

I. Introducción . . . . .	207
II. La metodología . . . . .	207
1. Planteamiento metodológico . . . . .	207
2. Tipos de juegos . . . . .	208
3. El pluralismo metodológico . . . . .	209
III. Convención y ámbito óntico-práctico . . . . .	211
1. La definición de un ámbito óntico-práctico . . . . .	211
2. El ámbito óntico-práctico como resultado de la convención .	213
3. Convención y decisión . . . . .	214
4. Diacronía y sincronía en el derecho . . . . .	216
IV. Los elementos necesarios del ámbito óntico-práctico . . . . .	216
1. El espacio . . . . .	216
2. El tiempo . . . . .	217
3. Los sujetos de la acción . . . . .	218
4. Las competencias respectivas de los sujetos de la acción . .	223
5. El procedimiento de la acción . . . . .	228
V. El concepto de regla y sus tipos . . . . .	231
1. Ente convencional y lenguaje . . . . .	231
2. ¿Qué es una regla? . . . . .	231
3. Tres tipos de reglas . . . . .	235
VI. Las reglas ónticas . . . . .	236
1. El concepto de regla óntica: carácter vectorial del ser . . . .	236
2. Reglas ónticas y definiciones . . . . .	237
3. Poner nombre a las cosas y reglas ónticas . . . . .	238
VII. Las reglas técnicas . . . . .	238
1. La regla técnico-causal . . . . .	238
2. Necesidad causal, necesidad lógica y necesidad conven- cional . . . . .	240
3. La regla técnico-lógica . . . . .	240
4. La regla técnico-convencional . . . . .	241

VIII. Las reglas deónticas o normas . . . . .	244
1. Concepto de regla deóntica (o norma) . . . . .	244
2. Norma y deber. Deber jurídico y deber moral . . . . .	244
3. Moral y derecho: ámbitos prácticos y ámbitos óntico-prácticos. . . . .	245
4. Reglas técnicas y normas: tener que y deber. . . . .	246
5. Nulidad y sanción . . . . .	246
IX. Los tres tipos de reglas y la clasificación tradicional de las “normas” jurídicas . . . . .	252
1. Reglas deónticas (o normas) . . . . .	253
2. Reglas técnico-convencionales (procedimentales). . . . .	261
3. Reglas ónticas . . . . .	263

## ANEXO

### LA TEORÍA SINTÁCTICA DE LAS REGLAS JURÍDICAS

#### I. INTRODUCCIÓN

A efecto de no perder de vista el armazón que va teniendo esta tesis, podemos resumir la secuencia del pensamiento de Robles hasta aquí expuesta, de la siguiente manera:

1) Como consecuencia de la crisis epistemológica del positivismo jurídico, es necesario encontrar un nuevo paradigma epistemológico que caracterice al pensamiento jurídico pospositivista. Como prospecto a ese paradigma, Robles propone a:

2) la teoría del derecho como análisis del lenguaje de los juristas que no es sino un esquema programático de trabajo teórico que necesita ser desarrollado. Como primer desarrollo del esquema y a nivel de la sintaxis, Robles representa su teoría “sintáctica” de las reglas jurídicas en su obra *Las reglas del derecho y las reglas de los juegos*. De exponer esta teoría me ocupó a continuación, procurando seguir lo más cerca posible la estructura original.

#### II. LA METODOLOGÍA

##### 1. *Planteamiento metodológico*

El derecho es, en algunos aspectos, comparable a los juegos. Ambos son impensables sin reglas.

*Las reglas del derecho y las reglas de los juegos* es un ensayo de teoría analítica del derecho<sup>516</sup> cuyo objeto es realizar una reflexión sobre la

<sup>516</sup> Robles, Gregorio, *Las reglas del derecho...*, cit., nota 84, p. 16. “La idea de usar juegos como modelos explicativos es muy común en la filosofía analítica. Hart la usa respecto

tipología de las reglas de todo orden jurídico y la forma en que se relacionan.<sup>517</sup> Ello se puede obtener con sencillez si se resaltan las semejanzas estructurales entre los juegos y el derecho, más que con cualquiera de las analogías tradicionalmente utilizadas: la comparación del derecho con la moral o los convencionalismos sociales.

El planteamiento metodológico fundamental “es el de un formalismo extremo, que se aleja del análisis de la realidad fáctica para aproximarse al derecho como una forma específica de discurso lingüístico”.<sup>518</sup>

La meta de la obra es, pues, ofrecer una teoría tipológica de las reglas jurídicas, entendiendo por regla no sólo a las normas, sino cualquier proposición jurídica.<sup>519</sup>

Al principio de la exposición se presta mayor atención a los juegos, hasta centrarse sólo en consideraciones jurídicas.<sup>520</sup>

## 2. Tipos de juegos

La mayoría de los juegos quedan comprendidos en los siguientes criterios de clasificación:

1) Conforme al papel que desempeñan la suerte y la destreza en la obtención del triunfo, los juegos pueden ser:

a) *Aleatorios*. Son aquellos en que sólo de la suerte depende el éxito o fracaso de los jugadores. Por ejemplo: la ruleta o la lotería.

del derecho, pero había sido ya usada para explicar la lógica, el lenguaje, etcétera. Para un análisis de los conceptos de “juego” y “reglas del juego”, véase Ras, “The Identity of Legal Systems”, *California Law Review*, núm. 3, mayo de 1971, pp. 795-815. Hay una traducción española de Rolando Tamayo en el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año VII, núm. 19, 1974, pp. 139-164. Ahí hace Ras una crítica del juego como modelo para explicar el derecho, véase Esquivel Pérez, Javier, *Kelsen y Ross, formalismo y realismo en la teoría del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1980. Sobre el mismo tema, véase Pagliaro, Antonio, “Le regole del gioco”, en Pagliaro, A. (ed.), *II Segno viviente*, Nápoles, Edizione Scientifiche Italiane, 1959, pp. 53-61.

<sup>517</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>518</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>519</sup> “En la exposición se presentará al principio mayor atención a los juegos, descendiendo después su interés progresivamente al ir penetrando en el mundo, más complejo, del derecho”. *Ibidem*, p. 17.

<sup>520</sup> *Idem*, pp. 217-220. La clasificación de juegos que presento no está así en el original. Por razones de economía he hecho una reducción de las categorías de juegos citadas ahí.

b) *Cuasialeatorios*. En ellos la suerte está presente, pero no es elemento único ni determinante en la obtención del triunfo. También la destreza es importante. Por ejemplo: el dominó.

c) *No aleatorios*. Sólo la habilidad cuenta para el resultado final del juego. Por ejemplo: el ajedrez.

2) Conforme a la relación jugador-campo de juego, pueden ser:

a) Juegos de hombres. Si los jugadores y las “piezas” del juego son lo mismo. Por ejemplo: el fútbol.

a) *Juegos de piezas*. Si los jugadores están fuera del campo de juego y participan moviendo piezas desde el exterior. Por ejemplo: las damas chinas.

Es con los juegos de destreza y hombres con los que el derecho presenta la analogía más fuerte.<sup>521</sup>

### 3. *El pluralismo metodológico*

Lo mismo que el derecho, los juegos pueden ser objeto de reflexión teórica<sup>522</sup> y estudiarse desde, al menos, cuatro enfoques epistemológicos independientes:

#### A. *El enfoque causalista o genético*

Su finalidad es estudiar las relaciones entre juego o derecho y la realidad fáctica.

Su tarea es doble, por una parte, puede orientarse a analizar las causas fácticas que dieron origen al juego o al derecho, o por la otra, analizar los acontecimientos que sirven como referente a las reglas lúdicas o jurídicas, en relación causal con otros sucesos naturales.

En el caso del derecho son diversas las disciplinas que pueden englobarse bajo el enfoque genético: sociologismo, psicologismo, antropologismo e historicismo jurídico.

<sup>521</sup> Sobre la diversidad de planteamientos metodológicos en el derecho, se recomienda el excelente trabajo de Hernández Gil, *Metodología de la ciencia del derecho*, Madrid, Cátedra, 1971, en particular sobre el enfoque estructuralista del mismo autor, véase Hernández Gil *et al.*, *Estructuralismo y derecho*, Madrid, Alianza, 1973.

<sup>522</sup> *Ibidem*, pp. 215 y 216.

### B. *El enfoque estratégico*

Su finalidad es estudiar su estrategia o tácticas conforme a las cuales se ha de obtener el éxito jurídico o lúdico.

La máxima rigurosidad en análisis de este tipo se encuentra en la teoría matemática de los juegos, entre cuyas principales aplicaciones se pueden citar las modelizaciones de tácticas bélicas, políticas y económicas.

Con respecto al derecho, el enfoque estratégico es el apropiado para el estudio de las expectativas de triunfo en las contiendas parlamentaria y jurisdiccional.<sup>523</sup>

### C. *El enfoque teleológico*

Las finalidades de los juegos y el derecho son de dos tipos:<sup>524</sup>

a) Las finalidades inmanentes, que son las propias del derecho o del juego como juego o derecho en sí, *i. e.*, jugar y orientar jurídicamente la conducta social.<sup>525</sup>

b) Las finalidades atribuidas, que son las que se imputa al juego o al derecho desde el exterior. Son de naturaleza subjetiva y su ausencia no afecta al “ser” del juego o derecho. Por ejemplo: respecto del primero, ganar (aunque se puede jugar con otros fines, como por ejemplo, la mera diversión) o, respecto del segundo, proteger ciertos valores o ideal de justicia.<sup>526</sup>

El objeto de estudio del enfoque teleológico son las finalidades atribuidas.<sup>527</sup>

### D. *Enfoque lingüístico*

Por medio de él “se intenta la aproximación al texto en que necesariamente viene expresado tanto el juego como el derecho”.<sup>528</sup>

<sup>523</sup> *Ibidem*, pp. 23 y 24.

<sup>524</sup> *Ibidem*, pp. 24 y 25.

<sup>525</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>526</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>527</sup> *Idem*.

<sup>528</sup> *Idem*.

Tanto derecho como juego son una forma de comunicación que se manifiesta mediante reglas, no sólo escritas, sino, también pensables (y en ese sentido escribibles)... Todo juego posee una dimensión lingüística ineludible. Y esta definición es tan importante que es posible decir que definir un juego es definir sus reglas, cobrando así la dimensión lingüística el papel más relevante. Exactamente igual sucede con el derecho.<sup>529</sup>

Con respecto al lenguaje en que se manifiesta todo juego o derecho, se pueden realizar dos operaciones:<sup>530</sup> una investigación semántica, cuya finalidad es dar cuenta de los contenidos de las proposiciones lingüísticas; o una sintáctica, tendente a elucidar el aspecto lógico-formal de las reglas y sus conexiones sistémicas.

El estudio de los contenidos de las proposiciones en el caso del derecho corresponde a la dogmática jurídica, mientras que el de las formas, al análisis lógico-lingüístico.<sup>531</sup>

### III. CONVENCION Y ÁMBITO ÓNTICO-PRÁCTICO

#### 1. *La definición de un ámbito óntico-práctico*

Ni los juegos ni el derecho pueden ser definidos mediante los enfoques genético, teleológico o estratégico. Las explicaciones ofrecidas a partir de esos métodos constituyen discursos predicativos referidos a un sujeto presupuesto: el derecho o el juego. Los tres son posteriores a la definición jurídica o lúdica: “Lo que el juego es, es independiente de las causas que lo han producido y también de los efectos que provoca practicarlos”.<sup>532</sup> “Sólo si sabemos exactamente lo que el juego es... podremos organizar la estrategia a seguir de esta u otra forma”.<sup>533</sup> “Que un determinado juego procure según los entendidos, resultados excelentes para mantenerse en forma física es independiente de lo que el juego es en sí”.<sup>534</sup>

<sup>529</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>530</sup> *Idem*.

<sup>531</sup> *Idem*.

<sup>532</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>533</sup> *Idem*.

<sup>534</sup> *Ibidem*, p. 32.

Como se vio anteriormente, la definición del juego y el derecho sólo es posible desde el enfoque lingüístico, y la única manera en que son definibles es dando cuenta de todas y cada una de sus reglas. Por ejemplo, quien quiera definir el ajedrez no tendrá más remedio que decir que el juego sólo admite dos jugadores (hombres), que emplea un tablero de 64 cuadros de tamaño uniforme en dos colores distintos y con distribución alternada, y que se juega con determinadas fichas, cada una de las cuales tiene una función específica. Habrá de exponer también cómo tiene que moverse cada ficha si es que ha de moverse y las condiciones necesarias para *comer*. “la definición del ajedrez viene dada por el conjunto de sus reglas”.<sup>535</sup>

Tanto en los juegos como en el derecho se deben distinguir dos tipos de reglas: las necesarias y las contingentes. Las primeras son aquellas que es imprescindible enunciar para definir un juego o derecho, y son de dos tipos: ónticas y técnicas. Las segundas, llamadas deónticas o normas, son las que suponen la posibilidad de infracción y “no tienen por qué formar parte de la definición de un conjunto normativo ya que el ser del conjunto sólo puede definirse por las proposiciones necesarias”.<sup>536</sup>

Por ejemplo, si alguien nos pidiera definir el fútbol, tendríamos que enunciar las reglas que señalan el campo de juego, así como los jugadores y los procedimientos necesarios para que su acción pueda considerarse “fútbolística” (del miembro de un equipo de fútbol que a mitad de un partido se tumbara de espaldas en el césped y comenzara a girar como hacen los bailarines de *break dance*, no diríamos que está realizando una acción fútbolística). Pero podríamos prescindir de enunciar las normas que exigen de los jugadores cierto comportamiento en el campo. “El juego sucio será todo lo sucio que se quiera, pero no por eso deja de ser juego”.<sup>537</sup> “Las normas no entran en la definición ya que aun cuando se infrinjan sigue habiendo juego y en este sentido no constituyen un comportamiento ‘óntico’ del mismo modo”.<sup>538</sup>

<sup>535</sup> *Idem*.

<sup>536</sup> *Idem*.

<sup>537</sup> *Ibidem*, p. 33.

<sup>538</sup> *Ibidem*, p. 34.

Lo que los tres tipos de reglas tienen en común (de algún modo han de justificar ser llamadas ‘reglas’) es ser proposiciones lingüísticas pensables autónomamente de la fuente que les da origen.<sup>539</sup>

## 2. *El ámbito óntico-práctico como resultado de la convención*

Una vez abordado el tema de la definición de un juego, se puede pasar a reflexionar sobre los elementos de todo juego.

Evidentemente, los juegos no se encuentran en la naturaleza como sucede con las manzanas. Si bien son entes reales, su realidad es muy distinta: es artificial, *i. e.*, son producto de una convención.<sup>540</sup>

El derecho también tiene un origen convencional, es creado mediante un acuerdo entre hombres.<sup>541</sup> Convención y producto de acuerdo son lo mismo.

Tanto en la convención “juego” como en la convención “derecho” hay que distinguir dos aspectos: el dinámico, que se refiere al proceso fáctico de creación de una convención, y el estático, que alude a la convención ya terminada. Sólo con respecto al segundo es posible efectuar un análisis lógico-lingüístico.<sup>542</sup>

La creación de un juego y también del derecho puede ser de dos tipos: instantánea, resultado de una deliberación (actividad de “gabinete”) o consuetudinaria, producto del curso natural del juego, que se va integrando al tiempo que se juega.<sup>543</sup>

El primer tipo de creación puede suponer uno o varios creadores, constituyendo el marco en que quedan comprendidas las actividades legislativas uni y pluripersonales. El segundo es propio del llamado derecho consuetudinario o jurisprudencial.<sup>544</sup>

<sup>539</sup> “Más adelante discutiremos el concepto de regla y el de norma, pero de momento parece adecuado pensar que si se las desprende de los elementos extrínsecos a ellas mismas, tanto las reglas como las normas son pensables como proposicionales lingüísticas”. *Idem*.

<sup>540</sup> “El juego es el resultado de la convención. Sólo “existe” porque un determinado día determinados hombres se pusieron de acuerdo en torno a cómo habrían de comportarse en lo sucesivo si querían jugar un determinado juego. A este acuerdo le llamaremos convención”. *Ibidem*, p. 35.

<sup>541</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>542</sup> *Idem*.

<sup>543</sup> *Idem*.

<sup>544</sup> *Ibidem*, pp. 36 y 37.

La convención no es otra cosa sino lenguaje. Como tal, tiene sintaxis y semántica y puede ser objeto de investigación puramente formal o de contenido.<sup>545</sup>

Al conjunto de elementos presentes en y comunes a todo juego y derecho se les denomina ámbito óntico-práctico.<sup>546</sup> Su estudio es emprendido desde un enfoque estático y por tanto su determinación y explicación son independientes del proceso creador fáctico del que derivan y su facticidad futura<sup>547</sup> (cualquier antropólogo puede hoy día definir el juego de la pelota de hule que jugaron los antiguos pobladores de Mesoamérica, e incluso hay quienes lo han revivido en el Estado de México).

### 3. Convención y decisión

El ser no es sólo la facticidad, ésta es sólo una clase de aquél. Al lado del ser fáctico coexisten otros dos: el lógico y el convencional.<sup>548</sup>

En la convención óntico-práctica (producto del acuerdo entre los hombres) se dan todos los elementos necesarios y comunes a todo juego y derecho: delimitación del marco espacio-temporal en el que el juego ha de desarrollarse, determinación de los sujetos que han de ser jugadores así como su competencia y procedimiento que ha de ser seguido para que sus acciones sean lúdicas o jurídicas.<sup>549</sup>

La convención siempre es el resultado de una decisión o conjunto de decisiones. Sin embargo, así como el hijo, aunque es producto de los padres, es independiente de ellos como persona, de la misma manera la convención es independiente de toda decisión previa a su consolidación, de toda decisión tomada durante el proceso creador.<sup>550</sup>

<sup>545</sup> *Ibidem*, p. 37.

<sup>546</sup> “El ámbito óntico-práctico no es el proceso fáctico de su formación, sino el resultado del proceso”. *Ibidem*, p. 38.

<sup>547</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>548</sup> “El ser no es sólo la facticidad, es decir, lo que sucede. 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”. *Ibidem*, p. 40.

<sup>549</sup> *Idem*.

<sup>550</sup> *Idem*.

No obstante, el nacimiento de una convención no significa el destierro de toda decisión, pues en su interior también pueden ser tomadas decisiones.<sup>551</sup>

Si consideramos el ámbito óntico-práctico que es una convención como un sistema, diremos que toda decisión tomada durante el procedimiento tendente a su creación es extrasistemática, y toda decisión tomada dentro del sistema y conforme al mismo será una decisión intrasistemática. Si la convención puede estudiarse como ente independiente de su creador, las decisiones intrasistemáticas también pueden analizarse con independencia de las extrasistemáticas: “una decisión es intrasistemática cuando afecta a una acción que tiene lugar en el espacio y en el tiempo establecido por la convención y cuando el sujeto, la competencia de ésta y el procedimiento utilizado en la acción corresponden a lo establecido convencionalmente”.<sup>552</sup>

Las decisiones intrasistemáticas son de dos tipos: 1) inmanentes y 2) dirimentes.

- 1) *Decisiones inmanentes*. Están vinculadas con la acción de juego: “tienen como resultado la acción típica perteneciente al ámbito del mismo”.<sup>553</sup> Por ejemplo, la decisión de chutar contra la portería (preferentemente del equipo contrario) con el fin de anotar un gol.
- 2) *Decisiones dirimentes*. Son las que tienen por objeto resolver una controversia surgida en el interior del ámbito. En el caso de los juegos, son acciones de pero no del juego, a diferencia del derecho, en cuyo caso están comprendidas dentro de la acción jurídica, según determinación del ámbito.<sup>554</sup>

Ni las decisiones extrasistemáticas son relevantes a efecto de una consideración formal de la convención estáticamente considerada que es todo ámbito óntico-práctico.<sup>555</sup>

551 “La convención puede muy bien establecer cómo en el futuro se adoptarán decisiones dentro de la propia convención”. *Ibidem*, p. 41.

552 *Ibidem*, p. 41.

553 *Ibidem*, p. 42.

554 *Idem*.

555 “Lo que interesa resaltar aquí es que la decisión, tanto extra como intrasistemática, es irrelevante cara a la consideración lógico-lingüística de la convención que todo ámbito es”. *Ibidem*, p. 43.

#### 4. *Diacronía y sincronía en el derecho*<sup>556</sup>

A pesar de que tanto en los juegos como en el derecho se dan decisiones extra e intrasistemáticas, presentan profundas diferencias. Mientras que la convención de la inmensa mayoría de los juegos es estática, *i. e.*, permanece inalterable una vez existente, el derecho está dotado de una enorme dinamicidad, que se manifiesta en la creación de nuevas reglas conforme a las existentes. Mientras las decisiones intrasistemáticas de los juegos son siempre resultado de la “aplicación” de las reglas del sistema, las decisiones del derecho suelen no sólo crear nuevas reglas, sino, incluso, modificar o extinguir las existentes.<sup>557</sup>

La investigación lógico-lingüística en ningún momento pretende negar el dinamismo jurídico; sin embargo, por razones meramente metodológicas, lo excluye de su consideración por irrelevante, para dar cuenta de la estructura formal del derecho. Los ámbitos que son el juego y el derecho son analizados, pues, desde un enfoque sincrónico.<sup>558</sup>

#### IV. LOS ELEMENTOS NECESARIOS DEL ÁMBITO ÓNTICO-PRÁCTICO

Son de dos tipos: aquellos que afectan e incluso condicionan la acción jurídica y la acción misma. Dentro del primer tipo quedan comprendidos: el espacio, el tiempo, los sujetos y la competencia.

##### 1. *El espacio*

###### A. *El espacio en los juegos*

“Es indiscutible que la acción de juego ha de tener lugar en un espacio físico determinado”.<sup>559</sup> Este espacio puede estar rígidamente formalizado previamente al juego por personas distintas a los jugadores, como sucede

<sup>556</sup> Los conceptos de diacronía y sincronía se deben a Ferdinand de Saussure. Véase Saussure, Ferdinand de, *Curso de lingüística general, cit.*, nota 102, pp. 145-240, 1982.

<sup>557</sup> *Ibidem*, p. 44.

<sup>558</sup> *Ibidem*, p. 45.

<sup>559</sup> *Ibidem*, p. 49.

en el caso del ajedrez, o delimitarse por los propios jugadores, como suele suceder en los partidos anormales de fútbol.

En los juegos en que intervienen hombres, normalmente existe una determinación reglamentaria de las dimensiones del área de juego. En estos casos debe distinguirse lo reglamentario de lo necesario. Puede suceder que un grupo de aficionados realicen un partido de fútbol en un parque sin que el área de juego por ellos determinada coincida con las dimensiones reglamentarias de un campo de fútbol.<sup>560</sup> No obstante, pueden jugar fútbol. Lo necesario es el área de juego, no un área de juego de determinadas dimensiones.<sup>561</sup>

La inexistencia de un espacio de juego es suficiente para la inexistencia de cualquier juego. Lo mismo puede decirse del derecho.<sup>562</sup>

### B. *El espacio en el derecho*

Al igual que en los juegos, el espacio (tradicional e impropriamente llamado “territorio”) constituye un elemento necesario del ámbito óntico-práctico que es el derecho. Su naturaleza es, evidentemente, convencional, y comprende tanto la idea de extraterritorialidad jurídica propia del derecho internacional como la de división territorial externa en subespacios.<sup>563</sup>

## 2. *El tiempo*

### A. *El tiempo en los juegos*

También constituye un elemento necesario del ámbito óntico-práctico. Aunque normalmente se prevén tanto el inicio como el final del juego, nada impide pensar en uno sin final predeterminado. Los puntos de refe-

<sup>560</sup> *Idem.*

<sup>561</sup> *Idem.*

<sup>562</sup> *Ibidem*, p. 50.

<sup>563</sup> *Ibidem*, pp. 50 y 51. Hay que destacar que lo que para Robles son elementos del ámbito óntico-práctico, tradicionalmente son considerados ámbitos de validez normativa. Concretamente, dice Kelsen: “Que la norma valga significa siempre que vale para algún espacio y para algún tiempo; esto es, que ella se refiere a una conducta que sólo puede producirse en algún lugar y en algún momento (aun cuando quizás no se produzca en la realidad)”. Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho*, cit., nota 79, p. 26.

rencia que marcarán el inicio y (en su caso) el final de un juego no tienen que coincidir con una indicación de tipo cronológico, como sucede con “los tiempos” del fútbol. Nada impide que el final de un juego sea determinado por un número de tantos.<sup>564</sup>

### B. *El tiempo en el derecho*

También en el derecho el tiempo es un elemento necesario. Es imposible pensar en un derecho que jamás haya comenzado.<sup>565</sup>

A diferencia de los juegos, que se dan cuando ha operado la concreción definitiva de sus elementos constitutivos, el derecho parte de ciertos elementos necesarios y suficientes para hacerlo funcionar como sistema autogenerable y autocorregible (derecho constitucional). De igual manera que el espacio puede organizarse internamente en subespacios, dentro del tiempo de todo derecho puede y de hecho suele haber subtiempos. Por ejemplo, los plazos del derecho procesal.<sup>566</sup>

Aunque generalmente los órdenes jurídicos nacen con pretensión de permanencia e incluso de perennidad, como todo lo humano, terminan. Esto sucede cuando los elementos necesarios establecidos por la convención desaparecen.<sup>567</sup>

## 3. *Los sujetos de la acción*

### A. *Los sujetos en los juegos: transitividad del status*

Ser jugador no es cualidad natural, sino convencional. En la mayoría de los juegos de hombres hay distintos tipos de jugadores según ciertas funciones.

Por ejemplo, en el fútbol se habla de los delanteros, los medios, los defensas, el portero.<sup>568</sup> En todo caso, es jugador quien puede realizar

<sup>564</sup> *Ibidem*, pp. 51 y 52.

<sup>565</sup> El comentario hecho en la cita anterior respecto del espacio es válido también respecto del tiempo, véase núm. 257.

<sup>566</sup> *Ibidem*, pp. 52 y 53.

<sup>567</sup> *Ibidem*.

<sup>568</sup> *Ibidem*, p. 54.

una acción lúdica de conformidad con lo establecido en el ámbito óntico-práctico.<sup>569</sup>

No se debe confundir al jugador con el hombre, pues un mismo hombre puede representar el papel de diversos jugadores. Quien normalmente es delantero puede fungir como portero cuando el guardameta oficial ha sido lesionado, y no es posible ya sustituirlo por otro guardameta (por ejemplo, porque se haya agotado el número de “cambios” permitido por el reglamento del fútbol).<sup>570</sup>

Si a cada posible forma de ser jugador la denominamos *status* y tal como hemos visto, los hombres pueden desempeñar diversos modos de ser jugador, podemos afirmar que los hombres pueden transitar de un *status* a otro. A este fenómeno se le puede denominar “transitividad del *status*”.<sup>571</sup>

## B. Los jugadores en el derecho

### a. Las personas

“Los sujetos en el derecho son las personas”.<sup>572</sup> Al igual que “jugador”, “persona” tampoco es una cualidad natural de quien se predica, sino un producto convencional; por ello no es correcto distinguir entre personas físicas y jurídicas y menos aún identificar a las primeras con hombres reales. “El orden jurídico se limita a señalar quién es sujeto potencial y bajo qué condiciones puede actuar como tal”.<sup>573</sup>

Estas cualidades corresponden a las capacidades jurídicas y de obrar. La primera señala “la condición de sujeto «titular de derechos y deberes»”.<sup>574</sup> La segunda determina el campo competencial dentro del que el sujeto está capacitado para actuar.<sup>575</sup>

<sup>569</sup> *Idem.*

<sup>570</sup> *Idem.*

<sup>571</sup> “Un determinado jugar ostenta un determinado *status* en un determinado momento, más tarde es posible que cambie de *status*”. *Ibidem*, p. 54.

<sup>572</sup> *Ibidem*, p. 56.

<sup>573</sup> *Idem.*

<sup>574</sup> *Idem.* Es de destacar la semejanza entre esta definición y la de Kelsen: “Ser «persona» o «tener personalidad jurídica» es idéntico a tener obligaciones jurídicas y derechos subjetivos”. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, *cit.*, nota 79, p. 183.

<sup>575</sup> *Ibidem*, p. 57.

La distinción tradicional entre competencia y capacidad pierde sentido en el ámbito conceptual y lo conserva sólo en el término lógico donde ‘competencia’ se reserva sólo para los órganos estatales, y ‘capacidad’, para las demás personas.

*b. Los órganos jurídicos: su relación con las personas y con el Estado*

Las personas físicas no necesitan de órganos, ya que generalmente pueden actuar por sí mismas. Cuando no es así, actúan a través de un representante el cual no debe ser confundido con un órgano, dado que es un centro de imputaciones jurídicas distinto al representado.<sup>576</sup>

Las llamadas personas jurídicas funcionan de manera diferente, actúan a través de órganos que en ningún momento pueden considerarse una persona distinta de aquélla a la que pertenecen. Precisamente dentro del contexto de las relaciones entre los órganos y las personas jurídicas se ubica el problema de las conexiones entre órgano estatal, Estado y orden jurídico.<sup>577</sup>

Es fácil probar que el Estado es una persona si se parte de la existencia de actos estatales; pero ¿qué relación guarda con la totalidad del orden jurídico? Las posibles respuestas son:

1) Que el orden jurídico crea una persona llamada Estado,<sup>578</sup> la cual coexiste con las otras personas del orden jurídico en cuestión. Bajo esta concepción se renuncia a la personificación del orden jurídico total, lo que impide “entender las relaciones y conflictos internacionales como relaciones y conflictos entre las totalidades jurídicas respectivas”.<sup>579</sup> Con ello se llega a conclusiones tan paradójicas como afirmar que la declaración de guerra sólo vincula a los órganos de gobierno que las realizan y a nadie más, lo que resulta contraintuitivo.

2) El Estado es la personificación del orden jurídico en su totalidad. Admitir esta postura equivaldría a aceptar que el Estado es la única per-

<sup>576</sup> “El representante actúa como actor mientras que el representado, a pesar de no actuar, es el autor de la acción realizada por el primero. Pero actor y autor son dos personas diferentes, dos centros de imputación distintas”. *Idem*.

<sup>577</sup> *Ibidem*, p. 58.

<sup>578</sup> *Ibidem*, p. 59.

<sup>579</sup> *Idem*.

sona jurídica y las que, desde otro punto de vista, serían personas, partes de él. Bajo esta concepción no se explicaría, por ejemplo, la celebración de contratos administrativos, pues sería tanto como afirmar que el Estado contrata consigo mismo.<sup>580</sup>

### c. Imputación y personificación

La solución al problema apuntado está en la diferenciación entre imputación, personificación y atribución.

Hay una imputación siempre que el resultado de una acción es predicado de un sujeto que puede ser el mismo que realizó la acción u otro distinto. Cuando el resultado es imputado al mismo sujeto que efectuó la acción, estamos en presencia de la personificación; cuando la imputación se hace a un sujeto distinto al que realizó la acción sin que ésta forme parte de aquél, entonces se da la representación, y cuando la imputación se hace a otro sujeto distinto al que ha llevado a cabo la acción, pero éste forma parte de aquél, entonces se dice que el segundo ha actuado como órgano del otro.

Por ejemplo: el gol anotado por un delantero no se le imputará a él sino al equipo para el que juega. Sin embargo, sí es él quien resulta sancionado cuando insulta a un árbitro. En estos casos, diríamos que el mismo sujeto ha funcionado en dos circunstancias distintas de manera diferente. En la primera, como órgano integrante de una persona a quien se le imputan las consecuencias de su acción y como persona en la segunda. De esto se puede concluir que no es que la imputación presuponga una persona como suele creerse, sino, al contrario, que la persona es determinada en la medida es que sea centro de imputación.

En conclusión, podemos decir que es persona el sujeto a quien se le imputan las consecuencias de la acción que ha realizado. En ocasiones no coinciden quien realiza dicha acción y a quien ella se imputa. En estos casos será persona el centro de imputación (independientemente) de que sea individual o colectivo y un simple autor-órgano quien haya realizado la acción.<sup>581</sup>

<sup>580</sup> *Idem.*

<sup>581</sup> *Ibidem*, pp. 60-62.

#### d. Imputación y atribución

Al lado de la imputación y la personificación debe considerarse la figura de la atribución.<sup>582</sup>

En el juego, independientemente de que una acción sea realizada por un sujeto y su resultado imputado a él mismo, o a otro, dichas acción y resultado son del juego en cuestión, *i. e.*, se atribuyen al juego. En este sentido, carece de significación distinguir entre órgano y persona jurídica ya que el elemento relevante es la acción en sí misma, bien sea de juego, bien sea jurídica.<sup>583</sup>

Una vez expuestos los conceptos de imputación y atribución, estamos en posibilidad de ofrecer una solución al problema de la relación entre Estado y orden jurídico.

La expresión ‘Estado’ admite dos acepciones “según corresponda al esquema de la imputación o al de la atribución”.<sup>584</sup> En el primer supuesto, Estado es sinónimo de sujeto-persona que actúa por medio de órganos. Equivale a la totalidad del ordenamiento jurídico que es a quien se imputan los resultados de la acción de sus órganos. Dentro de este esquema se realizan dos operaciones distintas que son la acción y la imputación, “de ahí que en ocasiones se utilice la personificación para el llamado aparato estatal y otras veces para la comunidad en su conjunto considerado como persona”.<sup>585</sup>

En su segunda acepción, el término ‘Estado’ no indica persona alguna, pues no interviene la técnica de la imputación. Desde esta perspectiva el Estado es el orden jurídico al que se atribuyen todas las acciones determinadas de conformidad con lo establecido en la convención que el derecho es.<sup>586</sup>

<sup>582</sup> *Ibidem*, p. 62.

<sup>583</sup> *Idem*.

<sup>584</sup> “Se entiende de esta manera que el término Estado pueda utilizarse con dos significados distintos, según que corresponda al esquema de la imputación o al de la atribución”. *Ibidem*, p. 63.

<sup>585</sup> *Idem*.

<sup>586</sup> *Idem*. Hay que destacar que en el concepto de sujeto, Robles parece fundir tanto los conceptos tradicionales de persona jurídica y ámbito personal de validez. Como puede verse, mientras Robles, en algún sentido, presenta en su teoría conceptos analogables a los del ámbito de validez especial, temporal y personal de Kelsen, no tiene conceptos equivalentes al del ámbito material.

#### 4. *Las competencias respectivas de los sujetos de la acción*

##### A. *Competencias y división de funciones*

“Otro de los elementos esenciales de todo ámbito óptico-práctico lo constituye la atribución de competencias a los sujetos de la acción”.<sup>587</sup> Puede ser que ésta se dé a la manera de la división del trabajo según las distintas funciones de cada tipo de sujetos, como sucede en el caso del fútbol o, de manera simple, como acontece con el baloncesto. En el caso del derecho, es innegable la compleja red de competencias distintas al interior del ámbito óptico-práctico que es.<sup>588</sup>

##### B. *Concepto de competencia*

###### a. *Competencia y capacidad*

“Competencia significa, en principio, capacidad para realizar una acción”.<sup>589</sup> El término presenta diversas acepciones en el lenguaje coloquial: por una parte significa idoneidad para desempeñar determinada acción y por otra, implica una valoración. Por ejemplo: “Los abogados son los competentes para litigar en tribunales” (primer sentido) y “el profesor de teoría política es muy competente, explica muy bien” (segundo sentido). Para los efectos de este trabajo, el segundo sentido es irrelevante.<sup>590</sup>

###### b. *Competencia y poder*

Que alguien sea competente para jugar determinado juego significa que puede jugar. Sin embargo, este poder no es equivalente a capacidad física, pues presupone una competencia que constituye un poder conven-

<sup>587</sup> *Ibidem*, p. 64. Nótese como, continuando la analogía entre el concepto kelseniano y el de Robles, los elementos necesarios del ámbito óptico-práctico no son del todo analogables a los conceptos del ámbito de validez. Si hubiera de buscarse una analogía a este cuarto elemento (la competencia) los más próximos serían los conceptos de competencia o capacidad, ambos conceptos jurídicos fundamentales.

<sup>588</sup> *Idem*.

<sup>589</sup> *Ibidem*, p. 65.

<sup>590</sup> *Idem*.

cional. Que un jugador sea competente quiere decir no sólo que puede realizar la acción de juego sino que, si dicha acción ha de tener lugar, es él quien tiene que efectuarla.<sup>591</sup>

### c. Carácter necesario de la acción

Competencia y poder deben ser claramente diferenciados. Mientras el ejercicio del poder es contingente, en el sentido de que puede llevarse a cabo la acción para la que se es competente, o no, la competencia es un presupuesto imprescindible para que se dé el poder.<sup>592</sup> Sólo quien es competente para realizar una acción puede o no realizarla.

De esta manera se contradice la opinión generalizada de que el poder prevalece sobre la competencia.<sup>593</sup>

Por otra parte, la necesidad de la competencia se manifiesta también en la realidad sujeto-acción, ya que por virtud de la competencia si la acción ha de efectuarse “tiene que”, necesariamente, ser realizada por el sujeto competente, y no otro.<sup>594</sup>

### d. Competencia y libertad

El poder es un agregado a la competencia. Es “la contemplación subjetiva de la necesidad”.<sup>595</sup> El poder se manifiesta así, como la totalidad de posibilidades de acción dentro del marco general delimitado por la competencia. Aunque el sujeto “no es libre respecto de su competencia”,<sup>596</sup> si ha de realizar la acción para la que es competente, sí lo es respecto a la forma concreta en que esa acción ha de verificarse. Por ejemplo: si un jugador ha decidido ejecutar un penalti, necesariamente tiene que observar ciertas prescripciones, como patear el balón, hacerlo desde una distancia determinada, contra la portería del equipo contrario, etcétera; pero es

<sup>591</sup> *Ibidem*, pp. 65 y 66.

<sup>592</sup> *Ibidem*, p. 66.

<sup>593</sup> *Idem*.

<sup>594</sup> “La competencia... constituye un elemento necesario de la acción y previo a la misma; es en este sentido, aunque sólo en éste, en el que la competencia no expresa poder o libertad, sino necesidad”. *Ibidem*, p. 67.

<sup>595</sup> *Idem*.

<sup>596</sup> *Idem*.

libre de ejecutar el disparo con la pierna derecha o la izquierda, chutar después de haber corrido hacia el balón o hacerlo estando de pie, etcétera.

#### e. Carácter convencional de la competencia

Tanto en los juegos como en el derecho encontramos las más diversas acciones, como acciones de juego o acciones jurídicas. Por ejemplo, desde un punto de vista externo, nada hay de común entre lo que hace un portero y un delantero en el fútbol, o entre el *pitcher* y el *catcher* en el beisbol. Si acciones tan disímbolas pertenecen a un mismo juego, no puede haber otra razón sino la determinación convencional de que sea así.<sup>597</sup>

#### C. Competencia y condición estratégica

Debe distinguirse la división competencial de la división estratégica. “Alguien podría preguntar si en el fútbol, además de la competencia entre el portero y los librecampistas, no hay también una división de competencias entre estos últimos relativa a los defensas, los medios y los delanteros”.<sup>598</sup> Contestar afirmativamente a esta cuestión sería equivocado ya que todos los librecampistas son competentes para hacer exactamente lo mismo; tanto un delantero puede impedir el paso del equipo contrario en la zona próxima a la portería de su equipo, como un defensa anotar un gol. De hecho, la distribución estratégica de los librecampistas puede variar de un momento a otro según el desarrollo del partido. Un equipo que tiene el marcador en contra puede tornar su juego más agresivo mandando a los medios a jugar como delanteros y viceversa, un equipo con marcador a su favor puede replegar a los medios a la defensa con la finalidad de afianzar la ventaja. La distribución entre competencia y estrategia, es pues, evidente.<sup>599</sup>

#### D. Competencia y decisión

La competencia también es un presupuesto para la toma de decisiones intrasistemáticas, inmanentes y dirimentes.

<sup>597</sup> *Ibidem*, pp. 67-69.

<sup>598</sup> *Ibidem*, p. 69.

<sup>599</sup> *Ibidem* pp. 69 y 70.

Aunque normalmente la toma de decisión y la ejecución son momentos distintos a la decisión, nada impide que puedan darse separadamente, como sucede cuando un órgano es el que toma la decisión y otro quien la ejecuta (poderes Judicial y Ejecutivo en el caso del derecho).<sup>600</sup>

Entre las decisiones inmanentes y las dirimentes hay una gran diferencia. Mientras las primeras son decisiones que consisten en una participación de la acción de juego, las dirimentes van dirigidas a esas acciones de juego.<sup>601</sup>

### E. *Competencia total*

La competencia total no es sino el conjunto de todas las competencias de un ámbito óntico-práctico.<sup>602</sup> Ella ha sido denominada tradicionalmente con el término ‘soberanía’.<sup>603</sup>

Sin embargo, no debe confundirse competencia total con ámbito onto-práctico ya que éste incluye, además un conjunto de sujetos, de procedimientos y elementos espacio-temporales.<sup>604</sup>

### F. *Competencias jurídicas y análisis sincrónico*

Ha quedado claro que las competencias lúdicas y jurídicas son entes convencionales. Sin embargo, existe un matiz en las segundas, que debe ser puesto de relieve: a diferencia de las primeras, generalmente establecidas de una vez por todas en una sola emisión, las segundas se autogeneran intrasistemáticamente una vez establecidas unas primeras compe-

600 “La toma de decisión y la ejecución son dos momentos de decisión que normalmente van unidos en el juego, aunque excepcionalmente puede que no ocurra así, si es alguien quien decide y otro quien ejecuta la decisión”. *Ibidem*, p. 70.

601 *Ibidem*, pp. 70-72.

602 “La competencia total integra una suma de competencias de contenido heterogéneo, a pesar de lo cual es una verdadera suma ya que el elemento decisivo de la competencia no es su contenido, sino el ser algo convencionalmente establecido”. *Ibidem*, p. 72.

603 “Esta misma idea se expresa en la teoría del derecho con el término soberanía”. *Ibidem*, p. 72.

604 *Idem*.

tencias conforme a las cuales se puedan producir otros sujetos y otras competencias.<sup>605</sup>

El recurso metodológico que permite hablar del derecho como un producto acabado es el análisis sincrónico.<sup>606</sup>

### G. *Competencia jurídica y capacidad de obrar*

Entre competencia jurídica y capacidad de obrar no existe distinción conceptual alguna; ambas deben ser entendidas como la acción creada por y perteneciente al ámbito. Desde este punto de vista, la capacidad o competencia comprenden tanto acciones lícitas como ilícitas, distinguiéndose unas de otras por las consecuencias que llevan aparejadas.<sup>607</sup>

Por otra parte, competencia y capacidad no están necesariamente vinculadas a las técnicas de personificación e imputación.<sup>608</sup> Como ya se dijo, la única diferencia entre capacidad y competencia está en los referentes designados por cada una: personas físicas en un caso y jurídicas en el otro.

### H. *Competencia y derecho subjetivo*

El concepto de derecho subjetivo se vincula con la capacidad jurídica, como con la de obrar. Es expresión de la capacidad jurídica “ya que indica la titularidad de un sujeto de derecho, referida al objeto del derecho subjetivo”,<sup>609</sup> sin que en ello se agote dicha capacidad, pues también ella se manifiesta en la titularidad de deberes.

Por otra parte, el derecho subjetivo se vincula a la capacidad de obrar en el sentido de que sólo quien es titular puede realizar ciertas acciones en el ámbito jurídico.<sup>610</sup>

<sup>605</sup> *Ibidem*, p. 73.

<sup>606</sup> *Idem*.

<sup>607</sup> *Idem*.

<sup>608</sup> “El problema de la competencia y de la capacidad de obrar no tiene por qué estar vinculado a la técnica de la personificación e imputación”. *Ibidem*, p. 74.

<sup>609</sup> *Ibidem*, p. 75.

<sup>610</sup> *Ibidem*, pp. 75 y 76.

## 5. El procedimiento de la acción

### A. Movimiento, acto y acción

Espacio, tiempo, sujetos de la acción y competencia son los elementos necesarios del ámbito óptico-práctico que afectan a la acción, pero no la acción misma.

No obstante ser común considerar a la acción el resultado de un procedimiento, no es correcto decir que aquello a lo que nombramos procedimiento es en realidad la acción. Esto se demuestra fácilmente si consideramos que al finalizar una acción dicha acción ha terminado.<sup>611</sup>

La acción (entendida como procedimiento) está constituida por elementos denominados actos, *i. e.*, de significados que en conjunto y en sentido sucesivo constituyen una acción. Por ejemplo, los pasos (actos) de un andar (acción).<sup>612</sup>

A su vez, cada acto puede descomponerse en nuevos elementos que, aunque en conjunto lo constituyen, carecen de sentido como unidad significativa. Por ejemplo, el inicio de flexión de la rodilla efectuada al dar un paso.<sup>613</sup>

### B. Actividad

Es un conjunto de acciones que no pierden sentido de unidad por el hecho de ser suspendidas temporalmente.<sup>614</sup> Es actividad tanto la realizada diariamente por un pescador profesional como la efectuada por un aficionado que pesca todos los domingos, o quien lo hace de vez en cuando. En los tres casos se da en común que la acción sea llevada a cabo en cier-

<sup>611</sup> “Una acción es la utilización de un procedimiento y no la consecución de un resultado. Lo que ocurre es que normalmente la acción produce un resultado y es por ello por lo que cuando se dice «alguien ha realizado una acción» suele traducirse esta frase por esta otra: «alguien ha conseguido un resultado»”. *Ibidem*, p. 77.

<sup>612</sup> “La acción es un acto o conjunto de actos considerados unitariamente”. *Ibidem*, p. 78.

<sup>613</sup> *Ibidem*, pp. 78 y 79.

<sup>614</sup> *Ibidem*, p. 79.

to momento para entrar en estado de “latencia” posteriormente (incluso en el caso del pescador profesional, pues no pesca todo el día).<sup>615</sup>

### C. *Carácter convencional de la acción*

Aunque toda acción tiene un referente en el mundo fáctico, debemos tener presente que en sentido estricto no existen acciones ni actos físicos, pues acto y acción no son sino el significado lingüístico que particulariza esa porción de la realidad empírica, dotándole de sentido.<sup>616</sup> Por ejemplo, el mismo hecho de que un hombre en la calle levante el brazo puede ser entendido como diversos actos dependiendo de la multitud de interpretaciones que se le puede dar. Puede significar un saludo a distancia, una llamada de atención a un taxi o un saludo político. Es en el plano intersubjetivo u objetivo donde los actos y las acciones adquieren identidad como ente independiente de las interpretaciones de los individuos aislados.<sup>617</sup>

Hay que distinguir, por otra parte, el resultado de la acción, o sea la acción en su momento último, de la consecuencia de la acción, la cual, aunque estrictamente vinculada con ésta, no es un elemento competente de la misma.<sup>618</sup>

### D. *El procedimiento*

“Que la acción es convencional quiere aquí decir que el significado que se conecta al componente natural, o sea, a un conjunto de movimientos es sólo posible debido a la preexistencia de un procedimiento”.<sup>619</sup>

El procedimiento no es otra cosa que la acción genérica la cual permite numerosas concreciones de la acción, *i. e.*, múltiples acciones concretas subsumibles en ella. “El procedimiento concreto se identifica de esta manera con la acción concreta”.<sup>620</sup>

<sup>615</sup> *Ibidem*, pp. 79-81.

<sup>616</sup> *Ibidem*, p. 82.

<sup>617</sup> *Idem*.

<sup>618</sup> “Resultado de la acción no es la misma consecuencia. El resultado es un componente intrínseco de la acción, mientras que la consecuencia es el efecto del resultado”. *Ibidem*, p. 83.

<sup>619</sup> *Ibidem*, p. 84.

<sup>620</sup> *Idem*.

### a. Procedimiento genérico individual

No es sólo la determinación genérica de la acción que puede ser concretada por un sujeto individualmente considerado. Por ejemplo, supongamos el caso de un libre campista. La acción genérica propia de este sujeto puede describirse como un conjunto de movimientos físicos que pueden ser: hacerse con el balón y procurar colocarlo estratégicamente utilizando todo el cuerpo salvo los brazos. Supongamos que Pelé va al encuentro del balón enviado por Brito, lo recibe, corre con él por la banda y centra a Tostao, ya próximo a la esquina en dirección a la meta contraria. Evidentemente la acción ejecutada por Pelé es subsimilable en la acción descrita, *i. e.*, constituye una acción o procedimiento concreto.<sup>621</sup>

### b. Procedimiento genérico colectivo

Lo dicho respecto al procedimiento genérico individual es perfectamente aplicable al colectivo, con la única diferencia de que éste, a diferencia de aquél, hace referencia no a un sujeto individual sino a un sujeto colectivo. Por ejemplo: un equipo de fútbol.<sup>622</sup>

### c. Silencio procedimental

El procedimiento genérico no determina exhaustivamente todos los posibles movimientos del procedimiento concreto. Respecto de aquellos movimientos sobre los que no se dice nada, el sujeto tiene absoluta libertad de acción. Por ejemplo, el procedimiento genérico para la ejecución de un penalti no dice si ha de golpearse con la punta del zapato o con el canto de él. Respecto de estas posibles acciones concretas hay silencio procedimental.<sup>623</sup>

<sup>621</sup> *Ibidem*, pp. 85 y 86.

<sup>622</sup> *Ibidem*, p. 86.

<sup>623</sup> *Ibidem*, pp. 87 y 88.

## F. Conducta

“Por conducta entendemos la acción (o actividad) contemplada por una regla deóntica (o norma)”.<sup>624</sup> La norma establece un deber y exige una conducta. A diferencia del resto de las acciones, la conducta está sujeta a valoración axiológica.<sup>625</sup>

## V. EL CONCEPTO DE REGLA Y SUS TIPOS

### 1. *Ente convencional y lenguaje*

Lo necesario es lo opuesto a lo contingente o posible, es el conjunto de propiedades sin alguna de las cuales algo dejaría de ser lo que es y cuya manifestación es un ente.<sup>626</sup>

Un ente convencional es la manifestación de un ser creado a través de convención o acuerdo, antes del cual no existió.<sup>627</sup> Su naturaleza es lingüística y cuando se dirige a la acción humana puede dar lugar a un ámbito práctico o a un ámbito óntico-práctico.<sup>628</sup> Ejemplo del primero es la moral, y del segundo son los juegos y el derecho.

### 2. *¿Qué es una regla?*

#### A. *El uso del lenguaje normal y la necesidad de la construcción hermenéutica de la regla*

Muchas palabras son empleadas muy ambiguamente en cualquier tipo de discurso. Por ejemplo, en la oración “te prometo que he estudiado” el verbo es empleado incorrectamente, pues lo que en realidad quiere decir es “te aseguro que he estudiado”.<sup>629</sup> Este tipo de ambigüedades son re-

<sup>624</sup> *Ibidem*, p. 88.

<sup>625</sup> *Ibidem*, pp. 88 y 89.

<sup>626</sup> “El ser es la expresión de la necesidad, puesto que, como ser, es y no puede dejar de ser lo que es”. *Ibidem*, p. 93.

<sup>627</sup> *Idem*.

<sup>628</sup> *Ibidem*, pp. 94 y 95.

<sup>629</sup> *Ibidem*, p. 96.

sueñas únicamente mediante una labor de construcción lingüística consistente en, a partir del mal empleo de una expresión, desentrañar su correcto significado.<sup>630</sup>

La palabra “regla” es ambigua. Posee una multitud de sentidos, entre los cuales figuran: instrumento que sirve para medir, precepto o prescripción, etcétera... De sus diversos significados, aquí interesa sólo el que se vincula a la acción humana.<sup>631</sup>

### B. Regla y sistema proposicional

El significado de una proposición lingüística es una proposición.<sup>632</sup> Cuando ella va dirigida a orientar la acción humana, ya sea directa o indirectamente, estamos en presencia de una regla.

No hay nada misterioso ni de difícil comprensión al afirmar que existen distintos “tipos” de reglas: morales, religiosas, lúdicas, jurídicas, etcétera. Lo que las caracteriza tipológicamente no es sino su pertenencia a un sistema proposicional determinado, fuera del cual carecen de sentido como reglas de cierta especie. Por ejemplo, la proposición “no matarás” puede ser considerada como precepto moral, religioso o jurídico, dependiendo del sistema en que se inserte.<sup>633</sup>

Los juegos son como el derecho, los entes convencionales por virtud de los cuales las reglas que los constituyen adquieren sentido: dirigir la acción (elemento práctico de los ámbitos ónticos).

El ámbito óntico-práctico es, en última instancia, un sistema de significados interdeterminados.<sup>634</sup>

La identificación de las reglas que integran un ámbito óntico-práctico se logra a través de un reduccionismo de los significados únicos no interdefinibles presentes en todo el sistema de reglas. Dichos significados se concretan en los tres modos verbales “ser”, “deber” y “tener que”.

630 “Un análisis lingüístico de la frase «te prometo que he estudiado la acción» destacaría que, a pesar del uso del verbo prometer, la frase no es expresión de una promesa y que, tanto, el verbo prometer no significa aquí hacer una promesa”. *Ibidem*, p. 96.

631 *Ibidem*, p. 97.

632 “La regla es, pues, el significado de una expresión lingüística. Es una proposición”. *Ibidem*, p. 97.

633 *Ibidem*, pp. 97 y 98.

634 *Idem*.

### C. Reglas directas y reglas indirectas de la acción

Que las reglas dirijan directamente la acción significa que exigen un determinado comportamiento.<sup>635</sup>

Las reglas directas de la acción pueden ser de dos tipos: técnico-convencionales, si necesariamente han de ser observadas para que la acción prevista sea una *acción de juego*; o deónticas, si el mismo ámbito prevé la posibilidad de su infracción o inobservancia.<sup>636</sup>

Las reglas indirectas de la acción son denominadas reglas ónticas y son las que constituyen los elementos necesarios de todo ámbito óntico-práctico: sujetos, espacio, tiempo y competencia.<sup>637</sup>

Cada una de éstas se manifiesta sintácticamente por los verbos “tener” que (reglas técnico-convencionales) “deber” (reglas deónticas) y “ser” (reglas ónticas).<sup>638</sup>

### D. La regla como exigencia orientativa de la acción

Conforme a lo expuesto, podemos decir que las reglas de un ámbito óntico-práctico tienen en común una función orientadora de la acción.<sup>639</sup> Sin embargo, para entender con claridad qué significa la expresión orientadora de la acción es menester distinguir la palabra “orientación” de otras con las que puede ser confundida. Particularmente de: descripción, explicación y predicación.<sup>640</sup>

#### a. Las reglas no son descripciones de la acción

Toda descripción presupone aquello que se busca describir o se describe. En los ámbitos óntico-prácticos la acción no es descrita, sino creada mediante reglas. Es por virtud de la creación de un ámbito que el pa-

<sup>635</sup> *Ibidem*, p. 99.

<sup>636</sup> *Idem*.

<sup>637</sup> *Ibidem*, p. 100.

<sup>638</sup> *Ibidem*, pp. 99 y 100.

<sup>639</sup> *Ibidem*, p. 101.

<sup>640</sup> *Idem*.

ricidio es algo totalmente distinto a otras formas de privación de la vida humana.<sup>641</sup>

*b. Las reglas no son esquemas explicativos de la acción*

Entendiendo explicación como la exposición de las causas que dan lugar a algo, no se puede afirmar (como pretenden muchos realistas sociólogos o psicólogos) que las reglas sean esquemas explicativos de la conducta humana. Las reglas no pueden ser reducidas a su eficacia real pues regla y eficacia corresponden a esferas de realidad diferente: lingüística la una y empírica la otra.<sup>642</sup>

No son reglas los elementos antecedentes de conductas consecuentes, sino y sólo parcialmente, los estímulos positivos o negativos que, con base en ellas, se aplican en el mundo real para inhibir o motivar comportamientos.

La regularidad de conducta (centro de análisis de las teorías empiristas) sin el esquema interpretativo que ofrecen las reglas jurídicas, se convierte en un caos de comportamientos sociales.<sup>643</sup>

¿Cómo podríamos comprender qué es el endoso de un título valor y sus consecuencias ignorando las reglas jurídicas que han creado la “acción” (en sentido procesal)?

*c. Las reglas no son predicciones*

Según la corriente denominada realismo norteamericano, las reglas jurídicas son fórmulas en que se concretizan predicciones del comportamiento judicial en casos análogos. Su punto de partida es, al igual que para los sociólogos y psicólogos, la regularidad del comportamiento. A diferencia de aquellas teorías, no pretende un *status* de investigación científica sino pragmática, primordialmente orientadora de los abogados. Las críticas hechas a las posturas analizadas en el epígrafe anterior son aplicables a esta versión de realismo.<sup>644</sup>

<sup>641</sup> *Ibidem*, pp. 101 y 102.

<sup>642</sup> *Ibidem*, pp. 102 y 103.

<sup>643</sup> *Ibidem*, pp. 105 y 109.

<sup>644</sup> *Ibidem*, pp. 109-112.

#### d. La función de las reglas y de los ámbitos óntico-prácticos

Aunque todas las reglas de los ámbitos óntico-prácticos presentan rasgos comunes como su origen convencional u orientar la acción humana, podemos distinguir entre ellas diferentes tipos conforme a las funciones que cumplen. Esta diversidad de funciones se refleja en la naturaleza lingüístico-verbal de las proposiciones que las reglas son: ser (ónticas), tener que (técnico-convencionales), deber (deónticas).<sup>645</sup> Estas proposiciones pueden entenderse, usando un símil de la física, como fuerzas vectoriales que actúan sobre la acción humana ya sea de manera directa o indirecta. En este sentido, las reglas deónticas y técnico-convencionales constituyen un tipo especial de proposiciones: son proposiciones prácticas.<sup>646</sup>

### 3. Tres tipos de reglas

Tanto en algunos juegos de hombres como en el derecho, existen pues, tres tipos de reglas o proposiciones atendiendo a su función vectorial:

- Las reglas ónticas
- Las reglas técnico-convencionales
- Las reglas deónticas

Las ónticas y las técnico-convencionales son necesarias a todo juego. Las deónticas aparecen sólo en algunos. En el derecho se dan los tres tipos.<sup>647</sup>

<sup>645</sup> *Ibidem*, pp. 113-115.

<sup>646</sup> *Ibidem*, pp. 115 y 116.

<sup>647</sup> *Ibidem*, pp. 116 y 117. El antecedente más remoto de la concepción del derecho como un sistema integrado por reglas de tres tipos se encuentra en 1981, año en el que, en Viena, es redactado el artículo "Norma y regla técnica". Véase Robles, Gregorio, "Norma y regla técnica", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, Madrid, núm. 67, 1982. Una versión corregida del mismo es la que se agrega como apéndice a *Las reglas del derecho, cit.*, nota 84; el mismo 1982 Robles expone por primera vez su teoría del derecho como un sistema integrado por tres tipos de reglas. Ese año también aparecen *Epistemología y derecho* y *Tres tipos de reglas en el derecho*, véase Robles, Gregorio, *Epistemología y derecho*, Madrid, Pirámide 1982, donde en la introducción, se alude a los tres tipos de reglas (pp. 18-24) la primera versión de la trilogía de reglas apa-

## VI. LAS REGLAS ÓNTICAS

1. *El concepto de regla óntica: carácter vectorial del ser*

Como se ha dicho, las reglas ónticas crean los elementos necesarios del ámbito óntico-práctico.<sup>648</sup>

No son reglas directas de la acción, sino indirectas, en el sentido en que establecen los elementos que la acción presupone.<sup>649</sup> Sin embargo, de igual manera que de una proposición bicondicional se pueden inferir dos condicionales distintas, de las reglas ónticas se pueden deducir reglas técnicas. Por ejemplo, de la regla óntica que establece que el tablero de ajedrez tiene 64 cuadros, se puede inferir la que dice: si quieres jugar ajedrez, tienes que hacerlo en un tablero de 64 cuadros.<sup>650</sup> No obstante ambos tipos de reglas son distintos por su manera de orientar la acción: indirectamente la una y directamente la otra y por su expresión verbal: ser y tener que. Mientras que las reglas técnico-convencionales establecen la acción propiamente dicha (procedimiento), las ónticas sólo pueden señalar la acción ya acabada.<sup>651</sup>

rece en 1985. “Tres tipos de reglas en el derecho”, *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, Palma de Mallorca, 1985, 11, pp. 113-128, la cual fue traducida al francés. Robles, Gregorio, “Trois types de règles dans le droit”, *Revue de Recherche Juridique. Droit Prospectif*, Aix Marseille, trad. de V. Martínez Bretones, pp. 335-355. El libro de *Las reglas de derecho y las reglas de los juegos* aparece en 1984. En 1986 es objeto de una recepción por Rodilla, Miguel Ángel, “El derecho y los juegos. Utilidad y límites de una analogía”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, pp. 549-567. La réplica de Robles aparece en el mismo número de la revista. Véase Robles Gregorio, “La comparación entre el derecho y los juegos (réplica a Miguel Ángel Rodilla)”, *Anuario de la Filosofía del Derecho*, Madrid, pp. 580-607, 1986. En 1987 aparece la versión alemana. Véase *Rechtsregeln und Spielregeln...*, *cit.*, y “Recención”, *Sociologia e diritto*, Sartori, Giovanni, “Le regole del diritto e le regole dei giochi”, *Sociologia del Diritto*, 1987/2. La segunda edición en castellano está próxima a aparecer bajo el sello de imprenta de la UNAM.

<sup>648</sup> *Op. cit.*, nota 84, p. 121.

<sup>649</sup> *Ibidem*, p. 122.

<sup>650</sup> *Ibidem*, pp. 122 y 123.

<sup>651</sup> *Ibidem*, pp. 123 y 124.

## 2. Reglas ónticas y definiciones

### A. Definición y conocimiento

El concepto no es un ente natural sino una construcción mental cuyo sentido es la comprensión de algo. La conceptualización presupone el conocimiento de lo conceptualizado.<sup>652</sup>

La definición no es otra cosa sino la caracterización lingüística de un concepto. Aunque tiene una estrecha relación con la denominación, es una operación totalmente distinta. Podemos perfectamente definir un concepto que no tenga un nombre propio, e incluso, sólo después de definirlo “bautizarlo”, como sucede cuando construimos nuevos conceptos.<sup>653</sup>

### B. Definición y regla óntica

Contrariamente a lo que sucede con las definiciones, las reglas ónticas no son caracterizaciones de algo preexistente (concepto), sino que crean algo que posteriormente puede ser objeto de definición.<sup>654</sup> Lo creado por dichas reglas son los elementos necesarios del ámbito óntico-práctico, lúdico o jurídico: sujeto, competencia, espacio y tiempo.

### C. Las definiciones legales

Es común la afirmación: “algunas reglas jurídicas definen”. Equivale a decir que previa a la supuesta definición legal existe un ente que es el definido. Bajo esta perspectiva, por ejemplo, la tipificación de homicidio no es otra cosa que la definición legal de privar de la vida a un hombre.<sup>655</sup>

Una de las razones más poderosas de la confusión de tomar a las reglas ónticas por definiciones es, sin embargo, la forma en que suelen expresarse: ‘la compraventa es...’, ‘el homicidio es...’, etcétera.<sup>656</sup> No obstante, como se ha visto, las reglas ónticas no definen, sino que crean

<sup>652</sup> *Ibidem*, p. 124.

<sup>653</sup> *Ibidem*, pp. 125 y 126.

<sup>654</sup> *Ibidem*, p. 126.

<sup>655</sup> *Ibidem*, p. 128.

<sup>656</sup> *Idem*.

entes. Esto puede comprobarse fácilmente si se tiene en cuenta las diversas conexiones preposicionales que se hacen a aquello que es supuestamente definido y que carece de equivalente en el mundo fáctico.

En este sentido estricto no existen en la naturaleza acción penal, garantías jurisdiccionales, penas de prisión, etcétera, para quien priva de la vida a otro hombre. Todo ello es aplicable a la construcción artificial del homicida.

Debe aclararse que al decir que el derecho es un ámbito óptico-práctico en el que todo es creación convencional no se está negando la influencia que la realidad preexistente puede tener en los órganos jurídicos concretos ni en el conocido fenómeno de la recepción. Simplemente, ése es un problema distinto al que interesa abordar aquí.<sup>657</sup>

### 3. *Poner nombre a las cosas y reglas ópticas*

La denominación es la imputación convencional de una expresión a un referente con fines de identificación. Si la relación entre la denominación y lo denominado fuera necesaria, no se podría dar el fenómeno de que lo mismo puede tener distintos nombres en diferentes idiomas. Esto nos lleva a concluir que la denominación presupone la existencia de un objeto. Como consecuencia, tenemos que afirmar: denominación no es creación y por tanto la función de las reglas ópticas no puede ser denominativa.<sup>658</sup>

## VII. LAS REGLAS TÉCNICAS

### 1. *La regla técnico-causal*

Tradicionalmente se ha considerado a las reglas técnicas como las que señalan los medios necesarios para alcanzar un fin, siendo tanto medios como fines, pertenecientes al mundo material.<sup>659</sup> si son formuladas no

<sup>657</sup> “Personalmente no acepto la idea de una naturaleza productora de normas ni tampoco la existencia de un derecho natural bajo cualquiera de sus históricas formas. Pero sería miope no admitir que la vida humana que se desenvuelve en un mismo marco civilizatorio (*sic*) posee a lo largo del tiempo exigencias básicas que se repiten y a las que el derecho tiene que responder”. *Ibidem*, p. 131.

<sup>658</sup> *Ibidem*, pp. 131-138.

como proposición descriptiva, sino prescriptiva, las reglas técnico-causales vienen a señalar la acción que necesariamente ha de ser observada si se quiere obtener un determinado fin.<sup>659</sup>

La regla técnico-causal como proposición descriptiva de una regularidad del mundo de la naturaleza puede representarse así:

Si C es, E es.  
O, de manera más correcta:  
Si (C es) es (E es)<sup>660</sup>

Cabe destacar que el verbo ser en estas reglas no cumple una función como sucede con: Si x es un hombre, x es racional, sino de índole causal. Actúa como sinónimo de suceder o acontecer.<sup>661</sup>

La regla técnico-causal como proposición prescriptiva, aunque guarda una estrecha semejanza con la técnico-causal científico-natural, se distingue por la presuposición necesaria de un agente. Su formulación puede hacerse así:

Si quieres F, tienes que M.  
O, de forma más general e impersonal:  
Si un sujeto quiere (desea) F, tiene que M. <sup>662</sup>  
Donde F = fin, y M = medio.

Para algunos autores el nexo verbal de este tipo de reglas es “debe” o “debe ser” y por ello hablan de “normas técnicas”.<sup>663</sup> Ello es inadecuado ya que, mientras las normas implican la posibilidad de infracción, las técnico-causales son infringibles. La confusión tiene su origen, en buena medida, en los usos comunes del lenguaje, que toman “tener” y “deber” como términos intercambiables.<sup>664</sup>

<sup>659</sup> *Idem.*

<sup>660</sup> *Idem.*

<sup>661</sup> *Ibidem*, p. 142.

<sup>662</sup> *Ibidem*, p. 143.

<sup>663</sup> En realidad la alusión indirecta es la hecha a Von Wright. Más adelante tendremos oportunidad de analizar este comentario con todo detenimiento. *Idem.*

<sup>664</sup> El ‘tener que’ de Robles da cuenta de una distinción conceptual del alemán en el que se diferencia *sollen* (deber) de *müssen* (tener que). *Ibidem*, pp. 144 y 145.

## 2. Necesidad causal, necesidad lógica y necesidad convencional

Tradicionalmente se ha considerado que la necesidad sólo es dable en la naturaleza.

Sin embargo, al lado de la necesidad natural existen la necesidad lógica y la necesidad convencional. Consecuentemente, además de las reglas técnico-causales científico-naturales existen reglas técnico-causales, lógicas y convencionales.<sup>665</sup>

## 3. La regla técnico-lógica

“Las reglas de la lógica expresan la necesidad, en virtud de la cual las proposiciones lingüísticas de un razonamiento correcto están entrelazadas entre sí mediante un vínculo necesario”.<sup>666</sup>

La regla técnico-lógica establece, pues, cómo habremos de pensar si queremos que nuestro razonamiento sea válido. No establecen obligación alguna. Simplemente nos dicen que si queremos efectuar una inferencia válida, necesariamente tenemos que pensar en cierta manera.<sup>667</sup> En el caso del silogismo:

Todos los hombres son mortales  
Sócrates es hombre, luego  
Sócrates es mortal.

No podemos decir que quien acepte sus premisas esté o obligado a obtener la conclusión apuntada. Ella se desprende necesariamente de dicha aceptación.

### A. Regla técnico-convencional y regla técnico-lingüística

Las reglas del lenguaje tienen un aspecto convencional y otro necesario. Son convencionales en el sentido de ser producto de un acuerdo entre los

<sup>665</sup> *Ibidem*, p. 145.

<sup>666</sup> *Idem*.

<sup>667</sup> “La regla técnico-lógica es una regla dirigida a la acción del pensamiento que establece cómo tenemos que pensar o argumentar si deseamos que nuestro razonamiento sea válido”. *Idem*.

hombres son necesarias dado que son la manifestación externa de la lógica. “No puede separarse el encadenamiento lógico del razonamiento del encadenamiento de las proposiciones lingüísticas en que esto consiste”.<sup>668</sup>

Al lado de estas reglas lingüísticas manifestación de la lógica existen otras cuya naturaleza es puramente convencional. Por ejemplo, en el caso de la denominación nada vincula lógicamente a que algo (una casa) sea denominada con cierta expresión y no otra (casa). Sin embargo, palabra (casa) tendremos que emplear el término acordado si queremos tener éxito en la comunicación.<sup>669</sup>

### *B. La regla técnico-lógica y la pluralidad de las lógicas*

El hecho de que existan diferentes lógicas no invalida la afirmación: “la regla lógica es una regla técnica y por tanto necesaria”. Ello se aclara si consideramos que la condicionalidad de toda regla lógica es plenamente consistente desde el interior del sistema a que ella pertenece. Ello vale incluso para la lógica de la argumentación siempre y cuando se expliciten las premisas que subyacen al razonamiento exteriorizado.<sup>670</sup>

## *4. La regla técnico-convencional*

### *A. Concepto*

Al lado de las reglas técnico-causales y técnico-lógicas existen las técnico-convencionales, que son las que aparecen en los ámbitos óptico-prácticos estableciendo el procedimiento. Su contenido es el conjunto de actos que deben ser observados para constituir una acción del ámbito en cuestión. A diferencia de las normas, no se manifiestan a través del verbo “deber”, sino mediante “tener que”, y no son infringibles.<sup>671</sup>

<sup>668</sup> *Ibidem*, p. 147.

<sup>669</sup> *Idem*.

<sup>670</sup> *Ibidem*, pp. 148 y 149.

<sup>671</sup> *Ibidem*, p. 149.

### B. Regla óptica, regla técnica y regla deóntica

Adoptando la noción física de “vector” para explicar las distintas funciones de las reglas de un ámbito-óptico-práctico, podemos decir que las reglas ópticas son proposiciones cuya fuerza vectorial va dirigida a la creación, las técnico-convencionales al procedimiento o acción, y las deónticas al deber; las tres interrelacionadas sistemáticamente.<sup>672</sup> Entre ellas existe una presuposición en el orden siguiente: las reglas deónticas presuponen a las técnico-convencionales dado que su sentido es el deber o no deber de una acción, y las técnico-convencionales presuponen a las ópticas: “las reglas ópticas son previstas a las reglas técnicas... que a su vez... son previas a las normas”.<sup>673</sup>

Las reglas ópticas y las técnico-convencionales son condiciones necesarias y suficientes para estar en presencia de un ámbito óptico-práctico. Esto es aplicable también al derecho, en donde, con la existencia de disposiciones constitucionales y procesales puede generarse el resto del sistema. Desde luego, aunque sean contingentes para efectos de constituir un ámbito óptico-práctico, nadie niega la importancia de las reglas deónticas en el derecho.<sup>674</sup>

### C. Tipos de reglas técnico-convencionales

La regla técnico-convencional es un elemento imprescindible para la integración de un ámbito óptico-práctico. Sin embargo, del hecho de que sea convencional no se sigue que la relación condicional entre el antecedente y el consecuente vinculados por la regla sea simplemente posible o contingente: es necesario si se ha de realizar la acción creada también convencionalmente por el ámbito óptico-práctico a que ella pertenece.<sup>675</sup>

De la misma manera que las reglas técnico-causal y técnico-lógica son reformulaciones prescriptivas de reglas descriptivas (de conexiones de necesidad empírica e inferencial respectivamente), algunas reglas técni-

<sup>672</sup> *Ibidem*, p. 150.

<sup>673</sup> *Ibidem*, p. 151.

<sup>674</sup> *Ibidem*, pp. 152-154.

<sup>675</sup> Robles se refiere a esta cuestión en los siguientes términos: “La regla técnico-convencional es convencional en la medida en que supone una necesidad creada por convención, pero ella en sí misma no es convencional”. *Ibidem*, p. 154.

co-convencionales lo son de una regla óptica. Por ejemplo, la regla técnica: “si quieres jugar al ajedrez, tienes que hacerlo en un tablero de 64 cuadros”, es la reformulación de la regla óptica: “el tablero de ajedrez consta de 64 cuadros”.<sup>676</sup>

A pesar de que ambas reglas se implican, lo hacen de manera diferente, mientras la óptica implica a la técnica en el sentido de que de aquélla puede obtenerse ésta, la regla técnica implica a la óptica presuponiéndola.

Por otra parte, debe evitarse pensar que ambas reglas son manifestaciones distintas de un mismo fenómeno. Que ellas son diferentes queda claro si se considera que “la regla óptica puede ser condición de reglas técnicas que nada tienen que ver con el juego en sí considerado”.<sup>677</sup> Por ejemplo, la regla que dice al fabricante de tableros de ajedrez: ‘si quieres construir un tablero de ajedrez, tienes que hacerlo de 64 cuadros’.”

Al lado de las reglas técnico-convencionales analizadas, a las que Robles denomina tipo “a”, existen otras reglas técnico-convencionales que no son reformulación de ninguna regla óptica, sino creadas *ex conventio-ne*. A ellas las llama regla tipo “b”. Por ejemplo: “si alguien quiere mover el alfil, tiene que hacerlo en oblicuo”. Quizá alguien podría pensar que es falso que esta regla no sea transformable o deducible de una regla óptica que bien podría rezar: “el alfil es la pieza del juego de ajedrez que se mueve en oblicuo”. Sin embargo, debe tenerse presente que el alfil no es determinado por un trozo de material con cierta forma, sino por su función, *i. e.*, la acción que tiene que desempeñar en el juego si ha de ser movido. Desde esta perspectiva podemos decir que el alfil no es sino procedimiento puro. Las reglas tipo “b” completan, junto con las ópticas y técnicas tipo “a”, el ámbito óptico-práctico.<sup>678</sup>

#### D. Reglas procedimentales y decisión

Como se expuso anteriormente, con respecto a un ámbito óptico-práctico podemos hablar de dos tipos de decisión: la decisión extrasistemática, que es la que concluye con la creación del ámbito y las intrasistemáticas,

<sup>676</sup> *Ibidem*, p. 156.

<sup>677</sup> *Idem*.

<sup>678</sup> *Ibidem*, p. 157.

que son las que se pueden dar al interior del ámbito.<sup>679</sup> Estas últimas son tanto inmanentes como dirimientes. Inmanentes son las que se toman a efecto de producir una acción de juego o de derecho (por ejemplo, presentar una demanda) y dirimientes son aquellas que se toman a efecto de resolver conflictos al interior del sistema. Pues bien, la relación entre las reglas procedimentales y decisiones intrasistemáticas estriba en que mediante estas reglas se establece la acción conforme a la cual habrá de decidirse ya sea en sentido inmanente o dirimente al interior del sistema.<sup>680</sup>

### E. *Reglas procedimentales y acción*

Como ha quedado establecido, la acción es un acto o conjunto de actos “dotado de significación unitaria”.<sup>681</sup> Dicha significación es otorgada por la regla procedimental. Gracias a ella una serie de acontecimientos fácticos pueden ser considerados como una acción.

## VIII. LAS REGLAS DEÓNTICAS O NORMAS

### 1. *Concepto de regla deóntica (o norma)*

En algunos ámbitos ónticos-prácticos, como es el caso del derecho, al lado de las reglas ónticas y de las técnico-convencionales existen las llamadas reglas deónticas o normas. Se asemejan a las reglas técnico-convencionales en que orientan directamente la acción humana, pero se distinguen en que pueden ser infringidas.<sup>682</sup>

### 2. *Norma y deber. Deber jurídico y deber moral*

Dado que existen diversos tipos de normas, también existen diversos tipos de deber; entre ellos están el moral y el jurídico. A la vez existen

<sup>679</sup> *Ibidem*, p. 158.

<sup>680</sup> *Ibidem*, p. 159.

<sup>681</sup> *Idem*.

<sup>682</sup> *Ibidem*, p. 164.

tantas normas como sistemas de significados dirigidos a orientar la acción (ámbitos óptico-práctico o prácticos).<sup>683</sup>

Un mismo significado puede pertenecer a distintos sistemas y, en ese sentido, ser reglas diferentes. Por ejemplo, “no matarás” que pertenece al derecho, la religión y la moral debido a conexiones sistemáticas distintas en cada caso.<sup>684</sup>

La sanción, al contrario de lo que tradicionalmente se afirma, no es una propiedad necesaria del concepto de norma. Las normas morales son un claro ejemplo de ello.<sup>685</sup>

Una regla técnico-convencional puede constituir el objeto de una norma. El deber puede ser tanto positivo (deber “X”) como negativo (deber “no X”).<sup>686</sup>

En un sentido estricto, todo deber es individual. El llamado deber general no es, como se cree comúnmente, individualizable mediante aplicación sino que es el conjunto de deberes individuales.

El deber es la norma misma y no algo que ella establezca: esto se comprueba con el hecho de no poderse pensar en la norma en términos distintos del deber.<sup>687</sup>

### 3. *Moral y derecho: ámbitos prácticos y ámbitos óptico-prácticos*

Tanto ámbitos prácticos como óptico-prácticos tienen en común su integración mediante reglas orientadoras del comportamiento humano en forma directa. Su diferencia radica en que los óptico-prácticos también se constituyen necesariamente, mediante reglas ópticas y reglas técnico-convencionales.<sup>688</sup>

<sup>683</sup> *Idem.*

<sup>684</sup> *Ibidem*, p. 165.

<sup>685</sup> “La teoría que vincula el deber y la sanción no puede desconocer que en un sistema de reglas es imposible respaldar mediante la previsión de sanciones el cumplimiento de todas sus normas”. *Ibidem*, p. 166.

<sup>686</sup> *Ibidem*, p. 167.

<sup>687</sup> “El deber no es lo que la norma establece, sino que es la norma misma”. *Idem.*

<sup>688</sup> *Ibidem*, pp. 168-172.

#### 4. Reglas técnicas y normas: tener que y deber

A pesar de que en el uso normal del lenguaje se asimilan “tener que” y “deber”, una reconstrucción del significado de estas expresiones pone de relieve una importante diferencia. El “tener que”, indica una necesidad ineludible de observar un comportamiento si se quiere obtener cierto resultado. Por ejemplo, si quieres que el auto se detenga estando en marcha, pisa el freno. El deber, en cambio, carece de la característica aludida del “tener que”, ya que su cumplimiento no es imprescindible para que se dé una acción.<sup>689</sup>

#### 5. Nulidad y sanción

Debido a la naturaleza distinta de la regla técnica y la norma, su incumplimiento también es diferente.

##### A. Cumplimiento e incumplimiento de las reglas

“No todas las reglas son susceptibles de cumplimiento o de incumplimiento”.<sup>690</sup> Particularmente esto sucede con las ónticas, ya que para poder hablar de cumplimiento (y, consiguientemente, de incumplimiento) es necesario referirse a una regla directa de la acción. Decir que la regla óntica que fija la mayoría de edad a los 18 años puede ser incumplida es un sinsentido. Nadie puede hacer nada para llegar a la mayoría de edad y, en todo caso, decir que alguien se suicide a los 17 para incumplir la regla no es sino un disparate.<sup>691</sup>

##### B. Cumplimiento e incumplimiento de la regla técnica

Una regla técnica es cumplida cuando prácticamente se han satisfecho todos los actos cuyo sentido unitario es ser una acción e incumplida en caso contrario. En el caso de que haya cumplido con el antecedente, se actualiza el tener que y el consecuente.

<sup>689</sup> *Ibidem*, pp. 172-175.

<sup>690</sup> *Ibidem*, p. 176.

<sup>691</sup> *Idem*.

Una regla técnica es incumplida cuando la acción que constituye el antecedente no se ha dado prácticamente. Su consecuencia es el no consecuente que en el caso de los ámbitos óntico-prácticos corresponde a la no acción, y que en el caso del derecho recibe el nombre de nulidad.<sup>692</sup>

### C. *La nulidad*

Debe distinguirse la nulidad de la sanción. “La regla que dijera: «si quieres que tu coche corra tienes que apretar el acelerador», supone evidentemente que si el sujeto no aprieta el acelerador, el coche no corre. Que esto suceda no puede ser pensado como una sanción”.<sup>693</sup>

También debemos distinguir la nulidad natural de la convencional. Mientras que la primera ocurre en el mundo fáctico (si no piso el acelerador, “el coche no corre”), la segunda se da con respecto a una acción determinada en la convención (si una regla exige que para que un acuerdo sea contrato debe constar por escrito y ser firmado por dos testigos, y si lo que he considerado contrato no cumple con el requisito de la firma, entonces es nulo como contrato). Del mismo carácter convencional de la nulidad jurídica se desprende la necesidad de un procedimiento de declaración de nulidad.<sup>694</sup>

### D. *Cumplimiento e incumplimiento de la regla deóntica (norma)*

“Una acción sólo puede ser exigida como debida si se supone que el sujeto tiene la posibilidad de optar entre su cumplimiento y su incumplimiento”.<sup>695</sup>

Una diferencia fundamental entre norma y regla técnica estriba en que mientras el cumplimiento de la primera se agota en la realización de la conducta exigida, el cumplimiento de la segunda va más allá de la simple verificación de la conducta prevista, pues da lugar a un cierto resultado o efecto.<sup>696</sup>

<sup>692</sup> *Ibidem*, pp. 177 y 178.

<sup>693</sup> *Ibidem*, p. 180.

<sup>694</sup> *Ibidem*, pp. 180-182.

<sup>695</sup> *Ibidem*, p. 182.

<sup>696</sup> *Ibidem*, p. 183.

Generalmente suele pensarse que así como la regla técnica implica una consecuencia determinada, la norma trae aparejada la sanción.

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, esto no ocurre necesariamente siempre y, por otra parte, no ocurre en absoluto en los ámbitos óntico-prácticos o, al menos, en algunos de ellos, singularmente en la moral.<sup>697</sup>

#### E. Sanción y norma moral

La moral es un ámbito práctico en el que se desconoce la sanción. El malestar interno, causado por la infracción de una norma de ese tipo no puede ser considerado una sanción, ya que no es impuesto heterónomamente.<sup>698</sup>

#### F. La coactividad en el derecho

Contrariamente a lo que se sustenta por la teoría dominante, es perfectamente admisible que se den normas expresivas de un deber sin estar conectadas con sanciones. Para quienes sustentan esa tesis, dichas normas no pueden ser reglas o son principios del derecho. Con ello, lo único que se hace es aludir el problema de las normas sin sanción el cual sólo puede abordarse exitosamente analizando la estructura de las reglas deónticas.<sup>699</sup> Desde luego, aunque pueda haber normas sin sanción, es evidente que el derecho en su conjunto es un orden coactivo.

##### a. Toda norma es hipotética

Cualquier proposición en la que se expresa una norma exige una determinada acción u omisión, la cual “Sólo tiene sentido si se cumplen determinadas condiciones ya sea expresamente formuladas ya sean implícitas”.<sup>700</sup>

<sup>697</sup> *Idem.*

<sup>698</sup> *Ibidem*, p. 184.

<sup>699</sup> *Ibidem*, 184 y 185.

<sup>700</sup> *Ibidem*, p. 185.

Esto vale incluso para aquellas normas que tradicionalmente se conocen como categóricas, ya que su exigencia, aunque implícitamente, también es condicionada. Por ejemplo: la regla deóntica que dice “ama a tus enemigos”, en realidad dice “si tienes enemigos, entonces debes amarlos”.<sup>701</sup>

Si representamos a los requisitos o condiciones de una exigencia por R y por A a la acción objeto de la misma, *i. e.*, a la conducta, entonces la estructura de la norma es expresable así:

Si R (alguien) debe A.<sup>702</sup>

#### *b.* La norma jurídica: su estructura

Una interpretación común concibe la norma jurídica con una estructura hipotética en la cual el antecedente corresponde al hecho ilícito y el consecuente con la sanción. A este esquema se le denomina “norma primaria”, y se representa simbólicamente así:

(Ns) Si H es, debe ser C.<sup>703</sup>

De la norma primaria, dirigida a las autoridades, se deduce la norma secundaria, que es la dirigida a los ciudadanos. Su formulación es:

Ns (alguien) debe ser no-H.<sup>704</sup>

La concepción normativa precedente no es sino una parte de una doctrina que concibe al derecho como un sistema de normas sancionatorias. Esta visión obscurece la existencia de otros tipos de reglas, así como una trilogía normativa desprendible de la fórmula “Si H es debe ser C: norma de conducta, norma de decisión y norma de ejecución”.<sup>705</sup>

<sup>701</sup> *Ibidem*, p. 186.

<sup>702</sup> *Ibidem*, p. 187.

<sup>703</sup> *Idem*.

<sup>704</sup> *Ibidem*, p. 188.

<sup>705</sup> *Ibidem*, p. 189.

### 1) *La norma de conducta*

Es la dirigida a los ciudadanos, y significa que determinados sujetos deben no-H, donde H representa la acción contraria a H. No hay que confundir la formulación positiva de una acción (no-H) con la idea de acción “activa”, ni la formulación negativa (no-H) con la idea de una omisión. Tanto H como no-H pueden representar tanto acción “activa” como acción por omisión.<sup>706</sup>

Esta norma constituye “la expresión más normal de la normatividad”<sup>707</sup> jurídica. Puede ser cumplida o incumplida por el sujeto a quien va dirigida y también prevé una sanción para el caso de su infracción.

“Quien infringe una norma jurídica de conducta infringe un deber jurídico, aunque no sea posible —jurídicamente hablando— imponerle una sanción, porque el orden jurídico no ha prescrito tal imposición”.<sup>708</sup>

### 2) *La norma de decisión*

En caso de que la norma de conducta sea infringida, ciertos “órganos deben ordenar” la imposición de la consecuencia jurídica aplicable.<sup>709</sup>

En sentido estricto, el deber exigido por este tipo de normas no es una conducta sino una decisión cuyo contenido es una tercera norma llamada “de ejecución”.<sup>710</sup>

No todas las normas de decisión presuponen una norma de conducta, pues en algunas no se da la condición de la calificación de una conducta previa como lícita. Por ejemplo, en el caso de una catástrofe, un juez puede dictar una norma en la que ordena a ciertos órganos de ejecución prestar auxilio a los damnificados.<sup>711</sup>

No todas las normas de decisión tienen como consecuente una sanción. Retomando el ejemplo anterior, tendremos que una regla dirigida a un juez que dijera: “si sucede una catástrofe, debes ordenar la prestación de auxilio” entra perfectamente en la estructura. Si A es debe ser

<sup>706</sup> *Idem.*

<sup>707</sup> *Idem.*

<sup>708</sup> *Ibidem*, p. 190.

<sup>709</sup> *Ibidem*, p. 191.

<sup>710</sup> *Idem.*

<sup>711</sup> *Ibidem*, p. 192.

C, sin que C sea una sanción. Lo mismo sucede con aquellas normas que en vez de sancionar buscan “restablecer el equilibrio roto por una infracción y nada más”.<sup>712</sup>

### 3) *La norma de ejecución*

Es la norma dirigida por un órgano de decisión a otro de ejecución. La ejecución, como hemos visto, puede consistir en causar un mal a un infractor aunque no necesariamente tiene que ser así. Debe evitarse pensar que toda norma de decisión implica una norma de ejecución como sucede con los laudos del derecho laboral. En estos casos la norma de decisión se agota en sí misma.

Contrariamente a lo que sostiene la doctrina tradicional, la norma de decisión no tiene una naturaleza sancionatoria: “tal norma no impone una sanción, sino que ordena imponerla por medio de la creación de la norma de ejecución”.<sup>713</sup>

#### c. Sanción jurídica y norma de ejecución

La sanción es “el contenido material de la acción debida que impone la exigencia propia de la norma de ejecución”.<sup>714</sup>

En un trabajo de teoría del derecho la sanción no puede ser definida sociológica o sociológicamente, sino en virtud de su relación con otras reglas de un mismo ámbito.

De lo dicho anteriormente se desprende que tanto la norma de conducta como la de decisión y la de ejecución son auténticas normas jurídicas que caben dentro de la formulación: “Si A es, debe ser C”, aunque con la matización de que C no siempre es una sanción. “La sanción no es elemento esencial de la norma jurídica, como tampoco lo es de la norma moral”.<sup>715</sup>

<sup>712</sup> *Idem.*

<sup>713</sup> *Ibidem*, p. 193.

<sup>714</sup> *Idem.*

<sup>715</sup> *Ibidem*, p. 194.

#### d. La coactividad jurídica

Como hemos visto, el derecho es un complejo de reglas ónticas, procedimentales y deónticas. Sólo una clase de éstas, las de ejecución, y dentro de ellas no todas, son coactivas, *i. e.*, instituyen actos de fuerza.<sup>716</sup>

La relación entre coacción, sanción y normas de ejecución debe ser claramente expuesta:

1) De lo dicho anteriormente se desprende que las normas de ejecución pueden, pero no tienen que ser coactivas.

2) No todas las normas de ejecución coactivas son a la vez sancionatorias. Por ejemplo, la regla que establece que los enfermos mentales que puedan ser peligrosos a la sociedad deben ser recluidos en centros psiquiátricos.

3) Las reglas de ejecución sancionatoria pasan a ser, pues, contrariamente a lo sostenido por la teoría dominante, una clase de normas, en vez de ser el prototipo normativo.

La coactividad es, en consecuencia, un predicamento hecho respecto al derecho, extendiendo al todo una característica de una parte del mismo.<sup>717</sup>

#### e. Las “sanciones positivas”

Los estímulos positivos o “premios” consecuencia del cumplimiento de un deber son denominados, por algunos, “sanciones positivas”. El uso de “sanción” en este sentido es opuesto a los usos comunes de la expresión, lo que resulta contradictorio.<sup>718</sup>

### IX. LOS TRES TIPOS DE REGLAS Y LA CLASIFICACIÓN TRADICIONAL DE LAS “NORMAS” JURÍDICAS

La teoría dominante del derecho realiza una clasificación de normas según su función. Por ejemplo, indica que las normas interpretativas son las que señalan cómo se deben interpretar otras normas del orden jurídico.

<sup>716</sup> *Idem.*

<sup>717</sup> *Ibidem*, pp. 194-196.

<sup>718</sup> *Ibidem*, pp. 196-198.

Con tautológicas tales, lo único que se hace es eludir el problema de fondo, como el de la estructura sintáctica de las normas y reglas jurídicas.<sup>719</sup>

### 1. *Reglas deónticas (o normas)*

Dentro de esta teoría caben las (según la teoría dominante) normas preceptivas, prohibitivas, permisivas, interpretativas y admonitivas.<sup>720</sup>

#### A. *Normas imperativas y prohibitivas*

Ambas estatuyen un deber, aun cuando una lo formule de manera positiva y la otra en forma negativa.

Contrariamente a lo que sostiene la teoría tradicional las prohibitivas no establecen un no deber, sino un deber no. Por ejemplo: en la prohibición “no debes decir mentiras” la negación no afecta al deber, *i. e.*, no hay ausencia de deber, sino a la acción “decir mentiras”. Lo que dicha proposición quiere decir es realidad en “debes decir no-mentiras”.<sup>721</sup>

En consecuencia, tanto las normas imperativas (por ejemplo: debes decir mentiras) como las prohibitivas (debes no decir mentiras) son reglas deónticas o normas, pues utilizan el verbo “deber”.<sup>722</sup>

#### B. *Permisos*

##### a. Las llamadas “normas jurídicas permisivas”

Contrariamente a lo que sostiene la teoría dominante, una norma permisiva no es un tipo de regla independiente que contenga un operador deóntico distinto al que es el deber o la prohibición (deber-no) “Aquí va-

<sup>719</sup> *Ibidem*, p. 201.

<sup>720</sup> *Ibidem*, p. 202.

<sup>721</sup> *Idem*.

<sup>722</sup> “La norma preceptiva se formularía como un deber, mientras que la prohibitiva como un no-deber. Sin embargo, hay que señalar que un examen más detenido de la prohibición conduce a comprender que la llamada norma preceptiva y la llamada norma prohibitiva tiene idéntica naturaleza lingüística, la de ser expresión de deber diferenciándose tan sólo por el contenido de éste”. *Ibidem*, p. 202.

mos a defender la tesis de que el permiso es la formulación a *contrario sensu* de un deber y, por tanto, que la norma permisiva no es sino una regla deóntica o norma expresada de otro modo”.<sup>723</sup> Para probar esta tesis es necesario analizar los argumentos de la doctrina tradicional.

Para muchos autores una acción está permitida cuando no está prohibida (*i. e.*, no es objeto de un deber-no). Desde esta perspectiva, también una acción debida está permitida. La oposición deber-permisión no existe según esta posición. Contra quienes defienden esta tesis, podemos argumentar, apoyados en el lenguaje común que “Es absolutamente absurdo hablar de «deber permitido»”.<sup>724</sup> Ello se pone de manifiesto con un ejemplo: si el Código Civil me impone el deber de pagar el precio fijado en un contrato de compraventa, no puedo defenderme ante tribunales contra una demanda por falta de pago, argumentando que dado que el deber es un permiso, puedo pagar o no mi deuda.

Por otra parte, si el deber excluye al permiso, es absurdo también hablar del permiso como algo opuesto a la prohibición, dado que ésta es también un deber.<sup>725</sup>

Para otros autores, partiendo de una acción amplia de permiso, como lo opuesto a lo prohibido, afirman que todo orden jurídico contiene una norma de clausura según la cual lo que no está jurídicamente prohibido está permitido. Esta norma nos lleva a conclusiones contradictorias en cualquiera de sus posibles interpretaciones.

1) En primer lugar, es evidente que el “estar permitido”, de la frase “lo que no está jurídicamente prohibido está permitido” funciona como sinónimo de no-prohibido. Desde esta perspectiva, la frase equivale a decir: lo que no está jurídicamente prohibido no está jurídicamente.

Una de las formas de lo no-prohibido (o de lo permitido según este esquema) es el deber u obligación. De esta manera, una traducción admisible de una norma de clausura diría: lo que no está jurídicamente prohibido, está jurídicamente debido. A ello podrían replicar los defensores de la norma de clausura, que lo debido es sólo una parte de lo no prohibido (o permitido). Ello sólo deja opción para concluir que la otra parte de lo no prohibido es lo no debido, con lo que llegamos a la frase “lo que no

<sup>723</sup> *Ibidem*, p. 205.

<sup>724</sup> *Ibidem*, p. 206.

<sup>725</sup> *Ibidem*, p. 207.

está jurídicamente prohibido está jurídicamente debido y jurídicamente no debido”, lo cual es un sinsentido.<sup>726</sup>

2) Veamos otra posible interpretación. Si partimos del supuesto de que lo debido es lo contrario a lo prohibido y, por tanto, sinónimo de no-prohibido, la primera parte de la norma de clausura puede reformularse de la manera siguiente: “lo que está jurídicamente debido”. Completando la frase tendríamos: “lo que está jurídicamente debido está jurídicamente permitido”, lo cual carece de sentido ya que, como hemos visto, es autocontradictorio hablar de deberes permitidos.<sup>727</sup>

3) Si asumimos que una conducta está permitida sólo cuando no está ni debida ni prohibida, *i. e.*, cuando su realización o no realización es libre, entonces tendríamos una tercera traducción de la norma de clausura en los términos siguientes: “lo que no está jurídicamente prohibido, no está jurídicamente prohibido ni jurídicamente debido” lo cual, una vez más, es un sinsentido.<sup>728</sup>

4) Por último, como hemos visto, lo debido es considerado equivalente a no prohibido (por estar permitido y ser lo opuesto a lo prohibido), entonces podemos reformular “lo que no está jurídicamente prohibido”, por “lo que está jurídicamente debido”. Conforme a esta traducción, la norma de clausura quedaría expresada como “lo que está jurídicamente debido no está jurídicamente debido ni prohibido”, nuevo sinsentido.<sup>729</sup>

Una vez demostrado que es insostenible defender la norma de clausura identificando “debe” como un caso de permisión, tenemos que buscar una interpretación alternativa que dé cuenta de la relación entre permisión y deber. Ésta consiste en considerar al deber como lo opuesto a la permisión, “La llamada norma de clausura debería, en todo caso, haberse formulado de la siguiente manera: «lo que no está jurídicamente debido, está jurídicamente permitido»”.<sup>730</sup> Dentro de este contexto es que Robles pasa a elucidar el significado de la expresión “norma permisiva”. Para ello, en primer lugar, aclara en qué consiste la norma permisiva concreta, por oposición a la norma permisiva universal o, como la llaman otros autores, norma de clausura.

<sup>726</sup> *Ibidem*, pp. 207 y 208.

<sup>727</sup> *Ibidem*, p. 208.

<sup>728</sup> *Idem*.

<sup>729</sup> *Ibidem*, pp. 208 y 209.

<sup>730</sup> *Ibidem*, p. 209.

La norma permisiva concreta es la posibilidad de acción u omisión de una conducta en forma expresa, delimitando la esfera de aplicación de una regla que impone un deber. Por ejemplo, supongamos la norma: “Todos los ciudadanos mayores de 18 años, salvo los que tengan pies planos, deberán alistarse en el ejército para cumplir su servicio militar”. En este caso la norma permisiva dice: “los ciudadanos mayores de 18 años no tienen el deber de ingresar al ejército para realizar su servicio militar”.<sup>731</sup>

Otro problema que cabe plantearse llegado este punto es el de la diferencia entre la permisión y la autorización competencial.<sup>732</sup>

El poder conferido por medio del permiso y el otorgado por la competencia se distinguen en que el primero presupone un deber respecto del cual constituye una excepción, mientras que la segunda no reduce la esfera de aplicación de ningún deber previo. Una segunda diferencia estriba en que mientras que el permiso es contingente (nada impide pensar un derecho sin deberes con excepciones), la competencia constituye un elemento necesario del ámbito. Por último, mientras la idea de permiso excluye la de obligación, la de competencia puede incorporarla (por ejemplo, la que tiene un juez de dictar sentencia).<sup>733</sup>

Como conclusión de lo expuesto podemos decir que la permisión concreta puede formularse de dos formas:

a) Delimitando expresamente el ámbito personal de validez de un deber previamente establecido.

b) Concediendo un permiso respecto del cual no existía un deber previo. Sin embargo, en este caso, concediendo el permiso, se crea el deber correlativo (el de no impedir el ejercicio del permiso).

De cualquier forma, es erróneo extraer la conclusión de que las normas permisivas son autónomas.<sup>734</sup>

<sup>731</sup> *Idem.*

<sup>732</sup> *Ibidem*, p. 210.

<sup>733</sup> *Ibidem*, pp. 210-212.

<sup>734</sup> *Ibidem*, pp. 212 y 213.

### b. El permiso moral

En la moral, y en general, en todos los ámbitos prácticos, la noción de permiso no tiene cabida, ya que en ella no son dables excepciones a los deberes que se impone. Éstos tienen siempre un alcance general.<sup>735</sup>

“Respecto a lo que podría denominarse la norma general de clausura, es perfectamente aplicable el análisis anterior sobre la llamada norma de clausura jurídica”.<sup>736</sup>

### c. El permiso en los juegos

Puede dar la impresión de que en el caso de los juegos lo permitido es jugar, *i. e.*, realizar acciones lúdicas. En realidad el permiso de los juegos debe entenderse como la posibilidad de que un sujeto lleve a la práctica un determinado procedimiento. Desde esta perspectiva, en el caso de los juegos no se presenta ninguna norma permisiva, sino una regla necesaria.<sup>737</sup>

### d. Permiso y procedimiento: el silencio procedimental

Como hemos visto, en todo ámbito óntico-práctico gracias a las reglas procedimentales, se establece una acción o, lo que es lo mismo, se dota de sentido unitario a una sucesión de actos.

Sin embargo, puede suceder que con relación a los actos previstos en la regla procedimental existan otros actos respecto de los cuales ella guarde silencio. Por ejemplo: imaginemos la regla técnico-convencional que establece los requisitos formales que debe cumplir una demanda para ser admitida. Aunque entre esos requisitos figura el que deba formularse por escrito, nada se dice sobre si puede hacerse de manera manuscrita o en máquina de escribir, lo que puede resultar relevante a efectos de la comprensión de la promoción por parte del juez. El problema que se desea analizar en este punto se relacionaría con los posibles modos de redactar la demanda del ejemplo anterior, en función de la fuente de redacción.

<sup>735</sup> “En la moral y, en general, en los ámbitos prácticos, la idea de permiso carece asimismo de significado independiente. Puede decirse incluso, que ahí la solución se presenta más clara, puesto que la moral excluye directamente toda idea de permiso”. *Ibidem*, p. 213.

<sup>736</sup> *Ibidem*, p. 214.

<sup>737</sup> *Idem*.

Para algunos, la acción acerca de la cual no dice nada la regla está permitida por una regla tácita. Según Robles, la regla no permite nada; simplemente guarda silencio al respecto, ya que “El permiso supone la idea de la concesión del permiso, siendo absurdo imaginarse un permiso no concedido”.<sup>738</sup> En todo caso, se podría hablar de una permisión desprendible de la ausencia de reglas, pero nunca de una regla implícita, como pretende la teoría de la norma de clausura.

Las reglas procedimentales pueden ser objeto de una regla deóntica en el sentido de que la conducta que tiene que ser realizada para que se dé una competencia determinada deba ser observada. Por ejemplo: una regla deóntica puede decir a un juez: “si haz encontrado que una demanda cumple con todos los requisitos formales para ser admitida, debes admitirla, so pena de destitución” la cual perfectamente puede implicar a otra regla, sólo que procedimental, que dijera al juez cuáles son los requisitos que tiene que cumplir el auto de admisión de demanda, único medio por el cual ésta puede ser admitida. La conexión entre la regla deóntica y la regla procesal excluye la idea de un “permiso” para que el juez actúe como tal y dicte sentencia válida.<sup>739</sup>

Problema distinto plantean las reglas procedimentales no apoyadas en normas, las cuales pueden erróneamente ser interpretadas como reglas que conceden una permisión implícita. Por ejemplo, consideremos la que dice: “si quieres casarte tienes que cumplir con los requisitos A, B, C, etcétera”. Según hemos dicho, alguien puede interpretarla como que concede un permiso para quienes deseen casarse, “permite el matrimonio”. Este modo de ver las cosas es a todas luces erróneo, ya que, como hemos demostrado, es imposible hablar de reglas implícitas que establezcan permisiones. Toda regla permisiva tiene que ser expresa.<sup>740</sup>

### C. *Las reglas interpretativas*

Deben distinguirse de los principios hermenéuticos desarrollados por la dogmática jurídica. Las reglas interpretativas a que se hace alusión son las establecidas en el derecho positivo, dirigidas a los órganos judiciales.

<sup>738</sup> *Ibidem*, p. 215.

<sup>739</sup> *Ibidem*, p. 216.

<sup>740</sup> *Ibidem*, p. 216.

Dentro del derecho positivo también deben distinguirse las reglas de aplicación de las reglas de interpretación: “las primeras se refieren a las reglas que el órgano de decisión ha de aplicar en un momento dado ante un caso concreto, mientras que las segundas van dirigidas tan sólo a regular una actividad en sí misma intelectual, consistente en la interpretación”.<sup>741</sup>

Como ejemplo de reglas de aplicación también pueden citarse las que indican el orden de prelación de las fuentes del derecho y las reglas de remisión. Una regla de remisión es la que, en una Ley de títulos y operaciones de crédito, indica que a falta de norma aplicable a un caso concreto deberá aplicarse supletoriamente el Código de Comercio y ante la imposibilidad de tal supletoriedad, el Código Civil.

Una regla de remisión sería la aparecida en un decreto por el que se crea un organismo público descentralizado y al final del establecimiento de las facultades del director general dijera que en caso de violación a sus obligaciones como funcionario estatal, se le sancionará en términos de la Ley de responsabilidades de funcionarios.

Las reglas interpretativas son, pues, normas que imponen a los órganos de decisión la manera en que “deben” interpretar otras reglas. Son verdaderas reglas deónticas.<sup>742</sup>

Sin ánimo de exhaustividad, entre las reglas de interpretación se pueden citar las definiciones legales, las que indican el sentido de una palabra o expresión, las que prescriben ciertos métodos hermenéuticos y las que prohíben ciertos modos de interpretación.<sup>743</sup>

#### Definiciones legales y reglas que indican el sentido de una palabra o expresión

Dentro de un ámbito óntico-práctico no hay reglas que definan algo preexistente. Todas las palabras o expresiones usadas, independientemente de que su significado corresponda al del lenguaje común, cumplen una función operativo-creadora: como por arte de magia, “diciendo-crean”. Esta función constitutiva del lenguaje de los ámbitos óntico-prácticos vale tanto para las reglas que establecen los elementos necesarios del ámbito como para las que contienen supuestamente definiciones legales sobre ex-

<sup>741</sup> *Ibidem*, p. 218.

<sup>742</sup> *Idem*.

<sup>743</sup> *Ibidem*, p. 219.

presiones supuestamente preexistentes y la creación de significados nuevos con palabras nuevas.

En todo caso, tanto las denominadas reglas que establecen definiciones legales como las que indican el significado jurídico de un término o expresión son reglas deónticas en el sentido de que aquello que definen o precisan debe entenderse como ellas lo determinan (con toda el aura de vaguedad o ambigüedad que pueda rodear a su significado). Por otra parte, dichas reglas constituyen partes de otras reglas del mismo sistema. Por ejemplo, si una regla dice: “son mayores de edad todos los hombres y mujeres que hayan cumplido 18 años”, en regla puede decir: “todos los mayores de edad tienen el derecho político del sufragio universal”. Como se ve, la “definición” establecida por la primera regla subyace en la segunda, que perfectamente podría reformularse de la manera siguiente: los hombres y mujeres mayores de 18 años tienen el derecho político del sufragio universal”.<sup>744</sup>

*A y d)* Reglas que prescriben o prohíben determinados cánones o métodos hermenéuticos

A diferencia de las reglas de interpretación, las reglas que prescriben o prohíben cánones o métodos hermenéuticos no establecen criterios interpretativos sino que ordenan o prohíben la utilización de alguno o algunos en determinados casos.

Hay que diferenciar dos aspectos de estas reglas: la exigencia y lo exigido. Lo exigido es el contenido de la exigencia que no es otra cosa sino la aplicación y por tanto el conocimiento de cierta técnica hermenéutica, como son los métodos histórico, literal, sistemático, lógico, extensivo, restrictivo, analógico, etcétera, las cuales son empleadas con el fin de obtener una supuesta interpretación correcta. Todos estos métodos, por tanto, pueden ser formulados como reglas técnicas que establecen la manera en que se tiene que interpretar si se desea obtener una “interpretación correcta”.

La exigencia es aquello que se ordena al órgano decisor, consistente en el deber de aplicar o no aplicar un cierto método o métodos hermenéuticos en determinados casos. Desde esta perspectiva, las reglas que prescriben o prohíben cánones de interpretación “son reglas deónticas —y en consecuencia, expresivas de deber— cuyo objeto lo constituyen sendas reglas técnicas. La norma de interpretación tiene así por contenido a la regla de interpretación”.<sup>745</sup>

<sup>744</sup> *Ibidem*, pp. 219-225.

<sup>745</sup> *Ibidem*, pp. 225 y 226.

### D. *Las reglas admonitivas*

Son aquellas cuyo sentido es una exhortación dirigida por un órgano superior o un órgano u órganos inferiores o a los súbditos.<sup>746</sup> También son llamadas reglas exhortativas, y deben distinguirse de los consejos en que 1) no son necesariamente en beneficio de quien es exhortado; 2) el sujeto a quien va dirigida no es totalmente libre de tomar o no en cuenta la exhortación, 3) es irrelevante que el exhortante sea considerado superior en sabiduría por parte del exhortado.

En consecuencia, el contenido de una regla admonitiva no es un consejo sino una exigencia, como tal, expresable verbalmente como un deber, *i. e.*, es una regla deóntica, “si bien de aquellas reglas deónticas no conectadas con sanciones”.<sup>747</sup>

Por lo que hace al objeto del deber de estas reglas, no es una conducta perfectamente delimitada sino circunscrita bajo algún o algunos criterios orientadores que dejan al destinatario un amplio margen de concreción.

## 2. *Reglas técnico-convencionales (procedimentales)*

### A. *Carácter omnipresente del procedimiento*

Debe distinguirse claramente el significado del término ‘procedimiento’ en los usos generalizados del lenguaje y el que se le ha otorgado aquí. Normalmente la palabra ‘procedimiento’ es asociada a la actividad del órgano jurisdiccional. Para Robles el término tiene una significación de alcances mucho más amplios, pues comprende toda acción perteneciente a los ámbitos óntico-prácticos.<sup>748</sup> Como ya hemos visto, intercalados entre los actos de una acción, puede haber otros actos cuya realización se deja a la discrecionalidad de los sujetos y que caen dentro de lo que se ha llamado ‘silencio procedimental’. Aun estos actos pueden considerarse como parte de un procedimiento, aunque lo sea en forma complementaria

<sup>746</sup> *Ibidem*, p. 226.

<sup>747</sup> *Ibidem*, p. 227.

<sup>748</sup> *Ibidem*, p. 228.

a los actos determinados expresamente. El procedimiento, pues, está omnipresente en toda acción de cualquier ámbito óptico-práctico.<sup>749</sup>

### B. *Reglas de organización y competencia y reglas procedimentales*

Al contrastar los esquemas tradicionales acerca del procedimiento en el derecho con la noción de procedimiento en los ámbitos óptico-prácticos, la ubicación de las reglas que organizan el orden jurídico y que estructuran sus órganos, atribuyéndoles competencias, sufre un cambio radical. Mientras que tradicionalmente son ubicadas en el derecho procesal, desde nuestra óptica son caracterizados como reglas ópticas, pues su función es crear sujetos y sus respectivas competencias, ambos elementos necesarios de los ámbitos óptico-prácticos. A diferencia de las reglas procedimentales que orientan la acción de manera directa, las reglas de organización y competencia son reglas indirectas de la acción.<sup>750</sup>

### C. *Derecho formal y derecho material*

Dentro de las dualidades teóricas de la jurisprudencia tradicional se encuentra la que divide el derecho en derecho adjetivo y derecho sustantivo. El primero corresponde al también llamado derecho procesal o formal, y el segundo, al derecho material o de fondo. Según esta postura, el derecho sustantivo es condición para que se pueda dar el derecho adjetivo.

Desde el particular punto de vista de Robles, “el procedimiento”, la relación entre los derechos formal y material, opera a la inversa de como dice la teoría generalizada. Para este autor, el derecho material no puede considerarse algo autónomo del formal, ya que éste, y no aquél, es el que determina la acción del ámbito: “Las reglas ópticas y procedimentales establecen los elementos ópticos y técnico-convencionales del ámbito, que son lógicamente previstos a la realización de cualquier acción y, por tanto, al establecimiento de las llamadas relaciones jurídicas materiales”.<sup>751</sup>

Con esto queda claro que, contrariamente a lo que dice la teoría generalizada, el derecho formal, integrado por reglas necesarias, *i. e.*, ópticas

<sup>749</sup> *Idem.*

<sup>750</sup> *Ibidem*, pp. 228 y 229.

<sup>751</sup> *Ibidem*, p. 231.

y técnico-convencionales, es un presupuesto indispensable del derecho material, y no a la inversa.

### 3. *Reglas ónticas*

Ya sabemos que son las que establecen los elementos necesarios del ámbito óntico-práctico, que son sujetos, el espacio, el tiempo y la competencia. En este tipo de reglas quedan comprendidas las “reglas organizativas”, las potestativas y las derogativas.

#### A. *Reglas organizativas*

La teoría dominante alude con el término de reglas organizativas a aquellas que regulan indirectamente la acción humana y estructuran y atribuyen competencias a los órganos del Estado. Se considera que el ámbito donde son más relevantes es el derecho público, concretamente en los derechos constitucional y administrativo.

Sin embargo, desde nuestra perspectiva pueden ser consideradas organizativas no sólo las que crean sujetos y otorgan competencias, sino también las que determinan el tiempo y el espacio de los ámbitos óntico-prácticos, pues ellas organizan el marco presupuesto por la acción. Conforme a esto, son reglas organizativas tanto las que crean un organismo público descentralizado como las que le confieren competencia o las que dividen territorialmente una federación o señalan plazos procesales para recurrir.<sup>752</sup>

#### B. *Reglas derogatorias*

“La regla derogatoria es una regla óntica cuya función radica en extinguir el marco temporal de validez de otra regla”.<sup>753</sup> Puede ir dirigida tanto a una regla óntica como a una deóntica o una técnico-convencional con el efecto de desearlas. Son pues, reglas ónticas a *contrario sensu*.

La derogación puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando una regla señala específicamente la regla o reglas derogadas. Es tácita cuando se ob-

<sup>752</sup> *Ibidem*, pp. 232 y 233.

<sup>753</sup> *Ibidem*, p. 233.

tiene de la relación entre dos o más reglas distintas y emitidas en diferente tiempo sobre un mismo objeto de regulación. En este caso la regla derogada será la anterior, a condición de que el ámbito óntico-práctico en cuestión establezca expresamente el principio general *Lex a derogat priori*.

La derogación puede ser también total o parcial. Es total cuando se deroga toda la regla, y es parcial cuando lo que se deroga es sólo una parte.<sup>754</sup>

### C. Reglas potestativas

“Por norma potestativa suele entenderse aquella norma que establece competencias de los órganos”.<sup>755</sup> Si los conceptos de competencia y de capacidad son equiparables y no sólo los órganos son competentes sino todos los sujetos de un ámbito óntico-práctico, entonces hemos de decir que la norma potestativa es la que establece la capacidad de acción de un sujeto de derecho.

En los usos generalizados del lenguaje se suele llamar potestativas a las normas competenciales por considerar que lo que confieren es un poder. Sin embargo, sin la competencia con el sentido que aquí se le ha dado, hay que concluir que la competencia no puede reducirse al poder, ya que implica la idea de necesidad y lo necesario y lo posible son excluyentes.

En el derecho al lado de las reglas que confieren competencia a ciertos órganos, existen otras que establecen incapacidades o incompetencias. Estas reglas “son sólo inteligibles en unión con las reglas de cuyo contenido constituyen la limitación”.<sup>756</sup> Dentro de este contexto tiene lugar también el concepto de derecho subjetivo, el cual no designa sino un conjunto de facultades y competencias.

Todo orden jurídico puede entenderse como un conjunto de competencias tanto de los órganos estatales como de los ciudadanos.

“El conjunto de estas competencias es la competencia total que en el Estado llamamos soberanía”.<sup>757</sup>

<sup>754</sup> *Ibidem*, pp. 233 y 234.

<sup>755</sup> *Ibidem*, p. 235.

<sup>756</sup> *Ibidem*, p. 236.

<sup>757</sup> *Ibidem*, p. 236.