

## PRESENTACIÓN

1. Este volumen recoge un conjunto de trabajos escritos a lo largo de más de cuatro décadas. Se reeditan ahora gracias a un empeño personal de Paco Laporta, a quien no sé cómo agradecer el interés que, para mi sorpresa, ha mostrado en publicarlos. Se organizan en dos grandes bloques, el primero sobre temas de *teoría del derecho*, el segundo sobre temas de *filosofía política*.

El primer bloque se abre con «El derecho y los juegos» (1986), un comentario de un libro, entonces reciente, de Gregorio Robles que explotaba de forma muy interesante el valor heurístico de la analogía con los juegos para combatir la doctrina que concibe el derecho como un conjunto de normas prescriptivas, y de paso subrayar el carácter convencional del derecho. En mi comentario celebraba yo la utilidad de la analogía de los juegos, pero al mismo tiempo llamaba la atención sobre algunas limitaciones que me parecían importantes. Entre otras, que aunque la analogía facilita la presentación del derecho como una entidad convencional, oscurece el hecho de que, a diferencia de los juegos, el derecho no es una entidad *puramente* convencional: está anclado en el mundo social de un modo que no se da en los juegos y que explica que de forma característica sus reglas estén sujetas a cuestiones de racionalidad y justicia que no se plantean en relación con las de los juegos. Además, aunque la analogía resulta muy eficaz a la hora de sacar a la luz la variedad de las reglas que integran un sistema jurídico, lo cierto es que la tipología de las reglas de los juegos no permite dar cuenta adecuadamente de la singular naturaleza del derecho como un sistema autorregulado y autogenerado, que dispone de reglas para producir y aplicar las reglas del sistema y de ese modo modificar a lo largo

del tiempo su propio patrimonio normativo. Robles tiene razón cuando afirma que tanto las reglas de los juegos como las del derecho son fruto de decisiones; sólo que en los juegos las decisiones productoras de reglas son externas al juego mismo y tienen lugar antes del juego, mientras que en el derecho son internas, ya que están reguladas por el “juego” y tienen lugar en el curso mismo del “juego”.

Mi escrito se envió al *Anuario de Filosofía del Derecho* para ser incluido en una sección de discusión de libros que Juan José Gil Cremades, a la sazón director del *Anuario*, había creado con el fin de abrir un espacio de debate en la revista. Para ser honesto he de advertir de que, aunque en mi comentario creía congeniar en gran medida con las intenciones de Robles, y solo pretendía llevarlas un poco más adelante, él mismo, en su escrito de réplica, publicado en el mismo número del *Anuario*, denunció que en realidad descansaba en una serie de malentendidos de bulto. No entraré ahora a discutirlo; el lector, si tiene interés, puede consultar ambos escritos y decidir por sí mismo. En todo caso, lo interesante para mí es la importancia que mi comentario, basado o no en malentendidos, tuvo para mí. Si se echa un vistazo aquí mismo a mi breve trabajo sobre la concepción de Manolo Atienza del derecho como “práctica social”, que cronológicamente es el último escrito de la lista, se podrá comprobar hasta qué punto las ideas principales de ese escrito han seguido vivas a lo largo del tiempo.

Muchas de las consideraciones vertidas en ese mi primer escrito se apoyaban en la lectura de Herbert Hart. Los cuatro siguientes de la lista centran la atención en Hans Kelsen, cuya presencia ha sido, por lo demás, ubicua en mi trabajo de teoría del derecho. Todos ellos delatan una relación ambivalente y conflictiva con Kelsen. Parten de la convicción de que Kelsen es el mayor teórico del derecho del siglo xx, el autor de una teoría del derecho extraordinariamente ambiciosa, que ha influido profundamente en la filosofía del derecho de las últimas décadas, que se ha vuelto inescapable incluso para quienes no la comparten, y sin embargo sus principales doctrinas o no se sostienen o son inconsistentes entre sí.

Dos de los escritos incluidos aquí examinan algunas de las principales tensiones y contradicciones que atraviesan la teoría pura del derecho. «Dinamismo y coactividad» (2005) analiza una contradicción instalada en el centro mismo de la arquitectónica de la teoría pura del derecho: la teoría kelseniana de las *normas jurídicas*, que reduce todas ellas al modelo único de las normas que estipulan sanciones, es incompatible con la teoría kelseniana del *sistema jurídico* como un sistema dinámico que regula su propio

proceso de creación y aplicación, en el que las normas están conectadas unas con otras mediante actos de producción y aplicación que tienen su fuente última de validez en la llamada “norma fundamental”. Al elevar la coactividad en criterio de individuación de las normas jurídicas, Kelsen se ve forzado a organizar una estrategia reduccionista que le conduce a introducir en el supuesto de hecho de cada una de sus normas jurídicas precisamente aquellas normas que hacen posible el dinamismo del sistema y articulan las relaciones de validación entre las normas del sistema. El análisis de semejante estrategia indica que con las normas jurídicas kelsenianas no es posible construir un sistema jurídico kelseniano, porque en el supuesto de hecho de cada una de las normas jurídicas colapsan las condiciones de producción y aplicación de las mismas, anulando las relaciones de validación mediante las cuales las normas se relacionan entre sí formando un sistema kelseniano.

Tomando pie en el problema de los conflictos entre normas, «¿Unidad lógica o dinámica?» (2009) analiza las relaciones entre lógica y derecho en el curso del desenvolvimiento de la teoría pura del derecho a lo largo del tiempo. Durante mucho tiempo Kelsen afirmó que el derecho no sólo era un sistema dinámico sino también una unidad lógica: por una parte, el derecho es un sistema normativo dinámico porque en él las normas entran a formar parte del sistema mediante actos voluntarios de producción normativa y valen no por su contenido sino por su derivación a partir de la norma fundamental; por otra, el sistema es intrínsecamente coherente, de modo que entre las normas no caben conflictos lógicos: dos normas lógicamente incompatibles no pueden formar parte del mismo sistema. La tesis del derecho como un sistema normativo dinámico, que es una tesis marcadamente positivista, y la tesis de la «unidad lógica» del derecho parecen incompatibles, porque nada garantiza que las decisiones de actores diferentes en momentos diferentes sean coherentes. Para resolver la incompatibilidad entre esas dos tesis Kelsen no encontró otro camino que interpretar la norma fundamental de modo que, además de establecer un poder normativo fundamental, contuviera recursos para conformar el material jurídico proporcionado por el legislador como una unidad de sentido accesible a una interpretación racional —en otras palabras, reglas para transformar *disposiciones* jurídicas lógicamente incompatibles en *normas* coherentes. En esa problemática estrategia se reflejaba la tensión entre las pretensiones positivistas de una teoría que concibe las normas como resultado de actos de voluntad y los restos de una herencia neokantiana que ve

en el derecho una construcción del conocimiento, el cual sujeta el mero material producido por los operadores jurídicos a sus propias exigencias, presentándolo como una construcción racional. En la segunda edición de la *Reine Rechtslehre* Kelsen intentó deshacer esa tensión echando mano de la distinción entre *Rechtsnormen* y *Rechtssätze*, pero ese intento se reveló ilusorio. Finalmente, el examen de los últimos escritos de Kelsen revela que la tensión entre esos dos ingredientes de su pensamiento termina resolviéndose en una concepción del derecho como mero fruto de decisiones y de la ciencia jurídica como una ciencia puramente descriptiva que, llegado el caso, ha de limitarse a registrar las incoherencias del material jurídico.

A continuación vienen dos breves trabajos ocasionales, escritos para presentar uno un importante libro de José Antonio Sendín sobre la filosofía moral de Kelsen y el otro mi traducción de la *Allgemeine Theorie der Normen*. El primero contiene un apretadísimo diagnóstico sobre el pensamiento de Kelsen y un apunte sobre la relación que en ella tienen positivismo jurídico y escepticismo moral. El segundo examina, me temo que de un modo demasiado apresurado, el destino final de la teoría pura del derecho analizando el último giro producido por su interesantísima obra póstuma.

Los cuatro últimos escritos del primer bloque representan mi modestísima aportación a las discusiones de las últimas décadas sobre el destino del positivismo jurídico, en gran medida provocadas por el impacto de las obras de Robert Dworkin y Robert Alexy. Según Manolo Atienza representan una posición “postpositivista”; por mi parte prefiero no aplicarme etiquetas.

En el primero de ellos, «Imperio de la ley y principios» (2009), intento terciar en una discusión entre Paco Laporta y Juan Ruiz Manero a propósito del impacto de las doctrinas llamadas “principalistas” sobre la certeza jurídica. En juego estaba fundamentalmente el papel de los principios en la práctica de los tribunales. Para Laporta la invocación de los principios tiende a favorecer el activismo judicial y contribuye a minar el principio del imperio de la ley, amenazando la seguridad jurídica, y de paso también la autonomía personal en la medida en que hace impredecibles las consecuencias jurídicas de las acciones. Para Ruiz Manero —y, por cierto, también para mí— un mundo de reglas sin principios que proporcionen el trasfondo justificatorio de las reglas del sistema jurídico y permitan remediar sus insuficiencias no es ni viable ni deseable. Ni siquiera lo es para la seguridad jurídica: a menos que aceptemos la tesis del legislador racional, un mundo de reglas sin principios conduce a la pesadilla de una aplicación

reglamentista de las reglas, cuando existen, acompañada de la arbitrariedad, cuando faltan o su interpretación es controvertida.

Continuando algunas de las reflexiones de ese escrito, el que viene a continuación —«Los presupuestos de la práctica judicial y la idea de sistema jurídico» (2013)— sostiene que una concepción del sistema jurídico que junto a las reglas admita la presencia de principios permite dar cuenta de ciertas exigencias de racionalidad que forman parte de los presupuestos normativos de la práctica jurisdiccional mejor que el modelo positivista que solo admite como normas del sistema las reglas deliberadamente creadas por el legislador. La reflexión avanza hacia una concepción del derecho que se sitúa más allá del positivismo jurídico sin recaer en las dificultades del yusnaturalismo; en realidad sugiere que el debate suscitado por las doctrinas de Dworkin y Alexy ha terminado situando el pensamiento en un nivel de discusión que se encuentra más allá de la dicotomía yusnaturalismo/positivismo jurídico que durante siglos ha dominado la escena yusfilosófica.

Precisamente esta es la moraleja que intenta sugerir mi breve discusión [«Sobre positivismo jurídico, una vez más» (2017)] con el “positivismo normativo” de Liborio Hierro. En un interesante artículo Hierro lleva a cabo una defensa muy medida del positivismo jurídico, que en cierto modo remata con la idea de que la tesis de la separación del derecho y la moral, incluso si no es defendible como tesis ontológica, ha de defenderse como una «tesis fundamentalmente axiológica», porque contemplar el derecho como independiente de la moral —incluso si realmente no lo es— facilita la crítica moral al derecho. Dejando aparte otras consideraciones, en mi discusión sugiero que una defensa así del positivismo, basada en razones morales, en cierto modo se encuentra más allá de los límites del positivismo.

El último escrito de este primer bloque —«Manuel Atienza. El derecho como “práctica social”» (2023)— comenta la concepción del derecho como una “práctica social” que de forma polémica Atienza enfrenta al normativismo dominante. Continuando las reflexiones de Atienza, en mi comentario señalo hasta qué punto los conceptos de práctica social y norma están indisolublemente unidos. Y, enlazando con consideraciones desarrolladas en mi discusión del libro de Robles a la que ya me he referido, pongo en guardia contra una interpretación puramente convencionalista de la concepción de Atienza del derecho como un “artefacto”.

2. Los escritos del segundo bloque se mueven en el marco del contractualismo moderno, en torno al cual en los últimos años de docencia giró mi trabajo con los alumnos del último curso de Derecho en Salamanca. Dejando a un lado aficiones personales, mi interés en la tradición del contrato social se debe a que me permitía explorar algunos temas centrales relativos a la estructura y las bases normativas del Estado constitucional a través del estudio de una tradición bastante definida, con un vocabulario compartido y un núcleo de problemas común y que ha contribuido de forma muy significativa a configurar el universo de ideas políticas en el que todavía nos movemos. La discusión cruzada entre algunos de los modelos contractualistas más importantes (los de los siglos xvii y xviii y los de las últimas décadas del xx) debería de permitir no sólo explorar la formación de conceptos filosófico-políticos todavía vigentes sino también evaluar críticamente algunas importantes alternativas. Los escritos aquí incluidos constituyen una pequeña fracción de mi ocupación con el contractualismo.

Los dos primeros escritos de este segundo bloque son dos apuntes sobre Hobbes publicados como presentación de sendas traducciones mías de dos obras de Hobbes. El primero de ellos —«Absolutismo y positivismo jurídico» (1992)—, que quiere servir de introducción a la lectura del *Diálogo entre un filósofo y un jurista*, analiza dos maniobras teóricas muy interesantes que le permiten a Hobbes, por un lado, ofrecer una fundamentación contractualista de un régimen absolutista (en cierto sentido, una justificación democrática de un régimen despótico) y, por otro lado, llevar a cabo con herramientas de la tradición del derecho natural una fundamentación de una actitud positivista frente al derecho. La discusión de las doctrinas del juez Coke, que constituyen el tema del *Diálogo*, ilustra de forma elocuente el modo como en Hobbes absolutismo político y positivismo jurídico se complementan.

El segundo escrito —«La guerra civil como laboratorio» (1992)— lleva a cabo un breve exposición de la teoría hobbesiana de la ciencia, y en particular de la filosofía política como una ciencia rigurosamente demostrativa con el fin de situar el *Behemoth* en el conjunto de la obra de Hobbes. Aunque para Hobbes la historia no forma parte del cuerpo de la ciencia, la experiencia histórica puede servir de herramienta al filósofo político en la medida en que proporcione información sobre la conducta de los hombres, que constituye la materia con la que está construido el Estado. Esto aclara la relación del *Behemoth* con el *Leviathan*: si para una filosofía política que persigue investigar los fundamentos del orden la guerra civil es en cierto modo el *experimentum crucis*, la narración de la guerra civil inglesa es

teóricamente interesante en la medida en que permite identificar las causas del desorden y subrayar el papel que de la filosofía política en asegurar el orden a lo largo del tiempo.

A continuación, en «El estado trucado» (1994) tomo pie en la provocativa afirmación de Locke según la cual la monarquía absoluta es incompatible con la sociedad civil para mostrar cómo Hobbes, que sin lugar a dudas es el autor de la primera teoría del Estado construida desde presupuestos inequívocamente modernos, el primero en concebir el Estado como una construcción racional al servicio de los intereses de los individuos, no fue capaz de racionalizar institucionalmente el poder del Estado de modo que estuviera en condiciones de desarrollar la función para la que fue concebido.

Los tres escritos siguientes se solapan y, a través de Hobbes y Locke, tienen como punto de fuga la teoría rusioniana de la soberanía. En primer lugar, «Contrato social, democracia y soberanía popular» (2002) explora las modulaciones que experimentan los conceptos “soberanía” y “gobierno” en el camino que conduce de Hobbes a Locke y de Locke a Rousseau, con el fin de aclarar la situación aparentemente paradójica de que a pesar de servirse de la herramienta teórica del contrato social, de la idea de un acuerdo de todos con todos, para fundamentar el Estado, los tres representantes más importantes de la tradición contractualista clásica manifiestan fuertes reservas frente a la idea un gobierno democrático. Particularmente interesante en este caso es la idea rusioniana del gobierno republicano, que articula soberanía popular y gobierno no (necesariamente) democrático.

Finalmente, en «Voluntad general» (2013) analizo la idea rusioniana de la soberanía popular como el «ejercicio de la voluntad general», una idea que parece haber arraigado fuertemente en nuestra cultura política; y en «¿Soberanía popular en el Estado constitucional?» (2014) las dificultades para ponerla en práctica en los modernos Estados constitucionales. Parte de los malentendidos que ha generado la idea rusioniana de soberanía se debe, en mi opinión, a que no se ha prestado suficiente atención a su condición de poder puramente normativo y a su naturaleza deliberativa, vinculada a una concepción procedimental de la racionalidad colectiva. En esas condiciones la concepción rusioniana de la soberanía se aleja profundamente de la hobbesiana con la que con frecuencia se la ha confundido. Ahora bien, la traslación de una idea de soberanía popular construida sobre una idealización de la ciudad antigua a las condiciones de los modernos Estados nacionales tropieza con obstáculos formidables. En mi escrito de 2014 intento mostrar hasta qué punto y de qué modo la construcción alta-

mente diferenciada del Estado constitucional permite hacer justicia al principio democrático de la soberanía popular, que tiene en Rousseau su primer teórico. He de confesar que en las circunstancias actuales, con la distancia de una década, volver sobre este texto me produce melancolía.

3. Mención aparte requiere el trabajo sobre John Rawls, situado aquí en último lugar aunque en realidad fue el primero en redactarse.

En el invierno de 1977-78, tras una porción de años de trabajo sobre una importante masa de materiales en torno a la Escuela de Frankfurt, me encontraba en pleno proceso de redacción de una tesis doctoral sobre el pensamiento de Herbert Marcuse, cuando por puro azar cayó en mis manos el grueso volumen de la teoría de la justicia de John Rawls, del que no tenía noticia pero que, una vez abierto, no pude dejar de leer hasta llegar al final. La obra, que en aquellos momentos apenas era conocida entre nosotros me produjo una impresión tan fuerte que decidí interrumpir la redacción de mi tesis para escribir una nota informativa sobre ella, destinada a los lectores del *Anuario de Filosofía del Derecho*. Lo que inicialmente pretendía ser poco más que una reseña, terminó convirtiéndose en un largo artículo en el que pretendía llevar a cabo un examen general de la estrategia teórica seguida por el autor.

Ese escrito tuvo un singular destino, de nuevo por obra del azar. Pese a haber llegado a corregir segundas pruebas, el fallecimiento del profesor Legaz, a la sazón director del *Anuario*, detuvo la edición del volumen en curso de publicación, y a la postre la vida misma del *Anuario*, que, como es sabido, permaneció en estado de hibernación hasta que en 1984 fue relanzado en el marco de un importante proceso de renovación de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica, en gran medida impulsado por el profesor Delgado Pinto. El manuscrito de mi trabajo circuló de forma privada entre algunos profesores y amigos que tuvieron la deferencia de interesarse por él; pero yo mismo, iniciando en aquel momento una pauta desdichada, me desentendí por completo de su publicación, porque entre tanto el tema había acaparado mi atención hasta el punto de decidirme a abandonar la tesis inicialmente proyectada y ya en fase de redacción, para dedicar mis esfuerzos a un estudio intensivo del pensamiento de John Rawls.

En esta decisión —que habría de tener una importancia crucial en mi ulterior trayectoria, pero que no fue fácil de adoptar— tuvo desde luego algún peso un cierto cansancio en relación con la obra de Marcuse, tan maltratada por su propio éxito en la marea de los movimientos de protesta, pero de

la que a esas alturas creía que casi todo estaba ya dicho. Pero más peso tuvieron otras consideraciones: *por un lado*, la significación misma de la obra de Rawls, que con herramientas conceptuales nuevas creaba un interesante campo teórico que hacía tratable un conjunto de problemas que, pese a ocupar una zona central de la temática yusfilosófica, había quedado en un estado de elaboración muy retrasado en comparación con otras partes de la filosofía jurídica; también pesó, *por otro lado*, la percepción de que —por extraño que parezca— la teoría rawlsiana de la justicia enlazaba de algún modo con algunas preocupaciones que había suscitado mi estudio del pensamiento de Marcuse. Me gustaría explicar este punto brevemente.

Desde el principio había orientado mi trabajo sobre el pensamiento de Marcuse como una exploración de la evolución interna de la Escuela de Frankfurt desde el punto de vista de la filosofía moral y política. En las fases del proceso de formación del pensamiento de Marcuse creía yo que se podía descifrar en alguna medida, oblicuamente, el proceso de desenvolvimiento y el destino de la Escuela misma. Ahora bien, lo que, al final del examen de esa trayectoria, echaba de menos en la teoría crítica frankfurtiana —o al menos en los representantes de la primera generación— era una aclaración sobre sus propias bases normativas; lo cual explicaba en alguna medida (como por lo demás J. Habermas se encargó de poner de manifiesto magistralmente en las dos reflexiones sobre la teoría crítica incluidas en su *Teoría de la acción comunicativa*) el callejón sin salida a que se ve abocada desde *Dialéctica de la Ilustración* de Adorno y Horkheimer y *El hombre unidimensional* de Marcuse y que se convierte en el leitmotiv de la *Dialéctica Negativa* de Adorno. Ahora bien, por lo menos desde su polémica de 1971 con N. Luhmann, J. Habermas, sin desprenderse de los motivos crítico-ideológicos característicos de la Escuela frankfurtiana, había empezado precisamente a explorar las bases normativas de una teoría crítica de la sociedad, en el curso de la cual había producido ya su escrito programático sobre la teoría de la competencia comunicativa que, como es sabido, daba paso a una teoría consensualista de la verdad, la cual a su vez, bajo la influencia de K.-O. Apel, había producido una fundamentación de la ética del discurso que ha terminado convirtiéndose en punto de referencia inexcusable de las discusiones filosófico-morales de las últimas décadas.

Recuerdo ahora de forma apresurada estos extremos bien conocidos porque una de las razones del interés que suscitó en mí la obra de Rawls residía en que en ella veía precisamente una teoría que, por así decirlo, avanzaba un paso más en la dirección apuntada por la ética del discurso:

mediante una sofisticada construcción teórica Rawls ponía en operación la noción *procedimental* de racionalidad práctica, característica de la ética del discurso de Apel y Habermas, para fundamentar una concepción *sustantiva* de la justicia: sin dejar de situar el criterio de rectitud o de justicia de las normas en el consenso racional de los afectados obtenido en un discurso práctico efectivo, gracias al artificio de la posición original Rawls conseguía organizar teóricamente un discurso práctico sobre principios de justicia que arrojaba resultados substantivos.

El hecho de que, como se ve, mi primera lectura de la obra de Rawls se produjera sobre el trasfondo del estudio de la producción teórica de Habermas y Apel explica, por lo demás, el sesgo transcendentalpragmático tan acusado —y que hoy se me antoja engenuo e insuficientemente matizado— de ese primer escrito mío sobre la teoría de la justicia de Rawls. En todo caso, desde entonces la obra de Rawls, que, como he dicho, cayó en mis manos de forma enteramente casual, tuvo un importante efecto catalizador sobre lo que hasta entonces había sido una búsqueda algo desorganizada en el terreno de confluencia entre filosofía jurídica, filosofía moral y filosofía política, se convirtió en el centro de mi trabajo, y ese primer escrito inédito en la matriz de mi investigación ulterior sobre Rawls.

¿Por qué abandoné la idea de volver a intentar publicar ese primer escrito? Pronto me di cuenta de que mi conocimiento de Rawls y de los problemas planteados por su teoría era insuficiente, y de que mi aproximación a Rawls había sido demasiado tosca<sup>1</sup>. Por otra parte, mi trabajo en cierto modo había cumplido su misión: ordenar mis propias ideas sobre el pensamiento de Rawls y esbozar un cierto mapa por el que podría orientarme en mi trabajo futuro. Por eso me pareció natural olvidarme de él. Pero entonces ¿por qué publicarlo ahora? En este punto no tengo las ideas muy claras. Para empezar, lo cierto es que, a pesar de sus muchas deficiencias, siento un especial apego por ese mi primer escrito. Al releerlo recuerdo a un principiante peleando al mismo tiempo por entender una obra que le parecía de suma importancia y dar forma a sus propias ideas, manoteando para abrirse camino en un terreno nuevo e intentando mantenerse a flote en un mar de dudas. Por lo demás, dada mi dedicación ulterior al pensamiento de Rawls, su publicación ayudará a aclarar el proceso de formación de

---

<sup>1</sup> Sobre el problema de la justificación en Rawls me remito al espléndido y definitivo estudio de Emilio J. Rojas Molina, *Método y justificación en la teoría de la justicia de Rawls*, Tirant lo Blanc, Valencia, 1971.

mi pensamiento a propósito de Rawls —aunque he de admitir que así como reconstruir el proceso de formación del pensamiento de Rawls es del máximo interés, dudo que tenga el menor interés reconstruir el mío a propósito de él. En todo caso, aunque discrepo de algunos de los planteamientos vertidos en ese primer escrito, que en muchos momentos son ingenuos y pretenciosos, basados en un conocimiento deficiente del tema, y aunque hoy formularía las ideas de otro modo, no me avergüenzo de él.

4. Siempre me he sentido incómodo al aplicarme el título de “filósofo del derecho”. Mi trabajo carece del impulso constructivo y la penetración apropiados. Como se comprobará al leer estas páginas, básicamente consiste en comentarios e interpretaciones de unos pocos autores a propósito de unos pocos temas, y en general se ha gestado en el marco de mi trabajo docente. Más que filósofo del derecho soy un profesor de filosofía del derecho que nunca ha sabido separar docencia e investigación. La vinculación de estos trabajos a mi labor docente resultará evidente para quien confronte los incluidos en el primer bloque con mi *Teoría del Derecho* (Ratio Legis, Salamanca, 2013) y los del segundo bloque con *Contrato Social — De Hobbes a Rawls* (Ratio Legis, Salamanca, 2014), que recogen el contenido sustancial de los cursos que impartí en Salamanca en mis últimos años como profesor en activo. A decir verdad, los escritos reunidos aquí son materiales de los que me serví en clase, y la mayor parte de ellos nacieron de incitaciones surgidas en mi trabajo docente.

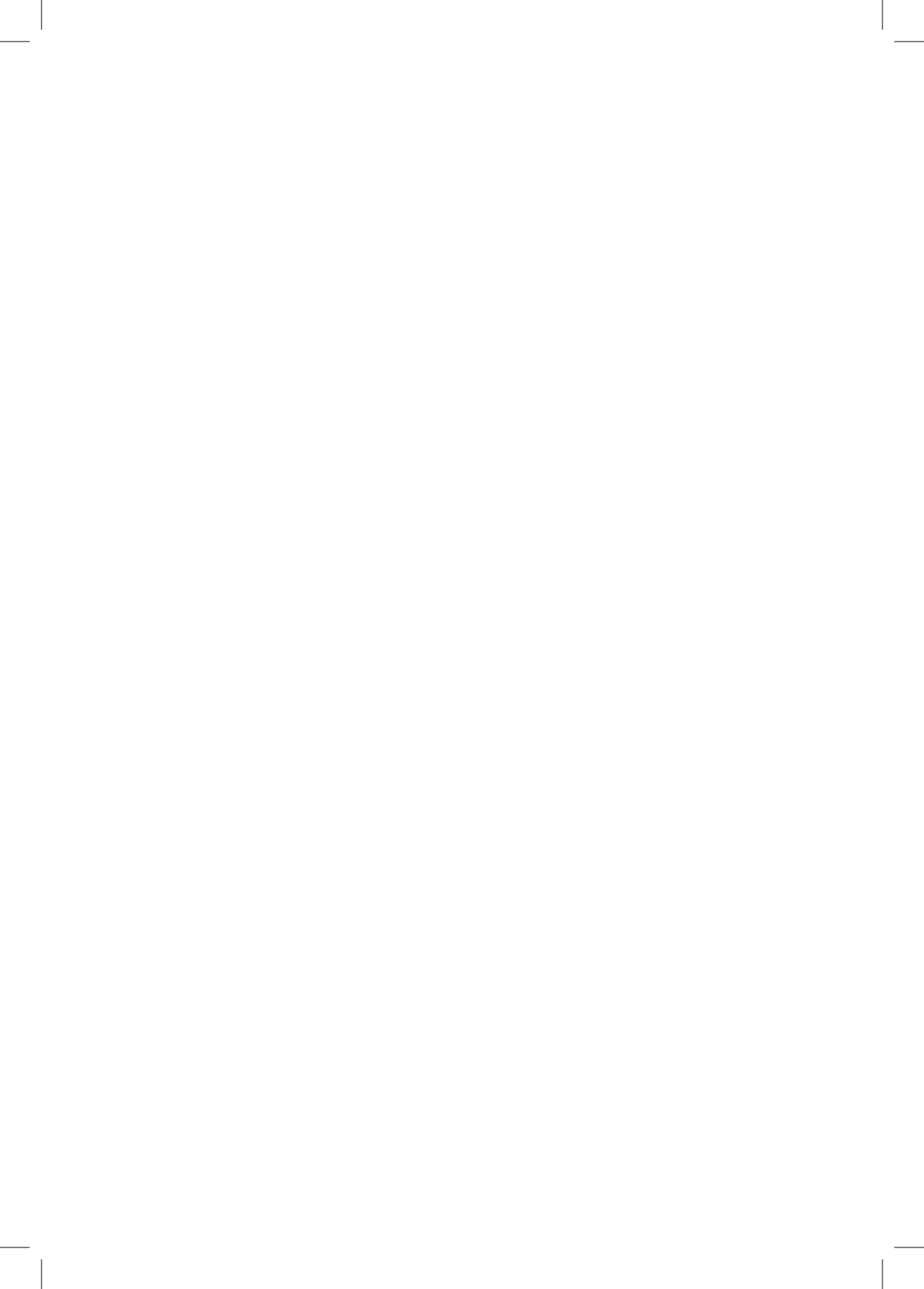
No me gusta releer mis textos. Al preparar este libro me he visto obligado a hacerlo. Eso me ha permitido darme cuenta de cuán deficientes son algunas de mis formulaciones: en muchos casos incompletas, en otros imprecisas, por lo general reiterativas; en muchos momentos me expreso de un modo categórico en asuntos sobre los que hoy tomaría más cautelas, en otros no llevo los argumentos hasta el final. Pero aunque hoy reformularía muchas de las ideas, creo que no las rectificaría de forma sustancial. Al reeditar ahora estos escritos me he limitado a corregir algunas erratas y errores gramaticales detectados.

El profesor Delgado Pinto leyó y discutió a su debido momento cada una de estas páginas con generosidad y agudo sentido crítico. Después de tantos años de trabajo cerca de él le debo mucho más de lo que puedo expresar aquí y de lo que nunca podré devolverle. Con todo afecto a él va dedicado este volumen.

Salamanca, noviembre de 2024



I



EL DERECHO Y LOS JUEGOS.  
UTILIDAD Y LÍMITES DE UNA ANALOGÍA  
(A propósito de un reciente libro  
de Gregorio Robles) (1986)

El título del reciente libro de Gregorio Robles<sup>1</sup> podría suscitar en el lector desprevenido la sospecha de hallarse ante uno de tantos intentos de aplicación, en este caso al derecho, del utillaje conceptual de la llamada “teoría de los juegos”. Basta la lectura de los primeros párrafos para que semejante impresión se desvanezca. En la teoría de los juegos “juego” entra como término técnico para designar muy variadas situaciones de interacción estratégica entre individuos racionales orientados a maximizar sus respectivas funciones de utilidad. La teoría se ha empleado para analizar situaciones tan escasamente lúdicas como las de la guerra y el mercado; y ciertamente no han faltado intentos de aplicarla al campo de las normas sociales.<sup>2</sup> No es éste el terreno en que se mueve el ensayo de Robles. Antes bien, su autor toma “juego” en el sentido más corriente del vocablo;

---

<sup>1</sup> Gregorio Robles, *Las Reglas del Derecho y las Reglas de los Juegos*, Palma de Mallorca, 1984.

<sup>2</sup> Para no ir más lejos, *vid.* en este mismo *Anuario* (Nueva Época, vol. I, 1984), J. M. Romero Moreno/L. J. Pereda espeso, «Reflexiones sobre Modelos Matemáticos y Decisión Jurídica». Una exposición comprensiva de la teoría de los juegos en relación con situaciones sociales puede encontrarse en J. C. Harsanyi, *Rational Behavior and Bargaining Equilibrium in Games and Social Situations*, Cambridge Univ. Press, 1977. Instructivo sobre los límites del enfoque es O. Höffe, *Strategien der Humanität*, Albert, Freiburg/München, 19075 (del cual debe de existir versión castellana en Ed. Alfa bajo el título *Estrategias de lo humano*). Un interesante ensayo de aplicación de la teoría de los juegos a la «reconstrucción racional» de normas sociales como estructuras emergentes de la acción autointeresada de individuos en situaciones sociales definidas puede verse en E. Ullmann-Margalit, *The Emergence of Norms*, Clarendon Oxford, 1977.

y su propósito es analizar la estructura formal de juegos como el ajedrez y el fútbol con el fin de establecer una comparación entre los sistemas de reglas de tales juegos y el que es característico del derecho. Se trata de un «ensayo de teoría analítica del derecho» guiado por la idea de que entre los juegos y el derecho existe una estrecha homología estructural cuyo estudio facilita una mejor comprensión de la naturaleza del derecho.

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

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

las intenciones básicas del autor, las implicaciones de su enfoque. Por lo demás, las indicaciones que siguen no pueden ser tomadas ni como un sustitutivo ni como una excusa de la lectura de un libro por muchas razones interesantes.

1. Una forma relativamente tardía de abordar el problema de la “definición” del derecho ha sido (pienso *v. gr.* en Stammler y Kelsen o, entre nosotros, en Recaséns Siches y García Máynez), y sospecho que en nuestra práctica docente sigue siendo en alguna medida, establecer, siguiendo el método *per genus et differentiam*, una especie de deslindamiento arborescente de “esferas” de la realidad en la siguiente línea: ante todo se distingue entre leyes naturales y reglas de conducta (o entre las categorías del ser y del deber ser, entre el percibir y el querer, o simplemente entre oraciones descriptivas y prescriptivas); dentro de la segunda categoría se distinguen, a continuación, las reglas técnicas de las normas, señalando, por ejemplo que aquellas establecen un mero imperativo condicionado, mientras que sólo las segundas imponen un deber en sentido propio; finalmente se distinguen, dentro del campo de las normas, las del derecho, la moral, y los usos sociales, analizando la naturaleza del deber en cada caso. Pues bien, cualesquiera que fueren los méritos propedéuticos de semejante modo de proceder, creo que Robles lo desaprobaba —y opino que con cierta razón— como desorientador. Lo que constituye el núcleo de su argumentación, al menos por lo que aquí me interesa destacar, gira en torno a las siguientes ideas:

- (a) Que el derecho guarda una analogía estructural más estrecha con los juegos que con la moral y los usos sociales, y por cierto de tal modo que el estudio de esa analogía ayuda a ver que la forma corriente de abordar el problema de la definición o del concepto de derecho está descaminada.
- (b) Que la razón de que lo esté radica básicamente en que arranca de una dicotomía arbitrariamente simplificadora entre el “mundo” del ser y el del deber ser que no se compadece con la naturaleza ni de los juegos ni del derecho.
- (c) Que semejante visión simplificadora es responsable de buena parte de los males que aquejan a la teoría del derecho, abocada a la alternativa “normativismo vs. empirismo”, de modo que prestar una mayor atención a la analogía con los juegos ayudaría a que se

abriera paso una teoría que se encontraría más allá de semejante alternativa y de las aporías a que conduce.

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

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

Que la diferencia entre el derecho y la moral es de naturaleza estructural no es algo enteramente nuevo. Para mencionar de forma tosca algunos casos bien conocidos, la idea estaba ya implícita en la distinción kelseniana entre sistemas estáticos y sistemas dinámicos. Que Kelsen no llegara sin embargo a desarrollar de forma consecuente esa idea puede atribuirse en parte a su insistencia en reducir la diversidad de las reglas de un sistema jurídico a un único tipo fundamental —y por cierto a un tipo de norma cuya forma característica de regular la conducta es determinar que si se

---

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

dan determinadas conductas deben ser determinadas sanciones. Más refinada y consecuente en este orden de cosas es la versión de Hart. Con arreglo a ella la diferencia entre el derecho y la moral radicaría en que esta última es un conjunto discreto de reglas primarias (esto es, de normas que imponen deberes), mientras que característicamente el derecho es una unión sistemática de reglas primarias y reglas secundarias (esto es, reglas que regulan la identificación, creación y enjuiciamiento de reglas primarias, estableciendo procedimientos y concediendo facultades, poderes y competencias), sin que estos distintos tipos de reglas puedan reducirse entre sí.

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

---

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

determinadas formas de conducta. El sistema de reglas que es el derecho ostentaría la misma estructura que el de los juegos en que intervienen personas. Como ellos, se caracteriza por la presencia de reglas de tres tipo —según la terminología de Robles: reglas ónticas, técnicas y deónticas.

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

(ii) Las *reglas técnicas o procedimentales* establecen los requisitos necesarios para realizar con éxito acciones dentro del ámbito correspondiente. Presuponen el ámbito de referencia, sea de un juego sea de un ordenamiento jurídico, como ya convencionalmente establecido por reglas ónticas. En este sentido poseen un status subordinado. Pero su relación con

las reglas ónticas puede ser de dos tipos; lo que da lugar a distinguir dos clases de reglas técnicas. Entre la regla técnico-procedimental y la regla óntica puede existir, en primer lugar, una relación análoga a la que se da entre las reglas técnico-instrumentales y las leyes naturales: pueden entenderse como el resultado de retraducir a términos de un lenguaje de la acción teleológica (un lenguaje medios-fines) las exigencias propias de la constitución del ente de referencia, que en nuestro caso está definido por reglas ónticas. Las reglas técnicas de este tipo derivan directamente de las reglas ónticas correspondientes de tal forma que, una vez puestas éstas, aquéllas se siguen sin necesidad de acto de creación convencional alguno. Por ello me atrevería a decir que para la exposición del sistema de reglas son en cierto modo redundantes. Por el contrario, hay reglas técnicas que establecen requerimientos que no se siguen directa y necesariamente de las reglas ónticas, sino que presuponen una elección de entre un número indefinido de procedimientos posibles para realizar acciones válidas. Para que tales reglas existan es por ello necesaria una decisión creadora de la regla. Pese a tales diferencias, para ambas clases de reglas técnicas vale que son reglas que establecen cuáles son los medios necesarios para conseguir fines definidos dentro del sistema. En ambos casos el contenido de la regla es un «tener que».

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

consecuencias derivadas de la inobservancia de reglas técnicas y normas respectivamente

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

CUADRO 1

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

Robles no pretende que su tipología de las reglas del derecho sea estrictamente exhaustiva. Con todo, en el último capítulo de su libro lleva a cabo un interesante intento de reducir a los tres tipos mencionados las distintas clases de reglas que suelen incluirse en clasificaciones tradicionales.<sup>5</sup> Y para ello el criterio propuesto es de naturaleza «lógico-lingüística»:

<sup>5</sup> Con el propósito de que la tipología de las reglas no resulte demasiado abstracta, y a fin de ilustrar la enorme variedad de reglas que integra cada uno de los tipos, enumeraré algunos ejemplos. En el grupo de las *reglas ónticas* entran desde cuasidefiniciones del tipo “Madrid es la capital de España” hasta las reglas que establecen el ámbito

las diversas reglas se integran en uno u otro tipo dependiendo de que incorporen los operadores sintácticos “ser”, “tener que” o “deber(ser)”.<sup>6</sup> Naturalmente a Robles no se le escapa que con frecuencia en la estructura lingüística superficial de las reglas no se presentan estos operadores característicos; pero se esfuerza en mostrar que su presencia se evidencia en un análisis de su estructura profunda, o, para decirlo en sus propios términos, tras una correcta «reconstrucción hermenéutica de las reglas». Aunque tengo la impresión de que en ocasiones sus análisis son algo especiosos y que sus intentos de reducir las reglas del derecho a reglas que expresan que algo “es”, “tiene que (ser)” o “debe (ser)” resultan algo forzados, no me detendré de momento en este punto. Más me interesa por ahora llamar la atención sobre algunas de las consecuencias que Robles vincula a su tipología de las reglas.

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

---

de vigencia espacio-temporal de las normas, así como las que especifican las llamadas “fuentes del derecho”. También las reglas organizativas, potestativas y competenciales forman parte de él; pero no sólo las relativas al aparato organizativo del Estado sino también las que determinan las competencias de acción de los sujetos: las reglas que regulan la personalidad jurídica y la capacidad de obrar son también reglas ónticas. Del grupo de las *reglas técnicas o procedimentales* forman parte no sólo el derecho procesal, en el sentido académico del término, sino también las reglas que regulan el procedimiento legislativo o el proceso electoral y similares. También son reglas técnicas las que regulan la perfección de los contratos y las formas de realizar negocios jurídicos en general. Finalmente, integran el grupo de las *reglas deónticas o normas* no sólo las que imponen deberes generales (como la prohibición del asesinato y el robo), sino también obligaciones vinculadas a una posición o cargo (como el deber del juez de justificar su sentencia o de juzgar conforme a pruebas) o ligadas a actividades voluntarias de los hombres dentro del sistema de acción configurado por reglas ónticas y técnicas (como la obligación del vendedor de entregar la cosa y la del comprador de entregar el precio).

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

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

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

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

En distintos momentos de su exposición Robles da a entender que su distinción entre reglas que expresan un «ser» un «tener que» y un «deber (ser)» no solo proporciona una tipología de las reglas del derecho sino que permite establecer de forma precisa las relaciones sistemáticas que existen entre ellas. Y, si no entiendo mal, concibe tales relaciones como relaciones de prioridad unidireccional. La imagen del orden jurídico que se desprende de su concepción es la de una especie de formación estratificada: el estrato fundamental vendría constituido por las reglas ónticas, de las cuales de forma inmediata derivarían algunas reglas técnicas sin necesidad de estipulación convencional; sobre ese sustrato se erigiría a continuación un estrato de reglas técnicas o procedimentales; las reglas deónticas o normas formarían, por fin, el estrato más superficial. Sobra decir que Robles no afirma que ésta es la forma como de hecho se han construido los juegos o los ordenamientos jurídicos; pero sugiero que de su exposición se desprende que así es como piensa que tendría que proceder una adecuada recons-

trucción de los mismos. Con ello la visión más extendida, según la cual el derecho es fundamentalmente un sistema de normas (una visión que, por ejemplo, condujo a Kelsen a sostener que cualquier disposición jurídica que no tuviera la forma canónica “Si es A debe ser B” —donde A es una conducta y B una sanción— habría de interpretarse no como una *norma* sino meramente como *parte* de una norma jurídica en sentido propio), semejante visión, digo, cede su lugar a la visión enteramente opuesta: que las normas son algo así como un añadido tardío y de rango sistemáticamente subordinado, que sólo entra en juego cuando los estratos anteriores están ya construidos. Robles ha atacado persuasivamente la primera versión. Pero no me parece obvio que la que él mismo presenta como alternativa sea enteramente atinada.

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

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

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

Semejante tesis es cuando menos sorprendente; ante todo, porque seguirla de forma consecuente parece conducir a resultados contraintuitivos. Por ejemplo, para decirlo de forma un tanto brusca y sin mayores precisiones, quien quisiera definir —esto es, decir que qué consiste— el derecho español tendría que informar de cosas tales como la organización de la administración de la justicia y del sistema policial y sin embargo dejar fuera de consideración el código penal, ya que —como creo que Robles admitiría— en lo substancial es un sistema de reglas de las que él

caracteriza como deónticas. Mi opinión es que ésta es una manera bien extraña de definir un sistema jurídico. Sin duda a ello podría responder Robles con un “tanto peor para la forma como ordinariamente entendemos que ha de ser la definición de un sistema jurídico”, e insistir en su derecho a estipular con fines teóricos un uso especial de “definir” aplicable a sistemas de reglas. Aunque él no se detiene a aclarar ese uso, creo que su idea viene a dar en lo siguiente: la exposición completa de un sistema de reglas tal como el fútbol y el derecho español requeriría sin duda informar de modo exhaustivo de *todas* las reglas que lo integran, si lo que deseamos es saber a qué a tenernos, es decir, conocer el catálogo completo de las cosas que tenemos, que podemos o que debemos hacer o no hacer; pero una «definición» tiene un alcance más restringido: su objetivo no es informarnos acerca de qué podemos o debemos hacer sino de lo que el orden de referencia *es*. Y lo que un juego o un orden jurídico es queda determinado por el conjunto de reglas sin cuya observancia no se dan las acciones distintivas de tal juego o tal orden jurídico. «Necesarias» son las reglas que establecen exigencias de necesidad para las acciones, de tal modo que las acciones que se producen contraviéndolas no pueden tomarse por acciones de tal juego o tal derecho. Y sólo las reglas ónticas y las técnicas establecen, en la forma del “ser” y el “tener que”, exigencias de ese tipo; son precisamente ellas las que «establecen los presupuestos necesarios de la acción, bien sean los presupuestos estáticos (espacio, tiempo, sujetos y competencias), bien sean los dinámicos (procedimiento)» (p. 152). Sólo en relación con ellas las acciones son *necesarias*; las acciones que caen bajo el dominio de las reglas deónticas son, por el contrario, meramente *debidas*.

Robles facilita la comprensión de esta forma suya de entender «definición» haciendo uso de un ejemplo tomado del fútbol: la regla (óntica, pero transformable en técnica) que establece que el fútbol (*es* un juego que) se juega con un balón (y no, por ejemplo con tres) es una regla «necesaria», porque, si no se sigue, se podrá estar haciendo cualquier cosa que queramos excepto jugar al fútbol. Por el contrario, la regla (deóntica) que prohíbe el llamado “juego sucio” no es una regla necesaria, porque el juego seguirá siendo tal incluso si se la infringe.<sup>7</sup> Pero según esto, ¿qué decir de la

---

<sup>7</sup> No estoy seguro de que el ejemplo de regla deóntica elegido en este caso por Robles —la regla que prohíbe el juego sucio— sea apropiado. ¿En qué sentido es ésta una regla del fútbol? Me inclino a pensar que reglas de este tipo en los «juegos en los

regla que prohíbe a los jugadores (con excepción del portero) tocar el balón con la mano so pena de sanción? Doy por supuesto que ninguna definición del fútbol que no la incluya será completa y significativa. Pues bien, hay indicios de que Robles podría responder que en realidad tal regla sólo aparentemente es una regla deóntica, porque una «reconstrucción hermenéutica» correcta revelaría que nos encontramos ante una regla óptica (que en una formulación simplificada rezaría: “El fútbol es un juego que, entre otras cosas, se juega con cualquier parte del cuerpo excepto las manos”) y/o una regla técnica derivada de ella (“Para hacer jugadas válidas en el fútbol —v. gr. un gol— tiene que no emplearse las manos”). Sólo que semejantes traducciones me parecen incompletas; no dan cuenta adecuada del sentido de prohibición implícito en la regla ni, lo que es más importante, del hecho significativo de que su inobservancia acarrea no meramente una declaración de nulidad sino una penalización.

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

---

que intervienen personas» (igual que la regla que prohíbe hacer trampas en los juegos de fichas, dados y naipes, y, en el caso del derecho, reglas como la que ordena una administración imparcial del sistema de reglas) no son reglas convencionales, en el sentido de que deban su existencia a una convención creadora de la regla misma, sino que más bien pertenecen a las *presuposiciones normativas* implícitas en actividades gobernadas por reglas. Ello explicaría que no sintamos necesidad de hacerlas explícitas al «definir» el juego. El caso de las reglas relativas al «penalti» o a la «mano» es enteramente diferente.

Similarmente, no creo que sea posible definir la propiedad en un Estado social de derecho de forma suficientemente rica como para diferenciarla de la propiedad quiritaria, si no se incluye en la definición el conjunto de deberes y prohibiciones que le es característico. Tan «necesarias» para que se dé la cosa son, al menos en este caso, las reglas deónticas como las ónticas y las técnicas.

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

3. (b) La distinción que Robles propone entre normas, por un lado, y reglas ónticas y técnicas, por otro, no es enteramente nueva. Su rastro podría seguirse sin dificultades en investigaciones filosófico-analíticas sobre las reglas. Me referiré brevemente a lo que creo que es el antecedente que más se aproxima a la presentación de Robles. Tomando pie en los estudios de J. L. Austin sobre las expresiones performativas, J. Searle ha distinguido de forma persuasiva dos tipos de reglas:<sup>8</sup> las reglas *regulativas*, que «regulan formas de conducta que existen con anterioridad e independientemente» de las reglas, y las reglas *constitutivas*, que no meramente regulan la conducta, sino que «crean o definen nuevas formas de conducta». Mientras que las del primer grupo adoptan característicamente la forma imperativa, las del segundo tienen forma analítica y apariencia de definición. Las acciones que caen bajo el dominio de las reglas pueden ser identificadas en el primer caso con independencia de las reglas; en el segundo no. En relación con el primer tipo de reglas las acciones relevantes son «hechos brutos», mientras que en relación con las del segundo son «hechos institucionales», esto es, hechos cuya existencia presupone la de re-

---

<sup>8</sup> J. Searle, *Speech Acts*, Cambridge Univ. Press, 1969 (hay trad. cast. de L. M. Valdés Villanueva, en Ed. Cátedra, Madrid, 1980), especialmente cap. 2, seccs. 5-7.

glas y cuya descripción no puede llevarse a cabo sin implicar reglas. Además, las reglas regulativas relativas a un determinado campo de conducta pueden ser consideradas independientemente unas de otras, mientras que es característico de las reglas constitutivas el formar parte de sistemas, de modo que no pueden ser consideradas adecuadamente si se prescinde de su interconexión sistemática. Precisamente propone Searle como ejemplo de reglas regulativas las reglas de la etiqueta, mientras que presenta las del ajedrez y el fútbol como paradigmas de reglas constitutivas.

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

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

alguna forma de respaldo coactivo, carácter subjetivo y unilateral u objetivo y bilateral de la vinculación. En todo caso, las categorías relativas al ser y al deber ser son recíprocamente irreducibles.

Es sabido que Kelsen hizo de esta dicotomía entre ser y deber ser — términos que por lo demás, no empleaba él como si designaran entidades o esferas de entidades, sino como abreviaturas de marcos categoriales para la constitución de la realidad como objeto de conocimiento— el nervio central de una teoría pura del derecho. “Sociologismo”, “psicologismo”, “(yus)naturalismo” son otros tantos rótulos, que él más que nadie contribuyó a popularizar, para designar formas de reduccionismo basadas en el error categorial de concebir los fenómenos jurídicos con categorías del ser. Formas de reduccionismo orientadas en la dirección contraria las señaló él mismo en interpretaciones animistas del mundo en las que los fenómenos naturales se conciben no desde el punto de vista de la causalidad natural sino desde el de la imputación moral. Robles, por su parte, considera insatisfactoria esta forma de trazar líneas divisorias. Aunque concuerda con la intención de evitar los distintos modos de reducción de lo jurídico a las formas de lo que con expresión genérica denomina él «la facticidad», ve sin embargo en la forma como Kelsen (y cito su caso como el más descolante, pero de ningún modo el único) establece las distinciones entre ser y deber ser una peculiar forma de reduccionismo: el normativismo. La concepción según la cual el derecho es un sistema de normas, esto es, una forma de regular la conducta imponiendo deberes —que Robles no vacila en calificar como una «obsesión» de la teoría jurídica dominante— pasa por alto que el derecho es una forma del ser, si bien irreducible al ser natural. La dicotomía entre ser y deber ser, tal como se presenta en la tradición kelseniana, es insuficientemente compleja para hacer justicia a la naturaleza del derecho y, por cierto, también de los juegos.

Para Robles hay mas «seres» que el ser natural y más formas de expresión de la «necesidad» que la necesidad causal. Robles, que se muestra poco propenso a hacer uso de la cuchilla de Occam, cataloga «cuanto menos» tres tipos de seres: «El ser no es sólo la facticidad. La facticidad es una de las formas expresivas del ser pero no agota todas las dimensiones de éste. Junto al *ser natural* está el *ser lógico* y el *ser convencional*. El ser lógico y el ser convencional *no forman parte de la facticidad*, ya que ni uno ni otro constituyen un hecho o un conjunto de hechos» (p. 40, el subrayado

es mío).<sup>9</sup> Basta añadir que el derecho, como los juegos —pero a diferencia de la moral y los usos sociales—, es un «ser» convencional para tropezar con la consecuencia que Robles intenta derivar de tal concepción: si podemos concebir el derecho como una forma del *ser*, y no (sólo) como una forma peculiar del deber ser, entonces estamos en condiciones de establecer una teoría del derecho libre de los problemas del «normativismo»; y si tal ser es un *ser convencional* irreductible al ser natural, a la «facticidad», entonces estamos en condiciones de hacerlo sin incurrir en ninguna de las formas de reduccionismo «naturalista» antes mencionadas. Más adelante comentaré brevemente este punto. De momento es preciso explicar qué quiere decir Robles cuando afirma que el derecho es un ser convencional.

Desde luego no sólo el derecho y los juegos sino también la moral y los usos sociales, los rituales y el lenguaje, en suma el conjunto entero de las reglas sociales, son para Robles convencionales. Todas ellas existen *ex conventione* y no en virtud de ninguna forma de necesidad lógica o causalidad natural. Distingue él sin embargo dos tipos de convención, que, como tendremos ocasión de ver, se relacionan con dos tipos de «ámbitos» de la realidad social en cuanto sometida a reglas. *Convención normativa* es aquella que establece que algo *debe ser*. Lo que mediante convención se establece en este caso es un deber ser; y establecer que algo debe ser es establecer una regla deóntica, una norma. Una norma no establece que algo será o tiene que ser, porque lo que debe ser no necesariamente es ni será; más aún, para que algo pueda ser «debido» tiene que poder no ser: «por tanto la convención normativa no crea una necesidad, ni tampoco una probabilidad. Crea sólo la normatividad» (p. 243). Por el contrario, mediante *convención óptica* es el ser mismo, y no ya el deber ser, el que se hace objeto de convención. No el ser natural, desde luego, sino un ser convencional, «un algo» creado mediante convención y que no puede ser pensado con independencia de ella:

«El ser puede ser objeto de convención [...] Me refiero a la convención que establece, o mejor, que define parcelas ópticas. Algo puede ser

---

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

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

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

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

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

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

Ente, ser y necesidad son, de esta manera, tres términos que se coimplican. Preguntarse por los tipos de entes es lo mismo que preguntarse