

## Sobre el concepto y tipología de las reglas constitutivas

Por CARLOS ALARCON CABRERA

Sevilla

### 1. "CONSTITUTIVE RULES" EN SEARLE

#### 1.1. El concepto y sus precedentes

¿Cómo puede un peón en octava fila convertirse en una dama? ¿Cómo puede una promesa crear una obligación? ¿Cómo puede el hecho natural de mover la mano conllevar una indemnización a favor de aquél a quien ese movimiento físico produce un perjuicio? En el planteamiento de estas cuestiones se deben encontrar las causas del surgimiento de la noción de "regla constitutiva", al menos conforme al significado que Searle dio a la misma en "How to Derive 'Ought' from 'Is'" (1964) y en "Speech Acts" (1969). Basándose en la distinción kantiana entre "principios regulativos" y "principios constitutivos", Searle habla de "reglas regulativas" ("regulative rules") y de "reglas constitutivas" ("constitutive rules")<sup>1</sup>. Las "reglas regulativas" regulan formas de conducta existentes antecedente o independientemente de dichas reglas. Las "reglas constitutivas" crean o definen nuevas formas de conducta, "constituyen" una actividad cuya existencia es dependiente, desde un punto de vista lógico, de las reglas. Por ejemplo, las reglas de un juego crean por sí mismas la posibilidad de jugarlo, en cuanto que la actividad lúdica está constituida por la actuación de acuerdo con las reglas apropiadas. Searle precisa que con la expresión "actuación de acuerdo con las reglas" ("acting in accordance with the rules") no sólo alude a las

---

1. John R. SEARLE, *How to derive "ought" from "is"*, *The Philosophical Review*, n° 73 (1964), pp. 43 a 58. Reimpreso en el vol. *The is/ought question*, edición a cargo de W. D. Hudson, MacMillan Press, Londres, 1983, pp. 120 a 134. (véase p. 132).

reglas que establecen las posibilidades de actuación “en el juego” (“playing”), sino también a las reglas que clarifican el “objetivo del juego” (“aim of the game”)<sup>2</sup>.

Resulta curioso que Alf Ross no conociera esta distinción, tal como él mismo aclaró en una nota al margen, cuando escribió “Directives and Norms”. Entonces, Ross también habló de reglas regulativas y de reglas constitutivas en el mismo sentido que Searle. Las reglas regulativas prescriben cómo tienen que comportarse sus destinatarios. Las reglas constitutivas, en sentido amplio, también prescriben cómo tienen que comportarse sus destinatarios, pero las relaciones entre las reglas y las respectivas actividades a las que se refieren son diferentes. En el primer caso las actividades son “naturales”, es decir, “su ejecución es independiente lógicamente de las reglas”, a las que además anteceden. En el segundo caso la actividad no es “natural”, sino que se realiza mediante acciones que deben estar de acuerdo con las reglas y que carecen de significado fuera de ese contexto. Las reglas constitutivas definen la actividad sobre la que versan como institución, y “proporcionan las condiciones necesarias lógicamente para realizar esa actividad como tal institución”<sup>3</sup>.

Una última mención puede ayudar a analizar el origen de las “reglas constitutivas” de Searle. También Von Wright, en “Norm and Action”, define las “reglas de un juego” como aquéllas que determinan los movimientos o patrones conforme a los que se desarrolla el juego, y, por ello mismo, determinan también el juego en sí mismo y la actividad de jugarlo<sup>4</sup>.

## 1.2. Una formulación “standard” de las reglas constitutivas

Las reglas constitutivas poseen, para Searle, una naturaleza “cuasi-tautológica”, y, así, el hecho de que puedan enunciarse analíticamente demuestra precisamente que sean constitutivas. Mientras que las reglas regulativas podrían parafrasearse a través de las fórmulas “Haz X” o “Si Y, haz X”, las reglas constitutivas se formularían “X cuenta como Y”, “X tiene el valor de Y”, “X tiene el sentido de Y” (“X counts as Y”) o “X

2. John R. SEARLE, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge University Press, 1969, pp. 33 y 34.

3. Alf ROSS, *Directives and Norms*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1968. Existe trad. cast.: *Lógica de las normas*, trad. de José S.-P. Hierro, Tecnos, 1971 (Véanse pp. 57 y 58).

4. Georg H. VON WRIGHT, *Norm and Action*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1963. Existe trad. cast.: *Norma y Acción*, trad. de P. García Ferrero, Tecnos, 1970 (Véanse pp. 57 y 58).

cuenta como Y en el contexto C”, “X tiene el valor de Y en el contexto C”, “X tiene el sentido de Y en el contexto C” (“X counts as Y in context C”)<sup>5</sup>. Ahora bien, como ha puesto de manifiesto Conte, la apariencia sintáctica de una regla constitutiva no debe confundirnos acerca de la identificación de cada una de sus partes dentro de la fórmula “X counts as Y”. En la regla constitutiva que Searle estudia preferentemente - “Prometer es asumir una obligación” - “prometer” (X) cuenta como “asumir una obligación” (Y), “prometer” (X) tiene el valor de “asumir una obligación” (Y). Pero en la regla constitutiva “Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: 1º) Organización de sus instituciones de autogobierno. 2º) Las alteraciones de los términos municipales comprendidos en su territorio...” (art. 148.1 de la Constitución Española) no se habla de valor o sentido de las competencias que pueden asumir las Comunidades Autónomas, de lo que cuentan, sino del valor o sentido de la organización de sus instituciones de autogobierno, de las alteraciones de los términos municipales comprendidos en su territorio,... (X), que cuentan como competencias que podrán asumir las Comunidades Autónomas (Y). De hecho, este precepto podría reformularse así: “La organización de sus instituciones de autogobierno, las alteraciones de los términos municipales comprendidos en su territorio... son las materias cuyas competencias podrán asumir las Comunidades Autónomas”<sup>6</sup>.

### 1.3. “Brute facts”. “Institutional facts”. La falacia de “la falacia naturalista”

Del mismo modo que Ross dividió las “actividades” en “no naturales” y “naturales”, Searle distingue entre “hechos institucionales” y “hechos brutos”, según su existencia presuponga o no la existencia de determinadas instituciones. Así, por ejemplo, sólo en virtud de que existe la institución de la sucesión tiene valor un pedazo de papel firmado por el testador y, al menos en cierto sentido, sólo en virtud de que existe la institución teórica del lenguaje podemos interpretar las frases escritas en un testamento. Cada institución es un sistema de reglas constitutivas y cada hecho institucional se basa en una o más reglas constitutivas de una institución<sup>7</sup>.

5. John R. SEARLE, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, cit., pp. 34 y ss.

6. Amedeo G. CONTE, *Regola Costitutiva, Condizione, Antinomia*, vol. *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Estudios dedicados a Norberto Bobbio, edición a cargo de U. Scarpelli, Edizioni di Comunità, Milán, 1983, pp. 28 y 29.

7. John R. SEARLE, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, cit., pp. 50 a 53.

Si nos atenemos a la institución de la promesa debemos aceptar, según Searle, que del simple hecho según el cual una persona pronuncia ciertas palabras podemos deducir el hecho institucional según el cual esa persona tiene una obligación. Mediante la referencia a la institución de la promesa y, en concreto, a la regla constitutiva por la cual "Prometer es asumir una obligación", generamos hechos institucionales. Del "ser" deducimos el "deber ser"<sup>8</sup>.

## 2. TEORÍA DE LAS REGLAS CONSTITUTIVAS

### 2.1. Concepto y características fundamentales

#### 2.1.1. "Regole costitutive" en Conte

Conte define las reglas constitutivas ("regole eidetico-costitutive"<sup>9</sup>) como las reglas que "son el 'prius' de aquello sobre lo que versan en el triple sentido de que de ello son condición (eidética) de concebibilidad, condición (aléthica) de posibilidad y condición (noética) de perceptibilidad". No versan sobre actos, situaciones o entidades cronológicamente preexistentes ni ontológicamente independientes, sino que en sí mismas constituyen la actividad sobre la que versan y, en ella, su praxis<sup>10</sup>.

Conte denomina a las unidades de praxis constituidas por reglas constitutivas "praxemas". Un subconjunto de los praxemas son los "pragmemas", los "tipos" ("types") de actos constituidos por reglas constitutivas, distintos de las "réplicas" ("tokens") singulares de esos tipos. Así, en el juego del ajedrez, el alfil es un praxema en cuanto "type" distinto de los alfiles ("tokens") individuales. Los "tokens" del alfil están localizados espacialmente (por ejemplo, el alfil negro que se mueve por las casillas blancas de mi juego de ajedrez indio), mientras que el alfil como

8. John R. SEARLE? *How to derive "ought" from "is"*, cit., p. 131.

9. Dejamos para el próximo epígrafe la distinción entre las "reglas constitutivas" y las "reglas eidético-constitutivas".

10. Amedeo G. CONTE, *Eidos. An Essay on Constitutive Rules*, vol. *Normative Structures of the Social World*, edición a cargo de G. di Bernardo, Rodopi, Amsterdam, 1988, p. 252. También *Regola Costitutiva, Condizione, Antinomia*, cit., pp. 23 y 24.

“type” no está localizado espacialmente, no tiene un lugar espacial, sino que “es” un “lugar deóntico”<sup>11</sup>.

Junto a esta definición ontológica, Conte ofrece una definición semiótica: “Las reglas constitutivas son aquéllas que determinan la ‘connotación’ de los términos que designan los praxemas regulados por las reglas”. Praxemas como las piezas, los pragmemas o las situaciones del juego son designados, respectivamente, por términos como “alfil”, “enroque” o “jaque”, cuya connotación está determinada por las reglas constitutivas del ajedrez<sup>12</sup>.

### 2.1.2. Características

a) En contraste con la significación común del término “regla”, se invierte la relación entre ésta y aquello que regula. Las reglas constitutivas no son posteriores a las situaciones reguladas y, lo que es más destacable, no derivan lógicamente de la experiencia de las acciones que se realizan conforme a ellas, ya que precisamente son condiciones de posibilidad de esa misma experiencia. Si muevo mi alfil blanco de forma que doy jaque al rey negro, no estoy ante un “token” del “type” jaque si no realizo la acción en el contexto de las reglas constitutivas del jaque en el ajedrez. En palabras de Conte, “es sólo por medio de las reglas que un ‘token’ de un ‘type’ constituido por las reglas puede percibirse como ‘instantiation’ (‘realización paradigmática’) del propio ‘type’”<sup>13</sup>.

b) Las reglas constitutivas no pueden ser antinómicas. Al contrario de lo que ocurre con otras reglas de diferente naturaleza, una regla constitutiva no puede prohibir lo que otra permite ni obligar a lo que otra faculta. Esto es así porque, volviendo a usar la expresión de Conte, el objeto de las reglas constitutivas es su “lugar deóntico”. Las reglas constitutivas “El defensor del pueblo se ocupará de la defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos” y “El defensor del pueblo no se ocupará de la defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos” no son contradictorias. Simplemen-

11. Amedeo G. CONTE, *Fenomeni di fenomeni*, Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, n° 63, 1966, pp. 36 a 40. Conte explica que para construir el concepto de “lugar deóntico” (“luogo deontico”) se inspiró en un pasaje de la obra de Wittgenstein “The Blue and Brown Books”: “It is though we looked for the place of the king of which the rules of chess treat, as opposed to the places of the various bits of wood, of the kings of the various sets” (“Es como si buscáramos el lugar que ocupa el rey del que hablan las reglas del ajedrez, en oposición al lugar que ocupan los trozos de madera que representan los reyes de cada juego de ajedrez concreto”).

12. Amedeo G. CONTE, *Eidos. An Essay on Constitutive Rules*, cit., p. 252.

13. Amedeo G. CONTE, *Fenomeni di fenomeni*, cit., pp. 52 y 53.

te ocurre que, si las dos reglas son constitutivas, términos como “defensor”, “pueblo” o “defensa” tienen un sentido diferente en cada una de ellas<sup>14</sup>.

c) Las reglas constitutivas no son susceptibles de incumplimiento. Como se deduce de la indicación de Searle<sup>15</sup>, si yo muevo el peón en diagonal o si doy jaque mate amenazando a la dama en vez de amenazar al rey, no violo las reglas constitutivas del ajedrez, sino que me limito a mover las piezas al margen del juego del ajedrez. Igualmente, si yo reúno en mi casa a mis amigos y elaboramos normas para todo el país, no estamos violando la Constitución, sino que simplemente realizamos actos que nada tienen que ver con la “institución” de la Constitución. Ya Von Wright había señalado que es un requisito lógico de las reglas constitutivas que sea posible cumplirlas, pues en caso contrario el “juego” - ajedrez, ordenamiento jurídico,... - se “derrumbaría”<sup>16</sup>. Para Ross, las reglas constitutivas, al definir aquello sobre lo que versan, son inviolables; pero, como advierte Guastini, la inviolabilidad de las reglas constitutivas, tal como la entiende Ross, no es ontológica sino semántica: no es ontológicamente imposible realizar un acto que suponga el incumplimiento de una regla constitutiva, pero cuando se realiza no es semánticamente apropiado hablar de violación<sup>17</sup>.

## 2.2. Reglas eidético-constitutivas, reglas thético-constitutivas, reglas noético-constitutivas

La definición ontológica de las reglas constitutivas ofrecida por Conte es una definición en términos de condición. En cuanto que las reglas constitutivas (las “constitutive rules” de Searle) son condiciones eidéticas de pensabilidad de aquello sobre lo que versan, Conte prefiere llamarlas “reglas eidético-constitutivas” (“regole eidetico-costitutive”). Quedan así diferenciadas de las “norme costitutive” de Carcaterra, reglas que “ponen por sí mismas el estado de cosas sobre el que versan”. Estas son constitutivas en un sentido diferente al de las reglas eidético-constitutivas: en el sentido de que son “constitución, posición de aquello sobre lo que versan”.

14. Amedeo G. CONTE, *Regola Costitutiva. Condizione. Antinomia*, cit., pp. 33 a 35.

15. John R. SEARLE, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, cit., p. 41.

16. Georg H. VON WRIGHT, *Norm and Action*, cit., pp. 103 y ss. (en la trad. cit. *Norma y Acción*, pp. 128 y ss.).

17. Alf ROSS, *Lógica de las normas*, cit., pp. 54 y ss.; Riccardo GUASTINI, *Teorie delle regole costitutive*, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, n° 60, 1983, pp. 560 y ss.

Son las reglas - que sólo impropriadamente pueden llamarse constitutivas - "thético-constitutivas"<sup>18</sup>.

En el caso de las reglas thético-constitutivas la condición en la que se apoyan es una condición suficiente. Las reglas thético-constitutivas son condición suficiente de aquello sobre lo que versan. La regla "Las personas físicas que residan en España más de 183 días al año se considerarán españolas a los efectos de su obligación tributaria derivada del Impuesto de la Renta" es thético-constitutiva porque pone por sí misma, constituye, el estado de cosas sobre el que versa. Residir en España más de 183 días al año es una condición suficiente, aunque no tiene por qué ser necesaria, para que una persona física esté sometida a la obligación tributaria derivada del Impuesto de la Renta.

En cuanto a las reglas eidético-constitutivas, son -siguiendo a Conte ("Regola Costitutiva, Condizione, Antinomia" 1983)- "individualmente condición necesaria, y conjuntamente condición suficiente y necesaria de aquello sobre lo que versan". Posteriormente aclara que, propiadamente, las reglas eidético-constitutivas sólo pueden considerarse "condición necesaria y suficiente" de aquello sobre lo que versan, pues sólo por metonimia se puede afirmar que una regla es eidético-constitutiva. Conte atribuye implícitamente a Searle la tesis, originaria de Wittgenstein, según la cual la constitutividad eidética no puede referirse a reglas aisladas, sino a sistemas o conjuntos de reglas<sup>19</sup>.

De esta manera, Conte no distingue entre las reglas constitutivas que son condición necesaria de aquello sobre lo que versan y las reglas constitutivas que son condición necesaria y suficiente de aquello sobre lo que versan, pues parte de que son las mismas entidades contempladas desde diversos puntos de vista. Parece que esta posición viene motivada por una parcial interpretación de las tesis de Searle. Searle, como muy bien ha puesto de relieve Guastini, no dio un único concepto de regla constitutiva. Por una parte, habla de reglas constitutivas como aquellas que "constituyen una actividad cuya existencia es lógicamente dependiente de las reglas"; es decir, las reglas constitutivas condicionan la existencia de la actividad a la que se refieren. Pero por otra parte habla de reglas constitutivas como aquellas que pueden formalizarse así: "X counts as Y" o "X counts as Y

---

18. Amedeo G. CONTE, *Regola Costitutiva, Condizione, Antinomia*, cit., p. 25.

19. "Cuestionarse si una regla es eidético-constitutiva es tan impropio como preguntar por el ruido que se hace al aplaudir con una sola mano" (Amedeo G. CONTE, *Regola Costitutiva, condizione, Antinomia*, cit., pp. 29 y 30).

in context C”<sup>20</sup>. Conte se centra en el primer sentido de constitutividad para construir su concepto de reglas eidético-constitutivas, pero en el segundo sólo se fija a la hora de realizar su estudio tipológico. Y mientras en el primer sentido la constitutividad se refiere forzosamente a un conjunto de reglas, en el segundo sentido las fórmulas “X counts as Y” o “X counts as Y in context C” pueden también referirse a reglas individuales. Como señala Searle, en el caso de reglas como “cada equipo se compondrá de cinco jugadores” no se puede hablar propiamente de constitutividad salvo si la regla se interpreta como un fragmento de una regla constitutiva general que englobaría todas las reglas del baloncesto. Esa regla constitutiva sí sería condición necesaria y suficiente de aquello sobre lo que versara. Pero, asimismo, puede haber reglas individuales estructuradas conforme al modelo “X counts as Y” o “X counts as Y in context C”, como la propia regla “Prometer es asumir una obligación”, que es en sí misma constitutiva sin tener que remitirse al sistema normativo del que forma parte. La regla constitutiva “Prometer es asumir una obligación” es condición necesaria, aunque no tiene por qué ser condición suficiente, de aquello sobre lo que versa<sup>21</sup>.

Por lo tanto, si una regla singular puede en sí misma ser constitutiva, no debe identificarse su constitutividad con la de un conjunto sistemático de reglas. Como consecuencia, la constitutividad no se puede definir simultáneamente en términos de condición necesaria -en el caso de las reglas individuales- y en términos de condición suficiente y necesaria- en el caso de sistemas de reglas. Junto a las reglas eidético-constitutivas, reglas que son condición necesaria de aquello sobre lo que versan, coexisten, además de las reglas thético-constitutivas -reglas que son condición suficiente de aquello sobre lo que versan-, las reglas noético-constitutivas, reglas que son condición necesaria y suficiente de aquello sobre lo que versan. La constitutividad de las reglas, expresada en términos ontológicos, se desmembra así en tres especies de reglas constitutivas diferenciadas según el tipo de condición que las define.

---

20. John R. SEARLE, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, cit., pp. 34 y 35; Riccardo GUASTINI, *Cognitivismo ludico e regole costitutive*, vol. *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Estudios dedicados a Norberto Bobbio, edición a cargo de U. Scarpelli, Edizioni di Comunità, Milán, 1983, pp. 165 a 168.

21. John R. SEARLE, *Speech acts. An Essay in the Philosophy of Language*, cit., p. 36.

### 2.3. Reglas constitutivas ónticas, reglas constitutivas deónticas

Observemos estas dos reglas constitutivas: a) “El Senado es la Cámara de representación territorial” (art. 69.1 de la Constitución Española); b) “El Senado es elegido por cuatro años. El mandato de los Senadores termina cuatro años después de su elección o el día de la disolución de la Cámara” (art. 69.6 de la Constitución Española). Ambas son sintácticamente descriptivas, pero mientras que la primera es una regla constitutiva óntica, la segunda es una regla constitutiva deóntica formulada en términos descriptivos. El primer apartado del art. 69 define; el sexto preceptúa. De hecho, éste podría igualmente formularse así: “El senado *debe ser* elegido por cuatro años. El mandato de los Senadores *debe* terminar cuatro años después de su elección o el día de la disolución de la Cámara”.

Esta distinción fundamental entre reglas constitutivas ónticas y reglas constitutivas deónticas conlleva una importante consecuencia en relación con el concepto de regla constitutiva. Como apunta Conte, la relación de condición necesaria entre la regla y lo regulado es diferente en un caso y en otro. La relación de condición necesaria entre una regla constitutiva óntica y aquello sobre lo que versa es simple (la relación de condición necesaria entre el art. 69.1 y la consideración del Senado como Cámara de representación territorial es simple). La relación de condición necesaria entre una regla constitutiva deóntica y aquello sobre lo que versa es doble: en primer lugar, una regla constitutiva deóntica es condición necesaria del “type” de los pragmemas a los que se refiere, ya que los pragmemas como “types” son los “lugares deónticos” de sus reglas constitutivas; en segundo lugar, la conformidad con una regla constitutiva deóntica es condición necesaria para la existencia de un “token” de ese “type” (el art. 69.6 es condición necesaria de la limitación temporal de su mandato (“type”))<sup>22</sup>.

Existe una última heterogeneidad que destacar en relación con las reglas constitutivas deónticas. Pensemos en el art. 143.1 de la Constitución Española, que impone a los territorios que deseen constituir una Comunidad Autónoma la conformidad con el Título VIII de la Constitución y con sus respectivos Estatutos: “... las provincias limítrofes con características históricas, culturales y económicas comunes, los territorios insulares y las provincias con entidad regional histórica podrán acceder a su autogobierno y constituirse en Comunidades Autónomas con arreglo a lo previsto en este Título y en los respectivos Estatutos”. Esta norma forma parte de un tipo de reglas que, como señala Conte, prescriben “formas de acción”, estructuran “el eje paradigmático” del sistema normativo, ya que determinan

---

22. Amedeo G. Conte, *Regola Costitutiva, Condizione, Antinomia*, cit., pp. 30 y 31.

paradigmas de posibilidad al establecer posibles actuaciones correctas de los destinatarios de las reglas. Por el contrario, el art. 69.6 no prescribe “formas de acción”, sino “normas de acción”, no determina paradigmas de posibilidad sino que “ordena una determinada prosecución del juego”, estipula un modo de actuación concreto por parte de los destinatarios de las reglas. A estos dos tipos de reglas constitutivas, que bien podrían llamarse, respectivamente, relativas y absolutas, condicionales e incondicionales, o incluso hipotéticas y categóricas, se les conoce, en el contexto de la teoría de las reglas constitutivas, como reglas paradigmáticas y reglas sintagmáticas<sup>23</sup>.

#### 2.4. La “Norma Fundamental” del ordenamiento como regla constitutiva

¿Es la “Norma Fundamental” de un ordenamiento una regla constitutiva? ¿Crea o define nuevas formas de conducta, “constituye” una actividad cuya existencia es dependiente, desde el punto de vista lógico, de la propia regla? ¿Es condición de aquello sobre lo que versa? Analizando el pensamiento de Kelsen parece que podemos responder afirmativamente. Esta conclusión se puede desprender de “Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts” (1920), “Reine Rechtslehre” (1ª ed., 1934) y “Reine Rechtslehre” (2ª ed., 1960).

En “Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts” Kelsen, como ha recordado Carrino, considera la Norma Fundamental como idea “originaria” o “hipotética” -en el sentido específicamente gnoseológico de la filosofía de Cohen- que “constituye”, produce, su específico objeto de conocimiento<sup>24</sup>. Es el presupuesto jurídico fundamental del que se deduce todo el ordenamiento jurídico positivo. En palabras de Kelsen, “este presupuesto jurídico, este punto de partida, esta norma originaria que llamo constitución en sentido lógico-jurídico -en cuanto que determina los órganos supremos del Estado, las fuentes jurídicas supremas- desarrolla plenamente la función de hipótesis fundamental”. Esto no significa que todas las normas jurídicas vienen presupuestas materialmente, sino que “la norma originaria hipotética es (sólo) una suprema regla de producción... El deber jurídico se llena gradualmente de contenido mediante el hecho empírico de las deliberaciones legislativas o las órdenes del monarca, mediante los actos judiciales, mediante las decisiones u ordenanzas de las autoridades adminis-

23. Ibid, pp. 26 y 27.

24. Agostino CARRINO, *Il tramonto della sovranità*, también publicado como presentación a la obra de H. KELSEN *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale*, edición a cargo suya, Giuffrè, Milán, 1989, pp. 14 y ss.

trativas. El contenido de un ser se convierte así en contenido de un deber ser". La Norma Fundamental "no es puesta ni creada consuetudinariamente, sino que ella misma constituye el presupuesto de la normatividad y la costumbre como fuentes del derecho"<sup>25</sup>.

También en la primera edición de la "Reine Rechtslehre" Kelsen insistirá en que "una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad"<sup>26</sup>. Sólo la hipótesis de una Norma Fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos, ya que la Norma Fundamental no es "puesta", sino "supuesta". Todos los juicios que atribuyen un carácter jurídico a una relación entre individuos "sólo son posibles con la condición general de suponer la validez de una norma fundamental"<sup>27</sup>. Kelsen incidirá en esta idea al señalar en la segunda edición de la "Teoría pura del Derecho" que "sólo presuponiendo la norma fundamental es posible interpretar el sentido subjetivo del acto constituyente y de los actos estatuidos conforme a la constitución en sentido objetivo; es decir, como norma jurídica objetivamente válida", de cuya interpretación es la propia Norma Fundamental "condición lógico-trascendental"<sup>28</sup>.

Es precisamente la noción de Norma Fundamental como "condición lógico-trascendental de pensabilidad" de los fenómenos normativos la que debe servir, a juicio de Conte, para acabar con los enigmas que rodean el concepto de "Norma Fundamental". Conte resalta que la Norma Fundamental es la regla constitutiva del ordenamiento, pero no en el sentido de que origina diacrónicamente la validez normativa, sino en el sentido de que origina sincrónicamente cada juicio de validez normativa ("la 'Grundnorm' è non (diacronica) origina della 'validità', ma (sincronica) 'origo' d'ogni 'guidizio di validità'")<sup>29</sup>.

25. Hans Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Mogh, Tubinga, 1928, pp. 91 y ss. y nota 8 del capítulo IV. En la trad. italiana cit. *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale*, pp. 141 y ss. y misma nota.

26. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Deuticke, Viena, 1934. Cito por la trad. cast. de M. Nilve *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 1960, p. 135.

27. *Ibid.*, pp. 138 y ss.

28. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., Deuticke, Viena, 1960, pp. 204 y ss. Utilizo la trad. italiana de M. Losano *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Turín, 1966 (pp. 227 y ss.).

29. Amedeo G. Conte, *Fenomeni di fenomeni*, cit., p. 56 y nota 43.

Aunque Conte habla de Norma Fundamental como regla eidético-constitutiva, la Norma Fundamental no es sólo condición necesaria de aquello sobre lo que versa; es de ello la única condición necesaria, es condición necesaria y suficiente. En efecto, Conte utiliza la noción de regla eidético-constitutiva, como hemos visto antes, para aludir a las reglas que son “separadamente” condición necesaria y “conjuntamente” condición necesaria y suficiente de la praxis a la que se refieren. Habría que precisar que, propiamente, la Norma Fundamental es una regla noética-constitutiva, como de hecho el mismo Conte, en un reciente trabajo, ha aceptado al señalar que en un ordenamiento “la validez sintáctica queda relativizada a aquella regla noética-constitutiva llamada Norma Fundamental”<sup>30</sup>.

### 3. REGLAS ANANCÁSTICO-CONSTITUTIVAS

#### 3.1. Concepto, caracteres y tipos

La expresión “regla anancástico-constitutiva” ha sido propuesta por Amedeo Conte para designar las reglas que instauran una relación de condición necesaria; es decir, que “ponen” una condición necesaria para que un acto o circunstancia posea un determinado valor. Mientras que las reglas eidético-constitutivas *son* condiciones necesarias de las actividades sobre las que versan (“X cuenta como Y”, “X tiene el valor de Y”), las reglas anancástico-constitutivas *ponen* condiciones necesarias para que un acto o circunstancia posea un determinado valor (“X debe ser N para contar como Y”, “X debe ser N para tener el valor de Y”). Desde un punto de vista semiótico, las reglas eidético-constitutivas determinan la “connotación” de los términos que designan la praxis constituida por ellas y sus praxemas; en concreto, determinan la connotación de los “praxeónimos” (“nomina actionis”) que designan los pragmemas de la praxis que constituyen. Las reglas anancástico-constitutivas no determinan, sino que presuponen la connotación de los términos que designa la praxis; es decir, establecen su

---

30. Conte resume con una frase de Kant todo lo que puede dar de sí el estudio de la noción de Norma Fundamental desde la perspectiva de la teoría de las reglas constitutivas: “die Vernunft nur das einsieht, was sie selbst nach ihrem Entwurfe hervorbringt” (“la razón ve sólo aquello que ella misma, según su propio diseño, produce”) (Amedeo G. CONTE, *Minima Deontica*, Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, n° 65, 1988, nota 15).

denotación al poner condiciones necesarias de validez de las entidades designadas por estos términos<sup>31</sup>.

Las reglas anancástico-constitutivas, en cuanto que ponen condiciones necesarias para que un acto o circunstancia posea determinado valor, ponen también condiciones suficientes para que el mismo acto o circunstancia no posea ese valor; es decir, al establecer condiciones necesarias de validez, establecen también condiciones suficientes de invalidez. Contempladas desde este punto de vista es más fácil delimitar las reglas anancástico-constitutivas de aquéllas que sólo lo son en apariencia. Así, el art. 1280, 3º del Código civil español (“Deberán constar en documento público las capitulaciones matrimoniales y sus modificaciones”) es una regla anancástico-constitutiva porque exige una condición para que un acto posea un determinado valor y porque es suficiente que no se cumpla esa condición para que el mismo acto no posea ese valor. Pensemos, sin embargo, en la siguiente norma: “Los contratos pueden ser *anulados*, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que posean alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley. La acción de nulidad sólo durará cuatro años”. Esta regla no es realmente anancástico-constitutiva, no pone realmente una condición necesaria para que un determinado acto sea válido, no pone realmente una condición suficiente para que un determinado acto no sea válido, sino que simplemente establece la posibilidad de que pueda ser invalidado. Para las reglas que no ponen condiciones necesarias de validez y condiciones suficientes de invalidez, sino que ponen condiciones suficientes de anulabilidad, G. Azzoni ha propuesto la expresión “reglas parancástico-constitutivas” (“regole parankastico-costitutive”)<sup>32</sup>.

Por otra parte, las reglas anancástico-constitutivas, a diferencia de las reglas eidético-constitutivas, pueden ser antinómicas. Dos reglas anancástico-constitutivas son antinómicas cuando ponen, respecto a un mismo condicionado, condiciones necesarias incompatibles. Por ejemplo, habría antinomia entre estas dos reglas anancástico-constitutivas: a) “Deberán constar en documento público las capitulaciones matrimoniales y sus modificaciones” (art. 1280, 3º del Código civil español); b) “No podrán constar en

---

31. Amedeo G. CONTE, *Phénoménologie du langage déontique*, vol. *Les Fondements logiques de la pensée normative*, Actas del Coloquio de Lógica Deóntica de Roma (Abril 1983), edición a cargo de G. Kalinowski y F. Selvaggi, Editrice Pontificia Università Gregoriana, Roma, 1985, pp. 187 a 190. Véase también Amedeo G. CONTE, *Fenomeni di fenomeni*, cit., pp. 49 a 51.

32. Giampaolo AZZONI, *Condizioni costitutive*, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, nº 63, 1986, pp. 173 y 174.

documento público las capitulaciones matrimoniales y sus modificaciones”<sup>33</sup>.

En base a la tipología realizada por G. Azzoni, las reglas anancástico-constitutivas pueden clasificarse atendiendo a tres criterios: el de la naturaleza de la condición puesta por la regla, el de la singularidad o pluralidad de la condición puesta por la regla y el de la estructura sintáctica de la regla<sup>34</sup>.

Conforme al primer criterio, distinguimos las reglas anancástico-constitutivas que ponen una condición cuya realización es dependiente de determinadas actuaciones subjetivas (Ej.: “El comodatario está obligado a satisfacer los gastos ordinarios que sean de necesidad para el uso y conservación de la cosa prestada”, art. 1743 del Código civil español) de las reglas anancástico-constitutivas que ponen una condición cuya realización es dependiente de un estado de cosas objetivo (Ej.: “No podrán ser testigos en los testamentos los menores de edad”, art. 681, 1º del Código civil español).

Conforme al segundo criterio, distinguimos las reglas anancástico-constitutivas que ponen una sola condición (Ej.: “Serán nulos los actos a título gratuito si no concurre el consentimiento de ambos cónyuges”, art. 1378 del Código civil español) de las reglas anancástico-constitutivas que ponen más de una condición, en cuyo caso basta la concurrencia de una de ellas para que el acto sea válido (Ej.: “La nacionalidad española se adquirirá por residencia en España por tiempo de diez años, previa solicitud del interesado, y mediante concesión otorgada por el Ministro de Justicia...”, art. 22 del Código civil español).

Conforme al tercer criterio, distinguimos las reglas anancástico-constitutivas con estructura sintáctica proposicional (Ej.: “El poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos mientras no sea interrumpida legalmente la posesión”, art. 451.1 del Código civil español) de las reglas anancástico-constitutivas con estructura sintáctica normativa (Ej.: “El usufructuario deberá cuidar las cosas dadas en usufructo como un buen padre de familia”, art. 497 del Código civil español).

---

33. *Ibid*, pp. 181 y 182.

34. *Ibid*, pp. 164 a 167.

### **3.2. Reglas metatético-constitutivas, reglas nómico-constitutivas**

Las reglas anancástico-constitutivas “ponen” condiciones para la validez de actos o circunstancias; en ello se asemejan a las restantes “reglas hipotético-constitutivas” (reglas que ponen condiciones, “regole ipotetico-costitutive”, expresión propuesta por Azzoni). No obstante, la relación de condición que instauran las reglas anancástico-constitutivas es una relación de condición necesaria, no una relación de condición suficiente ni una relación de condición necesaria y suficiente. A las reglas hipotético-constitutivas que “ponen” una condición suficiente se les ha denominado “reglas metatético-constitutivas” y a las reglas hipotético-constitutivas que “ponen” una condición necesaria y suficiente se les ha denominado “reglas nómico-constitutivas”.

Reglas metatético-constitutivas son aquéllas que “ponen” una condición suficiente para que un acto o circunstancia posea un valor determinado. Por ejemplo, el art. 1733 del Código civil español establece que “el mandante puede revocar el mandato a su voluntad”. Este precepto pone una condición suficiente -la voluntad del mandante favorable a la revocación- para que una circunstancia posea un valor determinado, para que una circunstancia “cuenta” en un determinado sentido -para que el mandato “cuenta” como revocado.

Reglas nómico-constitutivas son aquéllas que ponen una condición necesaria y suficiente para que un acto o circunstancia posea un valor determinado. Por ejemplo, el art. 17 del Código civil español señala que “Son españoles de origen: 1º) Los hijos de padre o madre españoles. 2º) Los nacidos en España de padres extranjeros si, al menos uno de éstos, hubiera nacido también en España... 3º) Los nacidos en España de padres extranjeros si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad. 4º) Los nacidos en España cuya filiación sea desconocida...” Esta norma pone como condición necesaria para que una persona “valga” como español, para que “cuenta” como español, que se cumpla alguno de los cuatro requisitos citados. Además, esa condición es también suficiente, ya que siempre que cumpla alguno de los requisitos la persona “vale” necesariamente como español, “cuenta” necesariamente como español.

También es una regla nómico-constitutiva el art. 168 de la Constitución española: “1. Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título preliminar,... se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes. 2. Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser

aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras. 3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación”. Esta norma establece las condiciones necesarias para que unos actos tengan el valor de revisión constitucional; esas condiciones son además suficientes, ya que, si se cumplen, es necesariamente válida la revisión constitucional. Pero lo más relevante es que, para Guastini, esta norma, junto a los art. 166, 167 y 169, que complementan la regulación de la reforma constitucional, sería la “Norma Fundamental” del ordenamiento jurídico español, no en el sentido de “Grundnorm” kelseniana, pero sí en el sentido de que establece el procedimiento de producción de las normas constitucionales e, implícitamente, de las restantes normas del ordenamiento, por lo cual es superior a todas ellas, y sin embargo no existe ninguna otra norma que establezca el procedimiento de revisión del propio art. 168, no existe ninguna norma superior al art. 168<sup>35</sup>. Aunque empíricamente es un precepto constitucional más, lógicamente está “más allá” de la Constitución, se sitúa a un nivel metalingüístico respecto a la Constitución. El art. 168, como norma metaconstitucional, sería, para Guastini, la regla constitutiva del “juego” llamado “ordenamiento jurídico español”, y su modificación no supondría más que la fundación de un juego distinto<sup>36</sup>.

Las reglas metatético-constitutivas y las reglas nómico-constitutivas, del mismo modo que las reglas anancástico-constitutivas, admiten antinomia. Dos reglas metatético-constitutivas son antinómicas, a la inversa de lo que ocurre con las reglas anancástico-constitutivas, cuando coinciden en la condición suficiente que ponen y los condicionados son incompatibles<sup>37</sup>. Por ejemplo, respecto a la norma “A falta de capitulaciones o cuando éstas sean ineficaces, el régimen será el de la sociedad de gananciales” (art. 1316 del Código civil español), que es una regla metatético-constitutiva en tanto que pone una condición suficiente -la inexistencia de capitulaciones matrimoniales eficaces- para que “cuenta” la sociedad de gananciales, estaría en antinomia la regla metatético-constitutiva “A falta de capitulaciones o cuando éstas sean ineficaces, el régimen será el de separación de bienes” (siempre que entendamos como incompatibles los regímenes de la sociedad de gananciales y de separación de bienes).

---

35. Riccardo GUASTINI, *Problemi d'analisi del linguaggio normativo*, vol. *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, edición a cargo de A. Febbrajo y R. Guastini, Il Mulino, Bologna, 1982, pp. 60 y 61.

36. Guastini realiza análogas consideraciones en relación con el art. 138 de la Constitución italiana, en el que se regula la reforma constitucional (Riccardo GUASTINI, *Problemi d'analisi del linguaggio normativo*, cit., p. 64).

37. Giampaolo AZZONI, *Condizioni costitutive*, cit., p. 183.

Puede haber antinomia entre reglas nómico-constitutivas en dos casos: en el caso de identidad de condicionantes e incompatibilidad de condicionados y en el caso de identidad de condicionados e incompatibilidad de condicionantes<sup>38</sup>. En la primera hipótesis las dos reglas nómico-constitutivas ponen una misma condición necesaria y suficiente para que un acto o circunstancia “cuenta” y “no cuenta”, “sea válido” y “no sea válido”; por ejemplo, serían antinómicas las reglas nómico-constitutivas “Únicamente los varones realizarán el servicio militar obligatorio” y “Únicamente los varones no realizarán el servicio militar obligatorio”. En la segunda hipótesis las reglas nómico-constitutivas antinómicas hacen depender la validez o invalidez de un determinado acto o circunstancia de dos condiciones necesarias y suficientes incompatibles; por ejemplo, serían antinómicas las reglas nómico-constitutivas “Sólo los mayores de 18 años podrán cumplir con la obligación de votar” y “Sólo los menores de 18 años podrán cumplir con la obligación de votar”.

### 3.3. Reglas técnicas

#### 3.3.1. Reglas hipotético-constitutivas versus reglas técnicas

Por reglas técnicas se entienden aquéllas que ordenan un comportamiento en tanto que condición de realización de un fin posible. Las reglas técnicas no son una condición -como las reglas constitutivas-, ni ponen una condición -como las reglas hipotético-constitutivas-, sino que presuponen una condición, se apoyan implícitamente en la existencia de una condición. El concepto de condición determina también, por consiguiente, el concepto de regla técnica. Lo determina, además -siguiendo a Conte-, en un doble sentido: el comportamiento que la regla técnica ordena se prescribe “bajo condición” (bajo la condición subjetiva de perseguir un fin) y “en tanto que condición” (en tanto que condición objetiva de consecución del fin que se persigue)<sup>39</sup>.

La génesis de este concepto de regla técnica, ofrecido en el contexto de una teoría de las reglas constitutivas, se encuentra también en el trabajo de Von Wright “Norm and Action”, en el que el lógico finlandés llama “directrices” o “normas técnicas” a las reglas que tratan los medios a

38. Ibid, p. 184.

39. Amedeo G. Conte, *Phénoménologie du langage déontique*, cit., pp. 183 y 184. Véase también María Angeles BARRERE UNZUETA, *La escuela de Bobbio*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 230 y ss.

emplear para alcanzar un determinado fin. La formulación tipo de las normas técnicas es la oración condicional en cuyo antecedente se menciona el fin que persigue el agente, y en cuyo consecuente se menciona la conducta a realizar para la consecución del fin (“Si deseas A, debes hacer B”). Ahora bien, la regla técnica no coincide con la regla hipotético-constitutiva -en la terminología de Von Wright, con la “proposición anancástica”- en la que se basa; es decir, no coincide con la regla hipotético-constitutiva que pone la condición presupuesta por la regla técnica. Pensemos en la regla técnica “Si quieres obtener entradas para el concierto, debes guardar cola durante dos horas”, que presupone la condición necesaria puesta por la regla hipotético-constitutiva “Para obtener entradas para el concierto se debe guardar cola durante dos horas”. La regla técnica tiene como trasfondo una intención declarada de lograr un fin, pero la regla hipotético-constitutiva se limita a describir un estado de cosas que es condición de otro estado de cosas. La regla hipotético-constitutiva prescribe un comportamiento “en tanto que condición” (objetiva). La regla técnica prescribe un comportamiento “en tanto que condición” (objetiva) y “bajo condición” (subjetiva)<sup>40</sup>.

Veinte años después, Von Wright precisa su posición en *Norms, Truth and Logic*: “Cuando (decimos que) de la norma según la cual *debe* ser el caso que ‘si p entonces q’, en combinación con el hecho de que es el caso que ‘p’, ‘inferimos’ que *debe* ser el caso que ‘q’, usamos ‘debe’ (‘ought’) en dos sentidos. El primero es un ‘deber’ propiamente dicho, un ‘deber deóntico’ (‘deontic Ought’); el segundo, en el que ‘must’ es más apropiado que ‘ought’, es un ‘deber técnico’ (‘technical Ought’) o ‘necesidad práctica’ (‘practical necessity’)”. “Must” no es propiamente un concepto normativo, ya que expresa que un estado de cosas tiene que ser puesto para que otro estado de cosas sea. Una “norma técnica”, es decir, un “enunciado basado en un deber técnico” (“a technical ought-statement”) suele ser elíptica, ya que contiene una referencia implícita a algo que no será si lo que debe (“must”) ser no es. Alude a un fin real o potencial de la acción humana, y no se debe confundir con “las normas condicionales en sentido deóntico”, con los enunciados basados en un deber deóntico (“ought”). El deber de la regla técnica “Si quieres obtener entradas para el concierto, debes (‘must’) guardar cola durante dos horas” es un deber técnico, mientras que el deber de la regla hipotético-constitutiva “Para obtener entradas para el concierto se debe (‘ought’) guardar cola durante dos horas” es un deber deóntico, al

---

40. Georg H. VON WRIGHT, *Norm and Action*, cit., p. 10 (En la trad. cast. citada *Norma y Acción*, p. 29).

margen de que sintácticamente ambas reglas pudieran haberse construido idénticamente<sup>41</sup>.

Las reglas técnicas, por consiguiente, prescriben un comportamiento en tanto que condición de realización de un fin posible, en tanto que es necesario el cumplimiento de una condición para conseguir un fin. Pero que sea necesario cumplir una condición no significa que ésta sea una condición necesaria; puede ser también necesario cumplir una condición suficiente o cumplir una condición necesaria y suficiente. Paralelamente a la división de las reglas hipotético-constitutivas en reglas anancástico-constitutivas -reglas que ponen una condición necesaria-, reglas metatético-constitutivas -reglas que ponen una condición suficiente- y reglas nómico-constitutivas -reglas que ponen una condición necesaria y suficiente-, las reglas técnicas se dividen en reglas anancásticas -reglas basadas en reglas anancástico-constitutivas, reglas que presuponen condiciones necesarias-, reglas metatéticas -reglas basadas en reglas metatético-constitutivas, reglas que presuponen condiciones suficientes- y reglas nómicas -reglas basadas en reglas nómico-constitutivas, reglas que presuponen condiciones necesarias y suficientes<sup>42</sup>.

Así, por ejemplo, la regla "Si quieres otorgar o modificar capitulaciones matrimoniales, debes hacerlas constar en documento público" es una regla técnica anancástica que presupone la condición necesaria puesta por la regla anancástico-constitutiva "Deberán constar en documento público las capitulaciones matrimoniales y sus modificaciones" (art. 1280.3 del Código civil español); la regla "Si quiere revocar el mandato, el mandante debe expresar su voluntad en tal sentido" es una regla técnica metatética que presupone la condición suficiente puesta por la regla metatético-constitutiva

---

41. Georg H. VON WRIGHT, *Norms, Truth and Logic*, vol. *Practical Reason. Philosophical Papers I*, Basil Blackwell, Oxford, 1983, pp. 152 y 153.

42. En opinión de Azzoni, no toda regla técnica prescribe un comportamiento en tanto que es necesario el cumplimiento de una condición para conseguir un fin. No es necesario el cumplimiento de una condición en el caso de las reglas estocásticas, las reglas que prescriben un comportamiento "en tanto que probable coeficiente de la consecución de un fin". Por ejemplo, todas las reglas paranancástico-constitutivas (las reglas que no ponen condiciones suficientes de invalidez -condiciones necesarias de validez-, sino condiciones suficientes de anulabilidad) fundan reglas estocásticas. La regla paranancástico-constitutiva "Los contratos pueden ser anulados siempre que posean alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley" funda la regla técnica estocástica "Si quieres que un contrato no pueda ser anulado debes impedir que posea alguno de los vicios que lo invalida con arreglo a la ley". Esta regla es técnica, presupone la condición puesta por la regla paranancástico-constitutiva subyacente, aunque no sea forzosamente necesario cumplir la condición para conseguir el fin que se persigue (Giampaolo AZZONI, *Regola tecnica tra ontico e deontico*, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, nº 64, 1987, pp. 310 y ss.).

“El mandante puede revocar el mandato a su voluntad” (art. 1733 del Código civil español); y la regla “Si quieres votar (a lo que estás obligado si eres mayor de edad) debes mostrar tu documento de identidad para acreditar tu mayoría de edad” es una regla técnica nómica que presupone la condición necesaria y suficiente puesta por la regla nómico-constitutiva “Todo mayor de edad está obligado a votar. Deberá mostrar su documento de identidad para acreditar su mayoría de edad”. Las reglas técnicas nómicas son particularmente relevantes por su apariencia contradictoria, puesto que en ellas coinciden la facultad y la obligación, el “puede” y el “debe”. Pero realmente son tan poco contradictorias como las reglas nómico-constitutivas subyacentes. Las reglas técnicas nómicas son simplemente poco frecuentes, ya que las reglas nómico-constitutivas suelen hacer depender el cumplimiento de una condición necesaria y suficiente de estados de cosas y no de actuaciones subjetivas, y por consiguiente sólo en escasas ocasiones se deduce de ellas una regla técnica nómica.

### 3.3.2. Reglas eidético-constitutivas versus reglas técnicas

Las reglas técnicas, como acabamos de ver, presuponen condiciones que han sido puestas por reglas hipotético-constitutivas. En particular, las reglas técnicas anancásticas presuponen condiciones necesarias que han sido puestas por reglas anancástico-constitutivas; la relación entre una regla técnica anancástica y la regla anancástico-constitutiva subyacente se basa en que la condición necesaria que la primera presupone ha sido puesta por la segunda. Por otra parte, las reglas técnicas pueden presuponer la existencia de reglas constitutivas, puesto que éstas, por definición, “son condiciones”, y las reglas técnicas presuponen la existencia de condiciones. En particular, una regla técnica anancástica puede presuponer una condición necesaria que sea una regla eidético-constitutiva. Se denominan reglas técnicas anancásticas “praxeonómicas” aquellas que presuponen condiciones necesarias que son reglas eidético-constitutivas; es decir, aquellas reglas que se “fundan” - el término es introducido en este contexto por Conte (“Tesis de la fundación”)- en reglas eidético-constitutivas. Por ejemplo, un estudioso de nuestra Constitución podría enunciar la siguiente regla técnica anancástica: “Si quieren tomar acuerdos, las Cámaras deben estar reunidas reglamentariamente y con asistencia de la mayoría de sus miembros”. Esta regla técnica anancástica se funda en la regla eidético-constitutiva “Para adoptar acuerdos, las Cámaras deben estar reunidas reglamentariamente y con asistencia de la mayoría de sus miembros” (art. 79.1 de la Constitución española) (En contraste con las reglas técnicas anancásticas “praxeonómicas”, se denominan “praxeológicas” las reglas que presuponen condiciones necesarias que no son reglas eidético-constitutivas; es decir, las reglas que no se “fundan”

en reglas eidético-constitutivas. Por ejemplo, es praxeológica la regla técnica anancástica “Si quieres no pasar frío debes abrigarte”<sup>43</sup>.

Ahora bien, una regla técnica anancástica praxeonómica y la regla eidético-constitutiva en la que se funda pueden ser sintácticamente idénticas. La regla técnica anancástica praxeonómica fundada en el art. 79.1 de la Constitución española también podría haberla formulado así un constitucionalista: “Para adoptar acuerdos, las Cámaras deben estar reunidas reglamentariamente y con asistencia de la mayoría de sus miembros”. Pero en este caso, en el marco del “juego del ordenamiento jurídico”, el constitucionalista “prescribe cómo actuar para realizar el juego”, se regula la “actividad lúdica”, mientras que la norma constitucional no da pautas o instrucciones sobre cómo realizar el juego, sino que “constituye un sistema lúdico” (Conte llama “ludos” al sistema lúdico, en contraste con la actividad lúdica o “lusus”. Pero en el idioma inglés es más clara la diferencia: “sistema lúdico” corresponde a “game”, “actividad lúdica” corresponde a “play”)<sup>44</sup>.

Esta distinción semántica entre las reglas eidético-constitutivas y las reglas técnicas anancásticas, oculta tras el manto de la identidad sintáctica, no fue totalmente apreciada por Von Wright en “Norm and Action”, donde indica que las reglas constitutivas (las “reglas del juego”), “desde el punto de vista del juego mismo, determinan cuáles son los movimientos correctos, y, desde el punto de vista de la actividad de jugar, determinan cuáles son los movimientos permitidos. Los movimientos que no son correctos están prohibidos a los jugadores del juego; un movimiento que sea el único correcto en una determinada situación del juego es obligatorio cuando uno está jugando el juego”<sup>45</sup>. Von Wright distingue la regulación del sistema lúdico de la regulación de la actividad lúdica, pero asume ambas como consecuencias lógicas de la existencia de un solo tipo de normas. La regla eidético-constitutiva “Para adoptar acuerdos, las Cámaras deben estar reunidas reglamentariamente y con asistencia de la mayoría de sus miembros” tendría la doble función de definir institucionalmente las Cámaras legislativas y de prescribir su modo de funcionamiento.

Similar postura encontramos, al menos implícitamente, en Searle, para quien “las reglas constitutivas constituyen (y también regulan) formas de

43. Amedeo G. CONTE, *Regola costitutiva, condizione, antinomia*, cit., p. 33.

44. Amedeo G. CONTE, *Fenomeni di fenomeni*, cit., p. 45.

45. Georg H. VON WRIGHT, *Norm and Action*, cit., p. 6 (en la trad. cast. citada *Norma y Acción*, p. 26).

actividad cuya existencia es lógicamente dependiente de las reglas’’<sup>46</sup>. Como de forma más precisa señalara en “Speech Acts”, “las reglas constitutivas no sólo regulan; crean o definen nuevas formas de conducta. Las reglas del fútbol o del ajedrez, por ejemplo, no sólo regulan el juego del fútbol o del ajedrez (‘do not merely regulate *playing* football or chess’), sino que es como si crearan la propia posibilidad de jugar a tales juegos” (“as it were they create the very possibility of *playing* such games’’)<sup>47</sup>.

La tesis de Von Wright y Searle (“tesis de la alonomía”, en el sentido de que defiende la existencia en las reglas eidético-constitutivas de dos “estados alotrópicos”, de dos “alonomías”: la alonomía referida al sistema lúdico y la alonomía referida a la actividad lúdica) ha sido criticada, a mi juicio certeramente, por A. Conte y T. Mazzarese, para quienes la identidad sintáctica entre una regla eidético-constitutiva y la regla técnica anancástica praxeonómica que dicha regla funda no debe confundirse con la identificación de ambas. Según su “tesis de la fundación” -tesis ontológica que, como ha puesto de manifiesto G. Azzoni, se puede reformular en términos lógicos como tesis de la implicación<sup>48</sup>- las reglas eidético-constitutivas fundan reglas técnicas anancásticas “que prescriben cómo actuar para materializar (‘instantiate’) los ‘types’ constituidos por las reglas eidético-constitutivas (esto es, para producir ‘tokens’ de los ‘types’ constituidos por reglas)”. Por lo tanto, de la homonimia entre una regla eidético-constitutiva y la regla técnica anancástica praxeonómica fundada en ella no se puede en ningún caso inferir que la regla eidético-constitutiva sea en sí misma una regla técnica anancástica<sup>49</sup>.

Quizá habría que achacar esta confusión al hecho de que la diferencia entre una regla constitutiva y una regla técnica, en general, y entre una regla

46. John R. SEARLE, *How to derive "ought" from "is"*, cit., p. 131.

47. John R. SEARLE, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, cit., pp. 33 y 34.

48. G. Azzoni pretende superar las tesis de la alonomía y de la fundación mediante una tercera, la “tesis de la presuposición”, con la que trata de expresar en términos semióticos la relación, aparentemente ontológica, entre los aspectos óntico y deóntico de las reglas técnicas. Según la tesis de la presuposición -a su vez basada en la tesis de Von Wright (*Norm and Action*, cit., p. 10) según la cual una regla técnica anancástica praxeológica presupone una regla anancástico-constitutiva- las reglas técnicas anancásticas praxeonómicas no son fundadas “por las” (“dalle”) reglas eidético-constitutivas subyacentes, sino que se fundan “sobre las” (“sulle”) reglas eidético-constitutivas subyacentes. Las reglas técnicas anancásticas praxeonómicas presuponen las reglas eidético-constitutivas subyacentes, “o mejor, presuponen la relación de condición instaurada por las reglas eidético-constitutivas subyacentes” (Giampaolo AZZONI, *Regola tecnica tra ontico e deontico*, cit., pp. 317 y 318).

49. Amedeo G. CONTE y Tecla MAZZARESE, *Founding Rules on Rules*, vol. *Reason in Law*, edición a cargo de C. Faralli y E. Pattaro, Giuffrè, Milán, 1987-88, vol. II, pp. 285 y 286.

eidético-constitutiva y una regla técnica anancástica, en particular, no es solo semántica, sino también y sobre todo pragmática. De hecho, si sólo disponemos de datos semánticos no es tan fácil diferenciar una regla eidético-constitutiva de la regla técnica anancástica praxeonómica que dicha regla funda. Si nos fijamos de nuevo en la regla eidético-constitutiva “Para adoptar acuerdos, las Cámaras deben estar reunidas reglamentariamente y con asistencia de la mayoría de sus miembros” y en la homónima regla técnica anancástica praxeonómica que formula el constitucionalista, podríamos pensar que estas dos reglas, sintácticamente idénticas, se diferencian por su significado: la primera define, constituye, es una condición necesaria; la segunda prescribe, ordena, no “es” sino que “presupone” una condición necesaria. Pero, ¿quién nos asegura que esta última no es también constitutiva, por cuanto que quien la enuncia pudiera estar pensando en definir, en constituir, y no en prescribir, bien porque ha perdido la razón, bien porque equivocadamente se cree legitimado para crear normas constitucionales? La respuesta a esta pregunta no se halla en la regla técnica anancástica praxeonómica “Para adoptar acuerdos, las Cámaras deben estar reunidas reglamentariamente y con asistencia de la mayoría de sus miembros”, que podría ser sintáctica y semánticamente idéntica a la regla eidético-constitutiva homónima, sino que hay que indagar en las características pragmáticas de las reglas eidético-constitutivas, que exigen que éstas procedan de la instancia con competencia para llevar a cabo su creación, pero ésta es una cuestión que escapa del marco teórico tradicional de las reglas constitutivas.



## 2. PENSAMIENTO JURIDICO

