin conectarlo con el concepto de competencia, tal como está desarrollado en el cap. III de mi libro. Está claro que Rodilla piensa este concepto tal como es usual, es decir, como *poder* de hacer algo. Si se hubiera detenido un poco en averiguar qué entiendo yo por competencia, sus apreciaciones probablemente hubiesen sido más benévolas (36). Igualmente me ha llamado

(35) Pág. 566, n. 13.

(36) *Reglas*, págs. 65 y ss.

la atención que pase por alto mis explicaciones diferenciadoras entre el poder propio de la competencia y el del permiso (37), siendo también muy chocante el que no diga una palabra sobre este último (38).

16. *Toda norma es hipotética* (39). Así reza uno de los epígrafes de mi libro. La idea es simplemente ésta: una regla deóntica no es sino el deber que en ellas se expresa; todo deber es condicionado; luego, la regla deóntica o norma es siempre hipotética. No acepto la distinción entre las llamadas normas categóricas y las normas hipotéticas. Creo que el profesor Rodilla no ha captado bien lo que expongo al respecto, puesto que él reconduce el problema a la necesidad de que la hipótesis recoja «un propósito en relación con el cual el mandato tuviera necesidad práctica» (40). Mi idea es otra: el deber es siempre condicionado porque va dirigido a alguien que se encuentre en determinada situación. Las condiciones que han de cumplir el sujeto destinatario como tal y la situación en que se ha de encontrar son condiciones del deber y, por consiguiente, de la regla deóntica. Pueden verse los ejemplos citados en el libro (41).

17. *Sobre la distinción entre reglas constitutivas y regulativas, de J. Searle*. Según mi crítico, la tipología que yo establezco de reglas ónticas, técnicas y deónticas es, por decirlo así, una concepción que tiene su antecedente más claro en la conocida distinción del filósofo del lenguaje John Searle entre reglas regulativas y reglas constitutivas. Rodilla propone, en el cuadro 1, que mis reglas ónticas y mis reglas técnicas son reglas constitutivas en el sentido de Searle, y que mis reglas deónticas son reglas regulativas en el sentido también de Searle. Con ello, creo que tergiversa tanto el planteamiento de Searle como mi propia concepción. La raíz de la tergiversación radica en que Rodilla pasa por alto el carácter dispar del planteamiento de Searle y el mío propio. Baste decir que para Searle el ejemplo característico de reglas constitutivas son las reglas de los juegos, mientras que yo distingo *dentro* de las reglas de los juegos los tres tipos mencionados. Además, Searle ni se plantea el problema de la naturaleza lingüística de las reglas (y eso, a pesar de ser un filósofo del lenguaje), mientras que mi análisis es, básicamente, un análisis lógico-lingüístico. La distinción de Searle afecta más bien a sistemas enteros de reglas de tal manera que él tiene interés en subrayar que hay sistemas de reglas constitutivas y sistemas de reglas regulativas. Ejemplo de los primeros son los juegos y de los segundos las reglas de etiqueta. Por el contrario para mí la distinción es analizable dentro de los diversos sistemas.

Quizá no es éste el lugar adecuado para adentrarnos en la obra de Searle pero sí es preciso hacer algunas consideraciones sobre el tema que nos ocupa, no ya en referencia a las afirmaciones del profesor Rodilla sino en torno al esquema básico de Searle. La finalidad de este autor consiste en explicitar qué quiere decir que los actos de habla son actos sometidos a

(37) *Reglas*, págs. 210 y ss.

(38) *Reglas*, págs. 205-216.

(39) *Reglas*, págs. 185 y ss.

(40) Pág. 562, n. 10.

(41) *Reglas*, pág. 186.

reglas. En conexión con la distinción entre «hechos brutos» y «hechos institucionales», ya de por sí poco aclarada en la obra de Searle, introduce su tipología de reglas: constitutivas y regulativas. Las primeras son aquellas que regulan formas de conducta que existen independiente o antecedentemente, de tal manera que la conducta puede ser descrita con independencia de la regla; tienen forma imperativa. Por el contrario, las reglas constitutivas no regulan meramente, sino que crean o definen nuevas formas de conducta, constituyendo (y también regulando) una actividad cuya existencia es lógicamente dependiente de las reglas. «Algunas», dice Searle, no tienen forma de imperativo; poseen carácter «casi tautológico», son «definiciones». Ejemplo de reglas regulativas son las reglas de etiqueta (como «los oficiales deben llevar corbata en la cena») y otras del tipo «cuando cortes alimentos, mantén agarrado el cuchillo con la mano derecha». Ejemplo de reglas constitutivas son, característicamente, las reglas de los juegos (42).

Lo primero que salta a la vista en la exposición de Searle es su confusión terminológica y su ambigüedad constante. En lo que al primer aspecto se refiere, ni aclara qué quiere decir exactamente con el término regla ni tampoco lo que ha de entenderse con la palabra sistema; exactamente igual sucede con su aplicación del término «institución» a todo lo que no es «bruto». Por lo que se refiere a la ambigüedad, ésta salta a la vista en el tema de las reglas que nos ocupa. Así, por ejemplo, dice que las reglas constitutivas son aquellas que «constituyen (y también regulan) una actividad», lo cual parece querer decir (o al menos esa parece ser la interpretación más plausible) que las reglas constitutivas son también, y al mismo tiempo, reglas regulativas, por lo que el sentido de la distinción, tal como la formula Searle, se desvanece. Claro que Searle no extrae esa clara conclusión, resultando por ello ambiguo su planteamiento. Esta ambigüedad confusionista se manifiesta también cuando afirma que «algunas» reglas constitutivas no tienen forma de imperativo, lo cual quiere decir evidentemente que algunas otras sí lo tienen. Si la forma imperativa constituye un carácter diferenciador de las reglas regulativas respecto de las constitutivas, debería haber aclarado cómo así hay también reglas constitutivas que también lo poseen. Y de igual forma, debería haber aclarado qué quiere decir cuando afirma que las reglas constitutivas tienen carácter «casi tautológico». Mi severo crítico reconocerá que mis exposiciones del concepto de regla y de sus tipos, además de apuntar a objetivos diferentes y de tener planteamientos dispares, son notablemente más extensas (y por tanto es de esperar que más detalladas) que las breves anotaciones de Searle, y además mucho menos ambiguas y confusas. Por lo demás, el propio Searle no está muy seguro de lo que sostiene, pues afirma: «Estoy bastante seguro de la distinción, pero no la encuentro fácil de clarificar» (43).

En mi esquema los tres tipos de reglas son a la vez constitutivas y regulativas. Constitutivas porque crean algo. Así, las reglas ópticas constituyen

(42) SEARLE, *Speech Acts, An Essay in the Philosophy of Language*. Cambridge University Press, 1969 (reimp. 1984), págs. 33 y ss.

(43) *Ibid.* 33: «I am fairly confident about the distinction, but do not find it easy to clarify».

los elementos ónticos de carácter necesario, las técnicas los elementos dinámicos de carácter necesario (procedimiento) y las deónticas constituyen los elementos posibles de la deonticidad (deberes). Y son regulativas, porque todas ellas regulan la acción, las reglas ónticas indirectamente, y las reglas técnicas y deónticas directamente. Como se ve, aunque mi distinción *suene* parecido a la de Searle, no pueden ser más contrapuestas.

18. Comentario del cuadro 1.

a) Donde dice «referencia directiva a *la conducta*» debe decir «referencia directiva a *la acción*». Yo distingo claramente acción y conducta (44). Este error se desliza en la exposición de Rodilla varias veces, quien en ocasiones utiliza la expresión «acción social», incorrectamente, para referirse a la acción de un ámbito. Como ya he señalado, considero la teoría de la acción como un elemento clave para comprender muchos aspectos de mi concepción.

b) Donde dice —para referirse a las reglas ónticas— «indirecta: crea *el ámbito*» debe decir «indirecta: crea *los elementos estáticos del ámbito*», o bien: «indirecta crea *los elementos necesarios de carácter estático del ámbito*». Esta última formulación es la más correcta. Considero muy desacertada la formulación de Rodilla. El ámbito es *todo* el sistema. Las reglas ónticas no crean todo el ámbito, sino sólo determinados elementos necesarios, los de carácter estático.

c) Donde dice —refiriéndose a las reglas técnicas—: «directa: establece *conducta necesaria para acción válida*» se muestra de nuevo la incompreensión del concepto de acción y del de conducta. La regla técnica crea el procedimiento que *es* la acción. La conducta es la acción debida. Debe de decir algo sí como: «directa: establece la acción:», o bien: «directa: establece los requisitos o elementos necesarios de carácter dinámico del ámbito». Repito lo que he dicho varias veces antes: Rodilla da la impresión de olvidarse por completo del cap. III.

d) Donde dice —para referirse a las reglas deónticas o normas—: «directa: establece *conducta debida*», debe decir: «directa: establece *acción debida*» o bien: «directa: establece *conducta*» ya que conducta y acción debida es lo mismo. Pero mejor aún sería: «establece *deber*».

e) Hay que añadir aquí que Rodilla no entra para nada, ni en el texto de su crítica ni en sus cuadros, en el tema de la tipología de reglas deónticas que expongo en el libro (45), y que denomino, respectivamente, normas de conducta (entendiendo aquí esta palabra en su sentido más estricto), normas de decisión y normas de ejecución. Un cuadro más completo debería aludir a estas distinciones.

f) Igualmente, deberían haber sido introducidos en el cuadro los distintos tipos de reglas ónticas a los que aludo en el cap. VIII, así como los posibles modelos de reglas técnicas que aparecen aquí y allá en el libro.

(44) *Reglas*, pág. 88.

(45) *Reglas*, págs. 189 y ss.

Rodilla también se olvida, sorprendentemente, del cap. VIII, en el cual se establecen precisamente tipologías funcionales, que tanto le preocupan.

g) Donde dice «consecuencia de inobservancia» debe decir «consecuencia del incumplimiento», o mejor aún: «resultado del incumplimiento».

h) Donde dice «sanción» debe decir simplemente «infracción del deber», aunque teniendo en cuenta las matizaciones introducidas en las páginas 183 y ss. de mi libro. Allí puede leerse: «Respecto del incumplimiento de la norma (...) sucede cuando el comportamiento fáctico del destinatario no se adecúa a la acción exigida como debida, esto es, cuando tal comportamiento no es un «caso» de ésta. Se habla entonces de infracción o violación de la norma, y de infracción o violación del deber. En realidad, no se produce ninguna fractura ni violación de la norma o del deber, ya que éstos permanecen incólumes a pesar del incumplimiento. Constituyen éstas más bien expresiones figuradas para señalar enfáticamente que la norma no ha sido acatada. Es evidente que tanto la norma como el deber mantienen su propia validez, a pesar del incumplimiento. Cuando se dice de la norma que es, por su propia naturaleza, infringible, no se quiere decir sino que es posible tanto su cumplimiento como su incumplimiento, puesto que expresa un deber y el deber supone, no la necesidad sino la posibilidad.

En mi estudio «Norma y regla técnica» he sostenido que el «efecto» de la infracción de la norma es la imposibilidad de una sanción, esto es, de la privación de algo que comúnmente se considera como un bien. Esta afirmación hay que matizarla, ya que si bien es verdad que, por lo general, en lo que respecta a los ámbitos óntico-prácticos las normas van enlazadas a las sanciones imponibles en caso de infracción, eso no ocurre necesariamente siempre, y por otra parte, no ocurre en absoluto en los ámbitos prácticos o, al menos, en algunos de ellos, singularmente en la moral» (46).

Y a continuación se desarrolla en el libro todo lo relativo a la coactividad en conexión con los tres tipos de reglas deónticas (normas de conducta, de decisión y de ejecución) llegando, entre otras, a las siguientes conclusiones:

1. La sanción no es elemento esencial de la regla deóntica.

2. El orden jurídico prevé sanciones; eso quiere decir tan sólo que en general existen normas del tipo N (3) (normas de ejecución) conectadas con normas del tipo N (2) o normas de decisión, las cuales a su vez apoyan, por decirlo así, el cumplimiento de la norma de conducta, que son las normas del tipo N (1).

3. Pueden existir, y existen, normas de conducta (del tipo N 1) que no están conectadas con normas de decisión (del tipo N 2) y, por tanto, no prevean ninguna decisión de la autoridad en el supuesto de que sean incumplidas.

4. De igual modo, pueden existir normas de conducta (del tipo N 1) conectadas con normas de decisión (del tipo N 2), pero *no* conectadas con

(46) *Reglas*, pág. 183.

normas de ejecución (del tipo N 3), lo que permite pensar que aun cuando haya decisión de la autoridad competente que ordena imponer una sanción, ésta no tiene posibilidad de producirse ya que no existe la norma de ejecución correspondiente.

El profesor Rodilla ha pasado por alto esta parte del libro, que considero muy importante para entender el concepto de regla deóntica. Mi crítico sigue pensando, de acuerdo en esto con las concepciones más usuales, que la «consecuencia de la inobservancia» de las normas es «la sanción». Y está en su perfecto derecho de pensar así, Pero no de atribuirme a mí tal idea.

i) Donde dice «carácter de la regla en relación con *las acciones*» debe decir: «carácter de la regla en relación con *la acción constitutiva del ámbito*». Es preciso eludir la expresión «*las acciones*», puesto que es obvio que hay acciones que no lo son del ámbito. Ya he señalado que en la exposición de Rodilla se deslizan aquí y allí expresiones que tienden a causar confusión sobre el significado de la acción. Así, por ejemplo, habla en varias ocasiones de «*acciones sociales*» para referirse a acciones propias de un determinado ámbito. Tal terminología no es correcta, ya que desde el punto de vista del ámbito, sea de los juegos o del Derecho, las acciones no son sociales, sino lúdicas y jurídicas. Que además sean sociales, porque sobre ellas puede hacerse una «lectura» distinta, es un problema muy interesante, que sin embargo yo no me planteo en el libro ni Rodilla en su crítica.

j) A continuación introduce Rodilla en su cuadro la distinción de Searle reglas constitutivas-reglas regulativas, que, como ha expuesto, él considera paralela a la de reglas ónticas, técnicas y deónticas. Aun a riesgo de ser reiterativo, interesa dejar sentadas nuevamente las diferencias sustanciales. Para mí, tanto las reglas ónticas como las técnicas y las deónticas son «regulativas» y «constitutivas» *al mismo tiempo*. Regulativas ¿de qué? De la acción. Las reglas ónticas son reglas regulativas de carácter indirecto, las técnicas y las deónticas de carácter directo. Se llaman precisamente reglas, porque regulan. Toda regla es regulativa. El calificativo de Searle es, por tanto, un pleonasma, no teniendo sentido aplicarlo a un tipo de reglas y no a otros. Pero, al mismo tiempo, tanto las reglas ónticas como las reglas técnicas y las deónticas son «constitutivas» puesto que constituyen o crean algo. Yo prefiero hablar de creación. Las ónticas crean los elementos necesarios del ámbito que son previos a la acción, no la acción. Las reglas técnicas son, sí, las que crean la acción misma; son, si quiere Rodilla, las reglas constitutivas de la acción, porque ésta es el procedimiento y la regla técnica crea el procedimiento. Por último, las reglas deónticas «constituyen», crean, establecen los deberes. La distinción constitutivo-regulativo, para referirse a las reglas, me parece, por todo lo dicho, algo confusa. Por eso, preferiría que no se aplicara a mi tipología, pues aunque «suenen parecido» son algo muy distinto. En todo caso, si a pesar de todo se perseverara en aplicar tal terminología, el calificativo «constitutiva», como sinónimo de «creadora», para referirse a la acción corresponde a la regla técnica, que es la que establece los requisitos

necesarios de la misma, o mejor aún, la acción misma puesto que la acción no es sino el procedimiento.

k) Donde dice «relación con la definición *del* ámbito» debe decir «relación con la definición de *un* ámbito *determinado*», como por ejemplo un determinado juego o un determinado orden jurídico. Con respecto a la definición de un determinado ámbito óntico-práctico, las reglas ónticas y las técnicas son reglas necesarias, mientras que las reglas deónticas son no necesarias (véase la explicación precedente). Si se mantiene igual el cuadro inferior de la izquierda, esto es, «relación con la definición *del* ámbito», entonces las reglas ónticas, las técnicas y las deónticas son, todas ellas, necesarias, aunque aquí este término tiene una significación distinta que el que posee cuando nos referimos a un determinado orden. Todo ello ha de ser entendido en conexión con el problema de la definición del que me he ocupado anteriormente.

19. *Comentario del cuadro 2.* Este cuadro presenta tergiversaciones aún más graves que el cuadro precedente. Algunas de ellas son las siguientes:

a) Se sitúa al mismo nivel las leyes naturales, las leyes lógicas y las reglas ónticas, desconociendo así el carácter prescriptivo o vectorial de todo tipo de reglas y, por consiguiente, también de las reglas ónticas. Mientras que las leyes naturales y las leyes lógicas se expresan mediante un verbo ser descriptivo de la realidad preexistente (realidad natural, realidad lógica), las reglas ónticas son, ellas mismas, las que crean la realidad, en su caso la realidad convencional.

b) La «expresión de la necesidad» no sólo se reduce a las reglas ónticas. También las reglas técnicas son expresión de la necesidad.

c) El cuadro desconoce la distinción entre reglas técnico-convencionales que son derivación de reglas ónticas y reglas técnico-convencionales creadas directamente como tales y que ni son derivación de reglas ónticas ni son traducibles en términos de reglas ónticas.

d) La teoría de los ámbitos óntico-prácticos no sólo integra a las reglas ónticas y a las técnicas sino también a las reglas deónticas o normas. Mi libro, que es una teoría de los ámbitos óntico-prácticos, creo que da clara muestra de que las reglas deónticas también existen en ellos. Es absurdo que Rodilla excluya de ellos el deber ser.

e) Los ámbitos óntico-prácticos no son sólo expresión del ser sino también del tener y del deber. Su naturaleza es compleja, no siendo aquí aplicable en modo alguno el esquema neokantiano que al parecer pretende mi crítico encasquetarme como sea. La dicotomía ser-deber ser como dicotomía global que abarca todo el conjunto del cuadro, constituye el más craso error de interpretación de mi libro.