



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
PROGRAMA DE MAESTRÍA Y DOCTORADO EN FILOSOFÍA

UNA INTERPRETACIÓN CONVENCIONALISTA DE LA
VALIDEZ JURÍDICA EN LA TEORÍA INSTITUCIONAL DEL
DERECHO

TESIS

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE:

MAESTRO EN FILOSOFÍA

PRESENTA:

ISMAEL MARTÍNEZ TORRES

DIRECTOR DE TESIS:

DR. JUAN ANTONIO CRUZ PARCERO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES FILOSÓFICAS

MÉXICO, CIUDAD UNIVERSITARIA, AGOSTO 2016.





Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A MI PADRE

AGRADECIMIENTOS

Con seguridad muchas más personas de las que aquí mencionaré han contribuido directa o indirectamente con el desarrollo de este trabajo, a todos ellos mi más profundo agradecimiento y sinceras disculpas.

Deseo agradecer en primer lugar a mi familia. A mi padre Ismael Martínez Rivera, a mi madre Carolina Torres Vega y a mi hermana Haydee Martínez Torres, agradezco no sólo el apoyo que me brindaron durante el tiempo que me tomó escribir este trabajo, sino su compañía y guía que sin duda trasciende el contexto académico en el que se enmarca esta investigación.

Quiero agradecer al Doctor Juan Antonio Cruz Parceró, quien por más de seis años se ha ocupado pacientemente de dirigir mis intereses e inquietudes intelectuales, llevándolos siempre a buen puerto.

Gracias a la Universidad Nacional Autónoma de México por la oportunidad que me ha dado de desarrollar mis proyectos académicos hasta el día de hoy. En particular, quiero agradecer a la Facultad de Filosofía y Letras, al Posgrado en Filosofía, y muy especialmente al Instituto de Investigaciones Filosóficas que a través de su programa de estudiantes asociados me brindaron los medios más que idóneos para la realización de este proyecto.

Agradezco al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología el soporte académico que me brindó de Agosto de 2013 a Agosto de 2015 a través de su programa de becas para estudios de posgrado. Igualmente agradezco a la misma institución la oportunidad que me dio para llevar a cabo una estancia de investigación en la Universidad del Sur de California de Agosto de 2014 a Febrero de 2015 a través de su programa de becas mixtas.

Gracias a la Universidad del Sur de California por haberme permitido conducir parte de esta investigación en sus instalaciones y en relación con parte de su personal académico. En especial quiero agradecer al Doctor Andrei Marmor, cuya orientación fue fundamental en el desarrollo del capítulo 2 de este trabajo.

Por último quiero agradecer a los miembros del seminario de Filosofía del Derecho y Argumentación Jurídica del Instituto de Investigaciones Filosóficas que organizan el Doctor Juan Antonio Cruz Parceró y el Doctor Pau Luque Sánchez. Especialmente a José Miguel Ángel Godínez García, a Bernardo Andrés Gallegos Mendoza, al Doctor Imer Benjamín Flores Mendoza, al Doctor Juan Vega Gómez, al Doctor Pablo Eugenio Navarro, Pablo Rapetti y al Doctor Federico Arena. Sin lugar a dudas he aprendido mucho más discutiendo con ustedes que en algunas de mis clases.

UNA INTERPRETACIÓN CONVENCIONALISTA DE LA VALIDEZ JURÍDICA EN LA TEORÍA INSTITUCIONAL DEL DERECHO

ÍNDICE

	Página
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO 1 EL CONVENCIONALISMO JURÍDICO	4
1.1 El origen del convencionalismo: la crítica de Hart a la teoría de Austin	5
1.1.1 La teoría de las reglas sociales de H. L. A. Hart	6
1.1.2 La regla de reconocimiento	9
1.1.3 Críticas a la teoría hartiana de las reglas sociales	10
1.2 El giro convencionalista	12
1.2.1 El enfoque coordinativo	14
1.2.2 Convenciones constitutivas	20
1.2.2.1 Reglas constitutivas y reglas regulativas	24
1.2.2.2 Convenciones profundas y convenciones superficiales	28
CAPÍTULO 2 LA TEORÍA INSTITUCIONAL DEL DERECHO	32
2.1 Hechos brutos y hechos institucionales	33
2.2 Lo normativo	38
2.3 Los órdenes normativos	39
2.3.1 Orden normativo informal: las convenciones	41

2.3.2 Orden normativo formal: instituciones	42
2.3.2.1 Reglas	43
2.3.2.2 Valores y principios	46
2.4 Instituciones	47
2.5 Convenciones constitucionales	50
2.6 Hábitos y reglas	52
CAPÍTULO 3	
LA TEORÍA INSTITUCIONAL DEL DERECHO Y UNA CONCEPCIÓN MÍNIMA DE LA VALIDEZ JURÍDICA	55
3.1 El problema de la validez en el derecho	56
3.2 Formas distintas de presentar el problema	59
3.3 Una caracterización mínima de la validez jurídica	62
3.4 La propuesta convencionalista	65
3.5 La teoría institucional del derecho y el problema de la validez jurídica	68
3.5.1 El poder jurídico en la teoría institucional del derecho	69
3.5.2 La teoría institucional del derecho y la validez jurídica	72
3.5.2.1 Una concepción mínima de la validez jurídica de acuerdo con el institucionalismo	76
3.5.2.2 Coordinación o Constitución	78
CONCLUSIONES	83
BIBLIOGRAFÍA CITADA	90

INTRODUCCIÓN

En fechas recientes el positivismo jurídico ha experimentado una diversificación considerable de los compromisos que adoptan las diferentes posturas que lo integran. Después de las objeciones a la teoría de Hart (1961-1994) presentadas por Ronald Dworkin (1977 y 1986), los autores positivistas han explorado distintas vías para dar cuenta, por ejemplo, de la función que desempeñan los principios y las directivas al interior de los sistemas jurídicos, de los casos de desacuerdo en el derecho, etc.

Posiblemente, la influencia que la crítica Dworkiniana ha ejercido sobre las teorías positivistas sea consecuencia de que en buena medida ésta se enfoca en cuestionar una de las afirmaciones centrales del positivismo. A saber, la llamada tesis del hecho social, que formulada de manera poco precisa afirma que los criterios de legalidad se agotan en hechos sociales. Aparentemente, Dworkin ha conseguido mostrar con éxito que la legalidad, en especial para ciertos casos, está determinada más bien por criterios de moralidad sustantiva. Esto ha conducido a los positivistas a replantear algunos de sus compromisos fundamentales, dando lugar a diversos debates como el que existe actualmente entre los así llamados positivismo incluyente y excluyente. Mientras el primero afirma que no es necesario que los criterios de legalidad estén dados por la moralidad (aunque es ciertamente posible), el segundo rechaza lo anterior sosteniendo que es simplemente imposible que la moral participe de los criterios de legalidad. No resulta extraño afirmar que diferencias como ésta se han vuelto cada vez más constantes y radicales, permitiendo el surgimiento de teorías que aunque se reconocen a sí mismas como positivistas distan significativamente en sus afirmaciones. Tal parece ser el caso de la teoría institucional del derecho y del convencionalismo jurídico.

Los autores convencionalistas se identifican por adoptar una interpretación justamente convencional de una de las ideas fundamentales del proyecto hartiano: la existencia de reglas de reconocimiento. Según ellos, el fundamento de todo sistema jurídico está dado por la práctica que existe entre los servidores públicos de identificar y aplicar el derecho observando los criterios señalados por una regla como esa. Esta práctica, sostienen, posee una naturaleza convencional. Si este es el caso, según los convencionalistas, no es necesario abandonar la tesis del hecho social, a menos no de manera definitiva.

Por su parte, el también llamado institucionalismo jurídico afirma que el derecho es un orden normativo institucional. Utilizando los recursos explicativos proporcionados por una ontología social compleja como la propuesta por John Searle (1995), el institucionalismo sostiene que aquello que es particular a los sistemas jurídicos es el carácter formal de la estructura normativa que los constituye. Dicha estructura está compuesta por: 1) reglas institucionales caracterizadas por poseer un texto explícito, y una promulgación y una aplicación autoritativa, 2) instituciones generales como el matrimonio, la legislación, los testamentos etc., 3) instituciones particulares que instancian esas instituciones generales y 4) agencias institucionales que son los grupos de personas que detentan un cargo de autoridad y se ocupan de la administración, creación y ejecución de reglas.

A primera vista parece evidente que aunque ambas teorías se reivindican como miembros del proyecto positivista, encontrar puntos de contacto entre ellas no es del todo sencillo. Aunque ambos proyectos son intentos por describir la naturaleza del derecho asumiendo el compromiso metodológico de explicar lo que el derecho es y no lo que el derecho debería ser, los puntos de partida que asumen y las afirmaciones que sostienen son tan distintas que resulta fácil afirmar que cada uno ocupa un espacio propio dentro de la esfera del positivismo contemporáneo.

Por otro lado, derivado de la preocupación por la legalidad, el problema de la validez en el derecho ha resultado ser de una importancia mayúscula para la teoría jurídica. Descrita sucintamente, la validez en el contexto legal

denota o bien la propiedad de una norma de formar parte de un sistema jurídico particular, o bien su propiedad de vincular el comportamiento de las personas hacia las que está dirigida.

El propósito de este trabajo es aportar razones para respaldar la afirmación de que, dada la manera en la que caracterizan a la validez en el derecho, es cierto que el institucionalismo y el convencionalismo no son en realidad teorías tan distintas. Con mayor precisión, nuestro objetivo es argumentar en favor de la tesis de que, al describir a la validez, el institucionalismo necesariamente adopta una postura convencionalista.

Este trabajo está dividido en tres capítulos. En el capítulo uno reconstruimos el convencionalismo jurídico. El capítulo dos es una reconstrucción de la teoría institucional del derecho. En el capítulo tres introducimos un análisis del problema de la validez jurídica y argumentamos en favor de nuestra tesis.

Antes de continuar es preciso hacer una par de aclaraciones. La primera es que este estudio toma como marco de referencia al positivismo jurídico. No es nuestra intención dar cuenta de ningún problema dentro del campo de la filosofía del derecho en términos del debate clásico entre positivismo y iusnaturalismo, mucho menos defender una postura al respecto. Las referencias a teorías iusnaturalistas tendrán por lo tanto un alcance limitado regularmente a la ilustración de formas de explicación alternativas de los problemas en cuestión.

En segundo lugar, las descripciones de las teorías convencionalista e institucionalista que aparecen en los capítulos uno y dos, aunque monográficas, no pretenden ser exhaustivas. Por razones de economía hemos dejado fuera partes de cada teoría que podrían ser consideradas importantes. Por ejemplo, ninguna explicación aparece en este trabajo sobre la teoría del razonamiento jurídico propuesta por Neil MacCormick y el institucionalismo.

Hemos dicho que el capítulo uno está dedicado a explorar el convencionalismo. Autores como Jules Coleman (2001) aseguran que, aunque diferentes en los detalles, las teorías convencionalistas se caracterizan por la adopción justamente de una misma tesis. Según la tesis convencionalista, la posibilidad de la autoridad jurídica se explica en términos de la práctica social convencional de los jueces de cada sistema legal de utilizar reglas de reconocimiento para identificar y aplicar las normas de derecho. El capítulo comienza con una inspección del origen del convencionalismo. Parece incontrovertible que las explicaciones convencionalistas tienen su antecedente inmediato en la teoría del derecho presentada por H. L. A. Hart en su famoso libro *The Concept of Law* (1961). A partir de una crítica a la teoría del mandato (en particular a la teoría de John Austin) Hart propuso, entre otras cosas, el carácter fundamental de las llamadas reglas de reconocimiento con respecto a todo ordenamiento jurídico. En ese entonces Hart concebía a las reglas de reconocimiento como instancias de una categoría más general, a saber, las reglas sociales. Las reglas sociales se caracterizan en virtud de dos propiedades fundamentales. Por un lado, proporcionan a los sujetos razones para la acción; por otro, sirven como fundamento de la crítica justificada a los comportamientos divergentes propios y ajenos. Desafortunadamente para el proyecto hartiano, una caracterización así es insuficiente para dar cuenta del carácter normativo de la regla de reconocimiento. En el *Postscript a The Concept of Law*, Hart reconoció esto y adoptó el llamado giro convencionalista. Las reglas de reconocimiento debían ser entendidas a partir de ese momento no como reglas sociales solamente, sino como reglas sociales convencionales. Las reglas convencionales se caracterizan porque la aceptación generalizada es una razón de la aceptación individual. Así, varios autores positivistas comenzaron a dedicar sus esfuerzos a encontrar la mejor interpretación posible de la tesis convencionalista, en otras palabras, a encontrar la mejor manera posible de caracterizar la naturaleza convencional de la regla de reconocimiento. Entre las distintas posturas que generó esta búsqueda hay dos que hoy día son altamente representativas del proyecto convencionalista: aquellas que adoptaron una descripción coordinativa de las convenciones y aquellas que les atribuyen un carácter constitutivo. Nosotros hemos decidido presentar a los que consideramos los autores más emblemáticos de cada postura, a saber, Gerald Postema y Andrei Marmor respectivamente.

En el capítulo dos, como dijimos, presentamos la teoría institucional del derecho. Propuesto inicialmente en su versión contemporánea por Neil MacCormick y Otta Weinberger (1986), el institucionalismo jurídico toma como punto de partida una ontología que distingue a los hechos del mundo en brutos e institucionales. El derecho,

fenómeno que forma parte de la realidad social y por ello institucional, puede ser descrito además como un ordenamiento normativo. Según la teoría institucional del derecho, la normatividad está dada por el juicio de corrección, es decir, por el juicio que los agentes pueden hacer sobre lo que es correcto o no hacer. La normatividad, según MacCormick, se expresa a través de o bien normas convencionales, o bien normas institucionales. Las normas que integran al derecho son de este último tipo lo que implica que existe un grado de sofisticación importante respecto de su administración. Los sistemas jurídicos son sofisticados porque poseen reglas con textos explícitos promulgados en documentos, y agencias (establecidas en una constitución) facultadas específicamente para crearlas, modificarlas, aplicarlas e interpretarlas. Hemos decidido concentrarnos exclusivamente en la teoría institucional del derecho presentada por Neil MacCormick por dos razones. La primera es que, dada la relativa novedad de los enfoques de este tipo, la propuesta de MacCormick representa uno de los esfuerzos más acabados por presentar una explicación legítimamente institucionalista del derecho. La segunda, porque entre los autores contemporáneos simpatizantes del institucionalismo, como Maksymilian del Mar (2009), parece ser ésta la teoría con mayor influencia.

Por último, el capítulo tres inicia llamando la atención sobre la importancia que tiene dentro de la teoría positiva del derecho explicar la propiedad de validez de las normas jurídicas. A pesar de ser posiblemente uno de los temas centrales dentro de cualquier teoría jurídica contemporánea, la manera correcta de describir a la validez está lejos de ser objeto de consenso. Un indicador de lo anterior es el hecho de que los autores positivistas utilizan el término "validez" en dos sentidos distintos. Para algunos la validez es una propiedad normativa, para otros es más bien una propiedad existencial. Dada esta falta de acuerdo, y dada la importancia de la preocupación, proponemos una descripción minimalista de los requisitos que debería satisfacer toda teoría a fin de evitar ser indiferente al problema. Nuestra pretensión aquí es modesta pues no busca, al menos no de forma directa, proveer criterios de corrección respecto a los compromisos sustantivos que en relación con la validez debieran adoptar las teorías del derecho, sino aportar una descripción de las condiciones que cualquier definición de la validez debería observar para no ser incompleta. Finalmente, argumentamos en favor de la tesis de que la teoría institucional del derecho satisface esos requisitos adoptando necesariamente la tesis convencionalista: a la base de cualquier sistema legal se encuentra una regla convencional. Si la estrategia para resolver el problema de la validez adoptada por el institucionalismo es convencional y si es cierto que existen dos maneras alternativas de describir la convencionalidad, parece importante preguntarse cuál de estos dos (si alguno) enfoques es exactamente el que la teoría institucional suscribe. Este trabajo termina con una serie de argumentos en favor de la afirmación de que la postura convencionalista adoptada por el institucionalismo jurídico es constitutiva.

CAPÍTULO 1

EL CONVENCIONALISMO JURÍDICO

Parece difícil negar que, por lo menos desde finales del siglo XVIII¹, el positivismo ha sido una de las teorías con mayor presencia dentro del campo de la filosofía jurídica. De acuerdo con Jules Coleman, las teorías del derecho de corte positivista han sido comúnmente caracterizadas en términos de dos tesis. Por un lado, la llamada tesis de la separabilidad (*the separability thesis*), por otro, la tesis del hecho social (*the social fact thesis*)². En pocas palabras, la primera sostiene que no existe conexión necesaria (conceptual) entre derecho y moral, mientras que la segunda afirma que para explicar la posibilidad del carácter autoritativo del derecho se debe atender a hechos sociales y no a algún tipo de moral sustantiva. Según Coleman, la tesis del hecho social ha resultado más fundamental al proyecto positivista en tanto que ha permitido trazar una clara diferencia frente a las teorías de orientación iusnaturalista. De este modo, uno de los problemas principales a los que debe enfrentar cualquier teoría positiva del derecho consiste en explicar la posibilidad de la autoridad jurídica en términos de ciertos hechos³. Por supuesto, esta búsqueda por los hechos relevantes ha dado lugar a un número importante de posiciones diversas.

Uno de los ejemplos paradigmáticos del positivismo jurídico es la teoría de John Austin, quien al caracterizar al derecho como un conjunto de mandatos o instrucciones (*commands*) promulgadas por el soberano propiamente dicho⁴ anclaba su visión de la autoridad jurídica en una cierta noción de la soberanía y la autoridad soberana. A partir de una crítica a esta teoría, H. L. A. Hart dio origen a una de las posturas más influyentes dentro del positivismo jurídico de las últimas décadas, a saber, el convencionalismo. Los enfoques de corte convencionalista, dice Coleman, son aquellos que explican las condiciones de posibilidad de la autoridad jurídica en términos de una práctica social convencional: la práctica de los servidores públicos (*officials*) de adherirse a una regla de reconocimiento⁵. Incluso si en la actualidad las teorías de tipo convencionalista han diversificado sus alcances y compromisos, parece existir una idea central en virtud de la cual el convencionalismo puede pensarse como una corriente unificada. Dimitrios Kristis utiliza la expresión “paquete convencionalista” para referirse a la idea de que “el derecho es una práctica de interacción entre participantes que juegan papeles distintos al interior de ella”⁶. Según él,

¹ Aunque autores como John Finnis (2011a) han sostenido que los orígenes del positivismo jurídico pueden rastrearse hacia los inicios del siglo XIII, o incluso hasta Platón según Gerald Postema (2011), ha sido comúnmente aceptado entre los filósofos del derecho que fue la teoría de Jeremy Bentham, particularmente sus libros *Of Laws in General* (1782) y *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1780), la que dio origen a la tradición positivista. Ver Green (2009, sección I).

² Ver Coleman (2003).

³ Con mayor precisión, Coleman alega que uno de los problemas más importantes dentro de la filosofía del derecho es el de explicar la posibilidad de la autoridad jurídica sin apelar a la autoridad jurídica misma (lo que supondría un regreso al infinito). Para enfrentar este problema, según Coleman, los teóricos del derecho han seguido históricamente dos estrategias: de acuerdo con la tradición ius-naturalista, la autoridad jurídica puede explicarse a través de la autoridad moral; mientras que, de acuerdo con el positivismo jurídico, la autoridad jurídica se explica en términos de ciertos hechos sociales. Así, el reto para las teorías positivistas del derecho consiste en dar una caracterización plausible del tipo de hechos relevantes a partir de los cuales se desprende la propiedad de autoridad de los ordenamientos legales. (Ver Coleman 2001b, 354-355).

⁴ Ver Austin (1832), principalmente las lecturas I, V y VI.

⁵ Coleman (2001b, 357).

⁶ Kristis (2008, 144). La traducción es nuestra.

esta idea mínima permite presentar a las distintas posturas convencionalistas como parte de un mismo proyecto intelectual.

1.1 EL ORIGEN DEL CONVENCIONALISMO: LA CRÍTICA DE HART A LA TEORÍA DE AUSTIN

La afirmación de Austin de que el derecho es un conjunto de mandatos del soberano consta de dos elementos⁷. El primero, que las normas en el derecho siempre tienen la forma de un mandato. El segundo, que su origen se corresponde necesariamente con un acto del soberano. En 1961, en su libro *The Concept of Law*, H. L. A. Hart introdujo algunas de las críticas más severas en contra de cada una de estas ideas. En gernerlar, para Hart era simplemente falso que las normas en derecho adoptaran siempre la forma de un mandato, al tiempo que resultaba imposible definir el origen de las normas jurídicas en términos de la soberanía política.

De acuerdo con Austin, los mandatos son la expresión del deseo de una persona (o personas) de que otras se comporten de una cierta manera respaldada por una amenaza de sanción⁸. Además, todas las normas que integran los ordenamientos legales son mandatos⁹. De este modo, todas las normas en el derecho son reducibles a enunciados de la forma "haz esto o si no..."¹⁰. Aunque Hart reconoce que algunas normas (especialmente las normas penales) siguen dicha formulación, niega que esto sea igual para todos los enunciados normativos que integran un sistema jurídico. Además, Hart encuentra dos problemas centrales en explicar a las normas jurídicas como enunciados de la forma "haz esto o si no...". El primero es que el modelo asume que todas las normas jurídicas imponen obligaciones (de realizar o abstenerse de realizar cierta conducta), lo cual es falso. El segundo, que el modelo asume, también equivocadamente, que cada norma jurídica está respaldada por una amenaza de sanción¹¹. Para Hart, existen normas que no imponen obligaciones, sino que confieren poderes jurídicos (*legal powers*). Esta clase de normas no pretende obligar la realización o no de una conducta mediante la amenaza de sanción; por el contrario, prescriben maneras mediante las cuales las personas pueden introducir cambios en su estatus jurídico. Un ejemplo son las normas que regulan los contratos. Es más bien extraño explicar la estructura de estas normas como respaldando una orden mediante la amenaza de coerción.

Como hemos dicho, Hart cuestionó también la manera de entender la relación entre derecho y soberanía propuesta por la teoría del mandato. Recordemos que para Austin el carácter jurídico de ciertas instrucciones normativas radica en la manera particular en la que fueron originadas. Así, una instrucción normativa es jurídica, si y sólo si, emana del soberano político. Esta definición de la normatividad en el derecho impone en Austin la necesidad de definir a la soberanía en términos no jurídicos, puesto que hacer lo contrario supondría un regreso al infinito ciertamente vicioso: el derecho estaría definido en términos de la soberanía y la soberanía en términos del derecho. Es así que Austin propone una descripción de la soberanía en términos sociológicos. Básicamente, la idea es que el soberano es por definición la persona o grupo de personas que, sin tener el hábito de obedecer a nadie, es obedecido habitualmente por los demás miembros de la sociedad¹².

⁷ En este análisis de la teoría de John Austin sigo a Andrei Marmor (2011, capítulo 2).

⁸ Austin (1832, 21).

⁹ Austin (1832, 29).

¹⁰ Esta manera de formular los enunciados mediante los cuales se expresa un mandato es propuesta por Marmor (2011, 37).

¹¹ Con precisión, Hart presenta tres objeciones en contra de la caracterización de las normas en el derecho como mandatos. La primera tiene que ver con el contenido de las normas, la segunda con la forma en la que se originan y la tercera con su rango de aplicación. En este texto presentaré exclusivamente, aunque no de manera exhaustiva, la primera de estas objeciones. (Ver Hart 1994, Capítulo 3).

¹² Austin (1832, 166).

De manera general, el argumento de Hart en contra de esta caracterización pretende mostrar que la idea misma de soberanía es esencialmente jurídica. Dado que la soberanía está constituida por el derecho, mismo que determina quien cuenta como el soberano particular de una sociedad determinada, es falso que aquella sea fundamento de éste¹³. La intuición general de Hart consiste en sostener que Austin se equivoca al pensar que el derecho es un conjunto de mandatos emanados del soberano legítimo, puesto que para identificar a quien habrá de ejercer un rol tal, son necesarias antes ciertas reglas (jurídicas). En otras palabras, no podríamos decir que los mandatos emanados de una persona X constituyen el derecho, sin reglas (de derecho) que constituyeran antes el papel de X como el soberano¹⁴.

1.1.1 La teoría de las reglas sociales de H. L. A. Hart

Según Hart, lo que causa que la teoría de Austin falle al explicar incluso las formas más elementales de derecho es la ausencia de la noción de regla. Los sistemas jurídicos, afirma Hart, están compuestos por reglas de dos tipos, primarias y secundarias. Las reglas primarias imponen obligaciones sobre los individuos para realizar o abstenerse de realizar determinadas conductas. Las reglas secundarias son reglas que confieren poderes (públicos o privados); es decir, que permiten a los individuos introducir nuevas reglas del primer tipo mediante ciertos actos.

Es preciso aclarar que, de acuerdo con Hart, las reglas que integran los sistemas jurídicos, sean primarias o secundarias, son instancias de una clase más amplia: las reglas sociales. Hablamos de reglas sociales para referirnos a ciertas prácticas complejas que aspiran a gobernar nuestro comportamiento y que carecen de una fuente autoritativa. Algunos juegos, descubrirse la cabeza al entrar a una iglesia, etc., son ejemplos de prácticas reguladas por este tipo de reglas.

Uno de los rasgos que caracterizan a las reglas sociales es que siempre aparecen al interior de un grupo. En otras palabras, su carácter social les impide existir ahí donde lo que está en juego es el comportamiento de un solo individuo. Por otro lado, decir que son reglas implica que proporcionan a las personas un tipo de razón especial para la acción¹⁵. Otra característica de las reglas sociales es que, para existir, necesitan ser *practicadas* por la mayoría de los miembros de una comunidad. Por supuesto, la cantidad de individuos que deben regir su comportamiento de conformidad con las reglas es una cuestión de grado, sin embargo, resulta imposible afirmar que una regla existe ahí donde nadie actúa de conformidad con ella. Además, las reglas sociales son invocadas por los miembros de una comunidad como una razón de justificación de la conducta propia y ajena. Por último, cabe resaltar que existen diversos tipos de reglas sociales dependiendo de sus alcances normativos. Ejemplos son las convenciones,

¹³ Hart (1994, capítulo 4).

¹⁴ Con mayor precisión, Hart presenta un par de argumentos que critican la idea de que la soberanía se constituye a partir de hábitos de obediencia que prevalecen dentro de una sociedad determinada. En general, la idea de Hart es, en primer lugar, que una explicación como la de Austin falla incluso al dar cuenta de la manera en la que la soberanía puede ser transmitida de una(s) persona(s) a otra. Si es cierto que los hábitos tardan mucho tiempo en desarrollarse, entonces Austin es incapaz de explicar con sentido el escenario en el que un nuevo individuo ocupa el papel de soberano sustituyendo a otro. El segundo argumento tiene que ver con la diferencia entre las instancias de seguir una regla y las meras regularidades de conducta. Los hábitos de obediencia a los que se refiere Austin son simples regularidades de conducta, sin embargo, según Hart un rasgo característico de los comportamientos que el derecho intenta gobernar es justamente que las personas encuentran en una regla (jurídica) la razón para la acción. (Ver Hart 1994, capítulos 3 y 4).

¹⁵ La naturaleza de las reglas en tanto razones para la acción ha sido ampliamente discutida por distintos autores. Posiblemente, entre los trabajos más conocidos se encuentre el de Joseph Raz (1999). Para los propósitos de esta sección en el trabajo es suficiente decir que las reglas proporcionan *algún* tipo de razón para la acción. Una teoría más reciente sobre razones para la acción puede verse en Enoch (2011).

costumbres, tradiciones, reglas de etiqueta, etc. La llamada *teoría práctica de las reglas sociales* es un intento de Hart por dar cuenta de los rasgos esenciales comunes a todas ellas capturados en la siguiente definición¹⁶:

Una regla social, digamos R, existe al interior de una sociedad S, si y sólo si, se dan las siguientes condiciones:

1. Existe una regularidad de comportamiento de acuerdo con R en S: A saber, la mayoría de los miembros de S regularmente actúan de conformidad con R.
2. La mayoría de los miembros de S manifiestan una actitud normativa hacia R, llamada por Hart "aceptación" (*acceptance*).

La idea de aceptación consiste básicamente en dos componentes:

- a) para la mayoría de los miembros de S, la existencia de R constituye una razón para actuar de acuerdo a R.
- b) La existencia de R es empleada por los miembros de S como razón para criticar desviaciones en el comportamiento y como razón de justificación para ejercer presión social hacia otros miembros de S para que actúen conforme a R.

Las condiciones 1 y 2 se corresponden con lo que Hart denomina respectivamente el aspecto externo (*external aspect*) y el aspecto interno (*internal aspect*) de las reglas sociales. Ambos son condiciones individualmente necesarias, pero sólo conjuntamente suficientes de la existencia de una regla social.

Además de decir que son una unión compleja de reglas primarias y secundarias, Hart sostiene que es una condición necesaria de la existencia de cualquier sistema jurídico la presencia entre los servidores públicos (tanto para aquellos que crean las normas como para los que las aplican) de tres tipos de reglas sociales: una regla de reconocimiento, una regla de cambio y una regla de adjudicación¹⁷. Para mostrar como cada una de estas reglas se introduce en una explicación del derecho, Hart nos invita a pensar en tres problemas a los que una sociedad *pre-jurídica* tendría que enfrentar¹⁸.

El primer problema surge cuando existe una controversia acerca de la norma que debe aplicarse a un caso no *regulado*. Es decir, cuando surge una duda acerca de cuál es la manera correcta de comportarse respecto de una situación hasta entonces indiferente a los códigos de conducta observados. Al ser su aceptación y práctica las únicas características que comparten las reglas en una sociedad como ésta, los miembros de un grupo carecen de una marca (*mark*) que les permita identificar el curso de acción correcto (la regla que deben seguir) en caso de

¹⁶ Esta definición es presentada por Marmor (1998, 510-511). Una manera similar de definir la idea de regla social en Hart puede verse en Sánchez Brígido (2010 ,31). La teoría de las reglas sociales aparece en Hart (1994, 54-56 y 86-88).

¹⁷ Hart (1994, 116).

¹⁸Es importante señalar que para Hart una sociedad pre-jurídica no es más que una sociedad que no posee un sistema legal; un grupo de personas en el que las reglas que gobiernan el comportamiento social son todas primarias y los miembros las siguen por razones de parentesco o sentimientos compartidos. Comúnmente dice Hart, se cree que las reglas que rigen la conducta dentro de este tipo de sociedades son reglas de la costumbre; sin embargo, aclara, esto demandaría de las reglas un largo desarrollo temporal e implicaría para ellas un apoyo menor de la presión social. Dado que esta exigencia parece demasiado estricta, Hart prefiere decir que estos grupos adoptan una estructura social de reglas primarias de obligación cuya única condición de existencia es que las reglas sean practicadas y aceptadas. (Ver Hart 1994, 91-97).

incertidumbre (*uncertainty*). Para una sociedad pre-jurídica es imposible encontrar la regla aplicable a un caso no regulado, dado que hacer esto según Hart presupone la existencia de reglas de un tipo diferente a las reglas primarias de obligación que de manera exclusiva gobiernan la vida en comunidad de las personas en una sociedad así. De acuerdo con Hart, el problema de la incertidumbre se soluciona con la introducción de una regla de reconocimiento. En un primer acercamiento diremos que la regla de reconocimiento especifica la(s) característica(s) que, en caso de ser poseída(s) por una regla, es (son) un indicador afirmativo de que esa regla es parte del sistema de reglas que *gobierna jurídicamente* el comportamiento de los miembros en una sociedad particular.

El segundo problema tiene que ver con el carácter estático de las reglas. De acuerdo con Hart, la única manera en la que las reglas podrían cambiar en una sociedad pre-jurídica es a través de un proceso lento, pasando de ser cursos de acción opcionales a habituales y después obligatorios. Por lo que concierne a su *desaparición*, las reglas atravesarían por un proceso similar que va de la tolerancia hacia, hasta dejar de percibir ciertas desviaciones. Así, las reglas no podrían adaptarse deliberativamente mediante la introducción de nuevas o la eliminación de existentes a los cambios en las situaciones actuales¹⁹. Una vez más, es necesaria la presencia de un tipo de reglas distinto. La introducción de reglas de cambio está destinada a solucionar esta clase de problemas. En pocas palabras, una regla de cambio es la que faculta a un individuo o a un grupo para introducir nuevas reglas y eliminar viejas.

Finalmente, Hart señala como tercer defecto la ineficiencia (*inefficiency*) con la que la presión social, al ser difusa, *pretendería conservar* la aplicación de reglas en una sociedad pre-jurídica. Ante la ausencia de un agente capaz de resolver los asuntos normativos con definitividad y autoridad, las controversias acerca de cuándo una regla ha sido efectivamente violada serían frecuentes e irresolubles. La solución a la ineficiencia de la presión social difusa característica de las sociedades pre-jurídicas está dada por la introducción de reglas de adjudicación. Las reglas de adjudicación son reglas secundarias que facultan a ciertos individuos a determinar autoritativamente cuándo una regla ha sido efectivamente violada.

Hart señala otra condición necesaria para la existencia de un sistema jurídico, a saber, la obediencia generalizada entre los ciudadanos ordinarios a las reglas del sistema²⁰. De este modo, la presencia entre los oficiales de reglas de reconocimiento, cambio y adjudicación, más la obediencia generalizada de los ciudadanos a las reglas, son condiciones conjuntamente suficientes e individualmente necesarias de la existencia de un sistema legal.

De entre las reglas de reconocimiento, cambio y adjudicación, Hart reconoce a la primera como el fundamento de cualquier sistema legal²¹. Con mayor precisión, Hart sostiene que la situación social en la que una regla de reconocimiento es aceptada y usada para identificar las reglas primarias de obligación es la que merece el título de *fundamento de un sistema legal*. Aunque es poco claro, Hart parece sugerir que al ser la regla de reconocimiento el criterio último de pertenencia al sistema, su aceptación y práctica sirven de base al resto de la estructura normativa. La regla de reconocimiento agota así de manera exhaustiva la noción de validez jurídica. Si es cierto que su existencia es fundamental a nuestra práctica legal, parece conveniente analizar ahora con cierto detalle qué son exactamente estas reglas de reconocimiento.

¹⁹ Un ejemplo de cómo ciertos cambios en la situación actual podrían originar un problema al que el sistema normativo en una sociedad pre-jurídica sería incapaz de encontrar solución, es el siguiente. En una sociedad pre-jurídica surge de pronto la necesidad de llevar a cabo cualquier medida que tenga como efecto contrarrestar los resultados del surgimiento de una crisis económica imprevisible hasta ese momento. La manera más fácil de implementar dicha medida sería cambiando deliberativamente alguna parte de la estructura normativa. Sin embargo, en una sociedad gobernada exclusivamente por un sistema de reglas primarias esto no es posible. (Ver Shapiro 2009).

²⁰ Hart (1994, 114).

²¹ Hart (1994, 100).

1.1.2 La regla de reconocimiento

En *The Concept of Law* Hart atribuye dos características principales a la regla de reconocimiento. En primer lugar es una regla secundaria. Esto es, una regla que confiere poderes y no una que impone obligaciones, o de otra forma, una regla acerca de reglas²². La regla de reconocimiento es una regla que sirve a los servidores públicos para determinar la pertenencia de otras reglas al sistema. En segundo lugar es una regla social. Según Scott Shapiro, la regla de reconocimiento es social en dos sentidos²³. Primero, es en virtud de ciertos hechos sociales que la regla de reconocimiento existe y tiene el contenido que tiene. Los hechos a los que se refiere Shapiro son la adopción por parte de los jueces del punto de vista interno²⁴ hacia un cierto estándar de comportamiento y el uso que hacen de dicho estándar para juzgar la validez y aplicación de normas. Segundo, la regla de reconocimiento es social en el sentido de que el estándar que establece es de tipo grupal (*grup-wide standard*). Es decir, la aceptación de la regla que lleva a cabo cada uno de los jueces no es por sí mismo, sino que todos la aceptan como la manera oficial de determinar qué normas cuentan como jurídicas. En pocas palabras, decir que la regla de reconocimiento es una regla social significa que su validez depende exclusivamente del hecho de que la comunidad relevante (en principio los servidores públicos) mayoritariamente la acepta y la practica.

Podemos decir entonces que la regla de reconocimiento es aquella que provee los criterios normativos últimos de pertenencia a un sistema (legal), en función de los cuales servidores públicos y ciudadanos ordinarios identifican (pueden identificar) normas válidas e inválidas.

Es importante señalar que para Hart los criterios de validez provistos por la regla de reconocimiento pueden adoptar diversas formas, por ejemplo: prácticas de la costumbre, textos autoritativos, decisiones judiciales del pasado, una promulgación legislativa, declaraciones generales de personas específicas, etc. Ante la posibilidad de que esta pluralidad de criterios de lugar a conflictos, Hart sostiene que la regla de reconocimiento provee incluso un orden de subordinación y primacía. La subordinación de unos criterios a otros, sin embargo, no debe confundirse con alguna forma de derivación. Decir que las reglas de la costumbre son subordinadas a las decisiones judiciales pasadas no implica que se deriven de ellas. Ambos criterios son independientes. El resultado de la subordinación es más bien la exclusión de las normas identificadas por criterios inferiores en caso de contradicción con aquellas identificadas por un criterio superior.

Por otra parte, incluso si con regularidad los criterios de validez están específicamente señalados, es algo poco común a los sistemas jurídicos contemporáneos que exista un señalamiento específico de la regla de reconocimiento. La existencia de la regla de reconocimiento se muestra en la manera en la que cortes y jueces (principalmente) identifican las reglas que aplican.

Una característica más que Hart atribuye a la regla de reconocimiento es la de ser una regla última²⁵. Es decir, una regla que no deriva su existencia de ninguna otra. Como hemos dicho, su validez depende exclusivamente del hecho de que es aceptada y practicada. En otras palabras, la regla de reconocimiento es una regla que valida otras reglas pero que no es (y no necesita ser) ella misma validada. Por otro lado, de entre los criterios señalados por la regla de reconocimiento hay sólo uno que es supremo. Un criterio es supremo si las reglas que identifica son

²² Gerald Postema (1982) ha propuesto una concepción distinta de la regla de reconocimiento. Según él, la mejor manera de entender el papel que juegan las reglas de reconocimiento al interior de un sistema jurídico es pensarlas como reglas primarias que imponen sobre los servidores públicos la obligación de atender a determinados criterios al evaluar la validez o invalidez de una norma particular.

²³ Shapiro (2009, 238-239).

²⁴ El punto de vista interno es el que adoptan las personas en tanto participantes de una práctica que aceptan y usan las normas que guían su conducta. Sobre el punto de vista interno y su diferencia con el punto de vista externo ver Hart (1994, 89-91).

²⁵ Hart (1994, 105-107).

reconocidas como parte del sistema incluso si entran en conflicto con reglas identificadas por otros criterios, al tiempo que las reglas identificadas por otros criterios dejan de ser válidas al entrar en conflicto con las reglas identificadas por el criterio supremo.

Como hemos dicho, el papel que juega la regla de reconocimiento dentro de cualquier ordenamiento legal contemporáneo es establecer las propiedades que toda regla debe satisfacer para formar parte del sistema, es decir, para ser vinculante. Esto implica al menos dos cosas. La primera, que cualquier norma que satisfaga alguno de los criterios contenidos en la regla de reconocimiento es una regla del sistema. La segunda, que la forma de identificar normas que forman parte del sistema se da exclusivamente en virtud de los criterios provistos por la regla de reconocimiento. Lo anterior sugiere que una regla forma parte de un determinado sistema (es válida), *si y sólo si*, satisface por lo menos una de las propiedades (criterios) establecidas por la regla de reconocimiento.

Según Andrei Marmor, ha sido esta tesis conceptual de que es exhaustiva respecto de la noción de validez jurídica la que ha dado lugar a más críticas dentro de la explicación hartiana de la regla de reconocimiento²⁶. Ronald Dworkin²⁷, por ejemplo, ha señalado la incorrección de la tesis alegando que los sistemas jurídicos incluyen normas cuya validez no se desprende de su satisfacción a alguno de los criterios señalados por la regla. Una fuente distinta aunque también común de crítica en contra de la teoría de Hart tiene que ver con la caracterización de la regla de reconocimiento como una regla social. En sentido estricto, la objeción de autores como Joseph Raz²⁸, y una vez más Ronald Dworkin²⁹, se concentra en mostrar la incorrección de la teoría práctica de las reglas sociales.

1.1.3 Críticas a la teoría hartiana de las reglas sociales

Pocas teorías han provocado tanta controversia en el campo de la filosofía del derecho como la teoría de Hart. Como hemos anunciado, la caracterización de la regla de reconocimiento ha sido el objetivo de gran parte de las críticas más severas e interesantes en contra de la teoría. Aunque de maneras distintas, Joseph Raz y Ronald Dworkin han impuesto los que posiblemente sean los retos más agudos en contra de la teoría hartiana del derecho. En general, la crítica de estos autores apunta hacia la incapacidad de Hart para explicar el carácter normativo de la regla de reconocimiento y su diferencia con una razón para la acción generalmente aceptada.

En primer lugar y de acuerdo con Raz, la teoría de Hart es incapaz de distinguir entre una instancia de *seguir una regla* y una instancia de *actuar sobre una razón generalmente aceptada*³⁰. Si bien es cierto, como afirma Hart, que las reglas dan a los individuos razones para actuar de una u otra manera, también lo es que esperamos que dichas razones sean de un tipo especial. Decir que un sujeto X realiza la acción A porque existe una regla R que así lo exige, es distinto a decir de X que realiza A porque tiene una razón ordinaria r para hacerlo, incluso si r es una razón aceptada generalmente por los miembros de la comunidad a la que X pertenece.

Recordemos que para Hart una regla social existe si la mayoría de miembros de una comunidad *actúa* de conformidad con ella y además la *acepta*. La aceptación implica dos elementos: que la regla provee *alguna* razón para la acción (sirve de guía a la conducta propia), y que la existencia de la regla es una razón que justifica la crítica en contra de las desviaciones en el comportamiento.

²⁶ Marmor (1998).

²⁷ Dworkin (1967).

²⁸ Raz (1999, 53-58).

²⁹ Dworkin (1972).

³⁰ Ver Raz (1999, 55-56). Ver también Sánchez Brígido (2010, Capítulo 2).

Desafortunadamente para Hart esta caracterización es compatible con escenarios en los que las acciones de los miembros de una comunidad son guiadas por una razón ordinaria aceptada por la mayoría. En una situación así, los individuos *aceptan* y *actúan* de conformidad con un cierto estándar de comportamiento que, no obstante, no es una regla. Un ejemplo es el siguiente. Imaginemos que en un grupo de amigos aficionados al mismo equipo de fútbol, cada uno (al menos la mayoría) cree que *debe*³¹ vestir la camiseta del equipo cada vez que se reúnen para ver un partido. Vestir la camiseta es algo que de hecho hacen y que además *aceptan*: creen que tienen una razón para hacerlo y demuestran una actitud crítica hacia aquellos que deciden vestir una camiseta distinta durante las reuniones. Sin embargo, como afirma Raz, es todavía posible para ellos pensar que no existe regla alguna guiando su comportamiento. Su creencia más bien es que vestir la camiseta es algo positivo³². Es decir, los amigos podrían creer que tienen una buena razón para comportarse de determinada manera, sin pensar que esa razón está dada por la existencia de una regla.

Al ser incapaz de diferenciar entre *seguir una regla* y *actuar con base en una razón generalmente aceptada*, se hace difícil para la teoría de Hart afirmar la existencia de reglas de reconocimiento. Pues, en lugar de actuar sobre la base de una regla (de reconocimiento) la comunidad relevante podría estar actuando en virtud de la aceptación generalizada de una razón ordinaria. Así, podríamos decir que la visión de Hart sobre las reglas sociales, aunque correcta al señalar que las reglas dan razones para la acción, es incompleta al no dar cuenta del tipo de razón especial que ellas constituyen.

La segunda crítica en contra de la teoría práctica de las reglas sociales es aún más severa: la teoría falla porque priva a las reglas de su carácter normativo. En la formulación de Raz³³, las prácticas sociales no son necesariamente razones para la acción, pero las reglas sí. Aunque Hart no es del todo claro, según Raz la teoría práctica de las reglas sociales parece sugerir: 1) que enunciados del tipo “debo hacer X” y “existe una regla que me obliga a hacer X” expresan exactamente la misma declaración y 2) que ambos presuponen necesariamente la existencia de una práctica. Así, la idea de Hart es que los enunciados acerca de reglas (*rule sentences*) como los anteriores, son utilizados para expresar declaraciones normativas³⁴ (*normative statements*); sin embargo, esta clase de enunciados no siempre son declaraciones de una razón para la acción (*statements of a reason*). En otras palabras, los enunciados acerca de reglas en la teoría hartiana son declaraciones de que *existe* una razón para la acción, pero no declaraciones de la razón misma.

Un inconveniente aun más serio que el anterior según Raz es que, según la teoría hartiana, la existencia de una regla es irrelevante al contenido normativo de una declaración normativa. Vale la pena recordar aquí que para Hart no existe diferencia entre un enunciado como “es una regla que” y otro como “yo debo...”, dado que ambos

³¹ La palabra *deber* aparece aquí porque, como advierte Raz, parte de la confusión que lleva a pensar que algunas razones generalmente aceptadas son en realidad reglas se deriva del hecho de que el verbo *deber* (*ought*) es suficientemente ambiguo. Así, es claro que no se está frente a una regla por la sola aparición del verbo en cuestión. Como sea, la idea de fondo en el argumento es que aunque todas las reglas constituyen razones para la acción, no todas las razones para la acción son reglas y la teoría práctica de las reglas sociales es insensible a esta diferencia en la forma relevante. (Ver Raz 1999, 56).

³² Es posible distinguir entre la existencia de una regla y la creencia de una persona acerca de la existencia de una regla. Sin embargo, no parece haber problema en aceptar que la creencia de una persona sobre la existencia de una regla es evidencia suficiente de que la regla *existe*, es decir, de que juega un papel determinado en su razonamiento práctico. (Ver Raz 1999, capítulo 2).

³³ Raz (1999, 56-58).

³⁴ Las declaraciones normativas pueden entenderse como declaraciones acerca de lo que uno *debe* o *no debe* hacer, o como declaraciones acerca de la existencia de una razón para actuar de una u otra forma. El problema al que dan lugar este tipo de declaraciones es que al parecer en el lenguaje ordinario no siempre se utiliza el verbo “deber” para invocar una regla, en ocasiones lo utilizamos simplemente para declarar que tenemos razones para hacer algo. En otras palabras, las declaraciones normativas declaran la existencia de una razón para la acción que puede o no ser una regla, pero no son una declaración de la regla misma. (Ver cita 32).

expresan la misma declaración. Puesto que un enunciado como “yo debo...” podría en realidad ser utilizado para declarar la existencia de una razón ordinaria para la acción y otro como “es una regla que..” podría declarar de hecho la existencia de una regla, se sigue que, según la concepción de Hart, la existencia de una regla es irrelevante para el contenido normativo de la única declaración expresada por ambos enunciados. En otras palabras, dado que ambos tipos de enunciados expresan una misma declaración normativa sin importar que unos refieran la existencia de reglas y otros no, la existencia de reglas es irrelevante para dotar de contenido normativo a dicha declaración. Para dotar de contenido normativo a una declaración en la teoría de Hart parece suficiente que exista una razón para la acción sin importar de qué tipo sea ésta.

Aunque de forma distinta, Dworkin también afirmó que la manera en la que la teoría práctica de las reglas sociales daba cuenta de la normatividad era defectuosa³⁵. Para Dworkin esto era una consecuencia de la incapacidad de la teoría para distinguir entre dos tipos de moralidad, una a la que llamó “concurrente” (*concurrent morality*) y otra a la que llamó “convencional” (*conventional morality*). La moralidad concurrente se muestra cuando, pese a que entre los miembros de una comunidad existe un acuerdo sobre la manera de formular una regla, tal acuerdo no es tomado en cuenta como parte esencial de la formulación. Por el contrario, en los casos de moral convencional el acuerdo es condición necesaria al formular la regla. Dicho de forma distinta, la creencia de los miembros de que la existencia de una cierta práctica es condición necesaria de la existencia de una regla es característica de los casos de moral convencional, mientras que en la moral concurrente la creencia de los miembros de que existe una regla no requiere que la gente la practique o no. El caso de un automovilista que piensa que tiene el deber de conducir su auto por el lado derecho del camino pero que no tendría dicho deber si los demás no hiciesen lo mismo, es un ejemplo de moral convencional. La persona que cree que existe el deber de no mentir pese a que la gente miente en los hechos, ejemplifica la moral concurrente. Los casos de moral concurrente nos dan instancias de reglas que imponen deberes, pero que para ello no necesitan ser practicadas. Así, la teoría de Hart, afirma Dworkin, podría dar cuenta de los casos de moral convencional, pero no de los casos de moral concurrente. La teoría práctica de las reglas sociales falla al no poder dar cuenta de la normatividad de reglas distintas a las reglas convencionales.

Estas críticas tuvieron efecto en el pensamiento de Hart, quien respondió concediendo a algunas de ellas. Sin duda, una de las modificaciones más significativas que Hart añadió a su propuesta original fue la de concebir a la regla de reconocimiento como una regla social convencional.

1.2 EL GIRO CONVENCIONALISTA

Como una respuesta a algunas de las críticas a las que su teoría había dado lugar durante poco más de tres décadas, en particular, como una respuesta a la distinción que Dworkin había trazado entre moral concurrente y convencional, Hart decidió finalmente adoptar en el Postscript a la segunda edición de *The Concept of Law* el llamado “giro convencionalista”³⁶. Básicamente, Hart reconocía que su teoría práctica de las reglas sociales era incompleta, limitada a explicar exclusivamente los casos de prácticas sociales convencionales. No obstante, esto no suponía el fracaso de la teoría hartiana del derecho sino una modificación sustancial: la regla de reconocimiento habría de ser entendida como una regla convencional y no más como una simple regla social. Haciendo este cambio los problemas relacionados con la normatividad debían quedar resueltos.

³⁵ Dworkin (1972, 857-868).

³⁶ El término es empleado por Green (1999, 41).

Para Hart una regla es una práctica social convencional si la conformidad generalizada que un grupo muestra hacia ella es parte de la razón que cada individuo tiene para aceptarla³⁷. La diferencia que esto supone respecto de lo planteado por Hart en *The Concept of Law* puede formularse como sigue. Mientras en el texto original la presencia de la práctica social entre los servidores públicos de identificar normas válidas de acuerdo a ciertos criterios era una condición necesaria de la existencia de una regla de reconocimiento, en la versión convencionalista tal práctica es además una de las razones que cada individuo tiene para aceptar y seguir la regla. En la versión original Hart había sostenido que las razones de cada servidor público para seguir la regla de reconocimiento podían ser distintas a las de los demás, en la versión modificada la práctica común concede a cada individuo una razón para actuar de conformidad con la regla. Pese a lo importante que una modificación a su teoría como ésta podría parecer, Hart no dedicó más que un par de párrafos en los apartados tres y cuatro del *Postscript* a introducir y desarrollar la idea de que la regla de reconocimiento debe ser entendida como una regla convencional, sin decir mucho más de lo que hasta ahora hemos mencionado³⁸.

Aunque diversos autores como Leslie Green o Julie Dickson³⁹ han puesto en duda que el compromiso de Hart con el convencionalismo haya sido genuino, es innegable que en la actualidad una de las estrategias más concurridas para mantener al positivismo dentro de la discusión jurídico-filosófica ha sido la de adoptar una interpretación convencionalista de las reglas de reconocimiento.

Como hemos advertido antes, este intento por explicar los fundamentos del derecho en términos de una regla convencional es una de las maneras en las que el positivismo contemporáneo ha intentado responder a un problema clásico dentro de la teoría jurídica. En la búsqueda por una explicación de la validez legal, es decir, de la forma que tienen las normas en el derecho de adquirir su carácter autoritativo o vinculante o su pertenencia a un sistema, nos enfrentamos necesariamente al siguiente dilema: o bien aceptamos que la validez de cada norma jurídica es dada por otras normas (ya sean jurídicas o morales), o bien concedemos que se deriva de un hecho en el mundo. La primera opción falla para el positivista porque en caso de apelar a otras normas jurídicas conduce a una circularidad viciosa y en caso de apelar a normas de la moral se abandona el positivismo. La segunda opción también es deficiente, pues es difícil ver cómo un simple hecho podría validar una norma; por ejemplo, cómo el simple acto de un sujeto A ordenando a otro sujeto B realizar la conducta C podría dar lugar al surgimiento de ciertos derechos y obligaciones.

Para responder a este problema, los positivistas contemporáneos han rechazado la idea de que las normas jurídicas o morales y los hechos del mundo agotan toda explicación posible sobre los fundamentos del derecho. Sostienen que existe una tercera opción, a saber, la esfera de los hechos sociales. Dentro de esta esfera se encuentran las llamadas normas sociales, las cuales, según el canon positivista, poseen un tipo de normatividad propia e independiente a aquella de la moral. Así, el positivista sostiene que a la base de la normatividad jurídica se encuentran normas de tipo social.

Por su parte, para el convencionalista las convenciones representan el tipo particular de norma social sobre el cual descansa la validez jurídica de todo ordenamiento legal. Como hemos dicho, para autores como Jules Coleman el convencionalismo contemporáneo se caracteriza por su compromiso con la tesis de que la explicación sobre la posibilidad de la autoridad jurídica se da en términos de la práctica social convencional de los servidores públicos de adherirse a una regla de reconocimiento que impone en ellos el deber de aplicar todas y exclusivamente las normas identificadas por ella⁴⁰.

³⁷ Hart (1994, 255).

³⁸ Hart (1994, 254-258).

³⁹ Green (1999) y Dickson (2007).

⁴⁰ Coleman (2001b, 354).

Típicamente, las teorías jurídicas contemporáneas de tipo convencionalista se presentan como una reelaboración de la propuesta de Hart. A pesar de que el objetivo común de estas teorías es perfeccionar la afirmación de que la regla de reconocimiento es una práctica social convencional, la manera de caracterizar a las convenciones ha sido objeto de constante desacuerdo entre los defensores del convencionalismo. Existen en el debate contemporáneo al menos dos maneras distintas en las que se ha dado cuenta de las convenciones sociales. Por un lado, teóricos como Gerald Postema, Chaim Gans y John Finnis⁴¹ sostienen una explicación coordinativa de las convenciones sociales inspirada en el trabajo de David Lewis⁴² y Eerik Lagerspetz⁴³ principalmente. En segundo lugar, Andrei Marmor concentra su descripción de la regla de reconocimiento en una distinción entre convenciones constitutivas y convenciones regulativas⁴⁴. Si bien es posible que las anteriores no agoten la totalidad de visiones al interior del convencionalismo jurídico, no parece exagerado afirmar que han sido estas dos las de mayor influencia en el debate actual.

1.2.1 El enfoque coordinativo

Uno de los primeros intentos por rescatar la tesis hartiana de la regla de reconocimiento afirmando su naturaleza convencional es el de Gerald Postema en su artículo *Coordination and Convention at the Foundations of Law*. En él, Postema presentó una interpretación coordinativa de las convenciones basada en la teoría del filósofo estadounidense David Lewis. Por esta razón, es conveniente comenzar revisando, aunque no de manera exhaustiva, la teoría Lewisiana de las convenciones.

En 1969 se publicó *Convention: A Philosophical Study* de David Lewis. Utilizando el marco conceptual de la teoría de juegos, Lewis defendía en este libro la tesis de que el lenguaje se rige convencionalmente. De manera preliminar diremos que para Lewis una convención es una regularidad en el comportamiento de los miembros de una cierta comunidad cada vez que se encuentran frente a una situación recurrente de acuerdo a una estructura determinada de preferencias. Lewis denomina "problemas de coordinación" (*coordination problems*) a tales situaciones. Así, en pocas palabras, podemos decir que las convenciones son una forma de solucionar algunos problemas de coordinación.

Los problemas de coordinación pueden entenderse con mayor precisión como situaciones no triviales de decisión a las que se enfrentan agentes racionales⁴⁵ con intereses predominantemente coincidentes. Un ejemplo bien conocido es el siguiente: mientras dos sujetos sostienen una conversación vía telefónica, la comunicación se interrumpe debido a una falla en la conexión. Ambos desean continuar la llamada. No es buena idea que ambos

⁴¹ Postema (1982), Gans (1981) y Finnis (2011b).

⁴² Lewis (2002)

⁴³ Lagerspetz (1995)

⁴⁴ Algunos autores como Dimitros Kristis (2008) o Sánchez Brígido (2010) caracterizan a las teorías de Scott Shapiro (2011) y Christopher Kutz (2000) como una forma distinta de convencionalismo. Según Kristis y Sánchez Brígido estas teorías, inspiradas por los escritos de Michael Bratman (1999), describen a las convenciones en el derecho como actividades conjuntas. En este trabajo omitiremos la sugerencia de Kristis y Sánchez Brígido dada la dificultad que hay en vincular la caracterización más reciente de plan o actividad conjunta propuesta por Shapiro (2011) y la noción de convención.

⁴⁵ Aunque la discusión en torno al concepto de racionalidad es una de las que más polémica ha generado históricamente en filosofía, Lewis opta por adoptar la versión minimalista propuesta por la teoría de juegos según la cual un agente es racional si ostenta los siguientes atributos: 1) Ser un razonador perfecto. Esto es, dada la información disponible, los agentes no cometerían errores al inferir. 2) Actuar conforme al dictado de la razón. Si de acuerdo con la razón existe un curso de acción correcto, los agentes racionales lo seguirían. 3) Cada agente busca siempre hacer lo mejor posible de acuerdo con una escala individual de resultados deseados. 4) Los agentes racionales deciden con total libertad cuando la razón no dicta una opción específica. Ver Gilbert (1989, 321).

marquen de nuevo, puesto que los dos obtendrían una línea ocupada. Al mismo tiempo, es una mala idea que ambos esperen a que el otro llame. Dado que los dos tienen la expectativa de que alguno (pero sólo uno) llame otra vez, ambos deben de alguna forma decidir qué hacer. Lewis introduce su análisis de los problemas de coordinación con una serie de ejemplos de este tipo⁴⁶.

Uno de los rasgos característicos que Lewis atribuye a los problemas de coordinación consiste en que, en una situación como ésta, dos o más agentes deben elegir un curso de acción entre una pluralidad de opciones disponibles. Esto es, los problemas de coordinación plantean situaciones no triviales.

Por otro lado, al enfrentar un problema de éstos, las acciones de cada agente determinan los resultados que todos los agentes desean producir o evitar mediante sus actos. En otras palabras, el resultado de cualquier acción elegida por un agente depende de las acciones de los demás. Según Lewis, ésta es la razón por la cual los agentes deben elegir sus cursos de acción en virtud de las expectativas que tienen acerca del comportamiento ajeno.

Otra característica importante que según Lewis poseen los problemas de coordinación es la coincidencia de interés, es importante señalar que ésta debe ser predominante. Esto es, en la búsqueda por una solución a un problema de coordinación los agentes tienen el interés común de que todos, entre el conjunto de acciones disponibles, hagan una y la misma cosa.

Lewis define entonces a los problemas de coordinación como "situaciones de decisión interdependientes que deben llevar a cabo dos o más agentes en las cuales predomina una coincidencia de intereses y en las que existen dos o más equilibrios de coordinación"⁴⁷.

Un equilibrio de coordinación (*proper coordination equilibrium*) es una combinación posible de acciones de los agentes tal que ningún agente habría obtenido un mejor resultado si alguien (ya sea él mismo o alguien más) hubiese actuado de forma distinta⁴⁸. Es decir, los agentes prefieren que si todos actúan de cierta forma, entonces cada uno actúe de esa forma. Dos equilibrios de coordinación a los que da lugar nuestro ejemplo anterior son: 1) la persona que llamó originalmente llama de nuevo y el otro espera. 2) La persona que llamó originalmente espera y el otro llama.

De acuerdo con Lewis, los problemas de coordinación pueden dar lugar a un sistema de preferencias capaz de mantenerse a sí mismo a través del tiempo. A partir de este hecho Lewis construye su definición de convención⁴⁹.

El primer paso al definir qué son las convenciones consiste en demostrar cómo es posible que los agentes racionales terminen todos realizando su parte dentro de un equilibrio coordinativo. Para ello, la construcción de expectativas mutuas acerca del comportamiento de otros es fundamental. Cada agente desarrolla expectativas acerca del comportamiento de todos los demás con base en su capacidad (del agente) para replicar su razonamiento práctico (de los demás) y así sus cursos de acción posible (de los demás). Para esto, se debe tener conocimiento de las creencias acerca de los hechos que determinan los resultados probables de las acciones ajenas, además de las preferencias entre la variedad de resultados posibles; por último, se debe saber que los demás poseen un mínimo de razonamiento práctico. Como hemos dicho, uno de los hechos que determinan los resultados posibles de las acciones de un agente, según Lewis, son las acciones de otros agentes. Así, a fin de descubrir el curso de acción probable de los demás, es necesario que cada agente descifre lo que los demás esperan que él haga, y así es como se da lugar a un sistema de expectativas mutuas entre los agentes.

⁴⁶ Ver Lewis (2002, capítulo 1).

⁴⁷ Lewis (2002, 24). La traducción es nuestra.

⁴⁸ Esta formulación es de Margaret Gilbert (1989, 324).

⁴⁹ Lewis proporciona dos definiciones de convención que por razón de espacio omitiré mencionar explícitamente en este trabajo. Si el lector está interesado en la definición puede revisar Lewis (2002, 42, 78).

Aunque Lewis reconoce que una forma de llegar a dicho sistema de expectativas es el acuerdo, está interesado en mostrar que lo mismo podemos lograr a través del precedente. La idea es que podemos resolver un problema de coordinación actual a través de nuestro comportamiento coordinativo si compartimos haber estado en contacto con un caso pasado similar resuelto a través de dicho comportamiento. En el momento en el que *optamos* (albergamos expectativas mutuas de conformidad) por actuar siguiendo este comportamiento pasado y no otro, surge una convención que nos permite enfrentar un problema de coordinación cada vez que éste se presenta en el futuro.

Uno de los puntos más importantes en la explicación coordinativa de las convenciones de Lewis es que cada agente realiza su parte dentro de un equilibrio coordinativo porque espera que todos los demás hagan lo mismo y éstos de hecho lo hacen. Con mayor precisión, siempre que la preferencia de cada agente a actuar de conformidad con la acción de los demás esté condicionada por el comportamiento conforme de los demás, la acción conforme de todos producirá una expectativa de conformidad y la expectativa de conformidad producirá acción conforme. Sin ser una definición, podemos decir entonces que de acuerdo al enfoque coordinativo las convenciones son regularidades en el comportamiento de los agentes frente a situaciones recurrentes que requieren acción coordinada, donde la conformidad general y la necesidad de coordinación son conocimiento común⁵⁰. Ésta es la idea que servirá de modelo a las explicaciones coordinativas de las convenciones en el debate sobre la regla de reconocimiento.

Con estas ideas en mente Gerald Postema define a las convenciones sociales de la siguiente manera:

Una regularidad R en el comportamiento de las personas de una población P en una situación recurrente S es una *convención* si y solo si en cada instancia de S

- (1) hay conocimiento común en P de que
 - (a) en P hay conformidad general hacia R;
 - (b) la mayoría de miembros de P esperan que la mayoría de los otros miembros de P actúen de conformidad con R;
 - (c) casi todos los miembros de P prefieren que todos los demás actúen de conformidad a que no actúen de conformidad con alguna regularidad de comportamiento en S, dada la conformidad general hacia tal regularidad;
 - (d) casi todos los miembros de P prefieren que exista conformidad general hacia alguna regularidad de comportamiento a que no exista conformidad general (i.e. conformidad general hacia la no regularidad);
- (2) parte de la razón que tienen los miembros de P para actuar de conformidad con R en S es que se cumplen las condiciones 1a-1d⁵¹.

Existen según Postema al menos cuatro características esenciales de las convenciones implicadas por esta definición. La primera es que las convenciones surgen a partir del reconocimiento común de la necesidad por coordinar el comportamiento y un sistema de expectativas mutuas. Es decir, las convenciones no son simples regularidades en la conducta de los agentes, sino regularidades con un origen particular. En segundo lugar, las convenciones no excluyen la posibilidad de que algunos de sus miembros puedan tener razones independientes a la convención para actuar de conformidad con ella. Lo único que la definición requiere es que la conformidad general sea significativamente valiosa para las partes de modo que su ausencia les provea con una razón para no realizar la acción en cuestión. Además, las convenciones pueden ser codificadas. Sin embargo, aunque su formulación

⁵⁰ Ver Postema (1982).

⁵¹ Postema (1982, 176). La traducción es nuestra.

explícita puede redituarse en una mayor eficiencia del comportamiento coordinativo, no es necesaria. Por último, las convenciones pueden perdurar en el tiempo con independencia al hecho que las originó y al carácter moral de la acción en cuestión. La única condición requerida para que las convenciones prolonguen su existencia y su carácter vinculante es la actualidad del éxito con el que resuelven el problema de coordinación que enfrentan.

Recordemos que uno de los objetivos de las reinterpretaciones convencionalistas de la regla de reconocimiento es superar la crítica según la cual la regla de reconocimiento es incapaz de generar la obligación de seguirla entre sus participantes.

Para Postema el punto de partida en una explicación sobre el carácter vinculante de las convenciones es el hecho de que cada agente espera que los demás actúen de una forma determinada, en parte porque sabe que todos los demás esperan lo mismo de él y la confianza que, incluso en contra de su propio interés, cada uno tiene en estas expectativas. Es decir, la normatividad de las convenciones se explica, en principio, por la presencia de lo que antes hemos llamado un esquema común de expectativas mutuas y la confianza que los agentes tienen en ellas.

De acuerdo con Postema, existen dos contextos en los que el surgimiento de expectativas puede conducir a la generación de obligaciones. El primero se da cuando la confianza es inducida. Esto es, cuando a partir de una declaración unilateral un agente genera en los demás una expectativa acerca de su comportamiento futuro en virtud de la cual ellos *ajustan* sus cursos de acción. El segundo, cuando las circunstancias bajo las cuales emergen las expectativas son análogas a las de una empresa de cooperación para el beneficio mutuo en la que rigen los principios del *juego limpio*⁵². De acuerdo con Postema, los casos como el primero son poco frecuentes en el surgimiento de obligaciones convencionales. Por el contrario, parece difícil negar que al solucionar eficaz y sostenidamente determinados problemas de coordinación recurrentes, las convenciones definen un patrón de comportamiento para el beneficio mutuo cuyo éxito depende de que cada miembro haga su *justa* parte. De este modo, los agentes no sólo tienen una (buena) razón para actuar de conformidad con el patrón de comportamiento impuesto por la convención, sino la obligación de hacerlo.

Para Postema, el derecho es un fenómeno de naturaleza convencional gracias a su capacidad para solucionar ciertos problemas de coordinación. Así, el primer objetivo de su teoría es mostrar que este tipo de situaciones existe al interior de la práctica legal. Para él, los problemas de coordinación que justifican la aplicación de la teoría coordinativa de las convenciones al caso jurídico surgen en tres niveles. En el primer nivel los problemas de coordinación emergen con independencia al derecho, aunque el derecho es usado comúnmente para solucionarlos. En los niveles dos y tres los problemas surgen como consecuencia de la actividad adjudicativa de los servidores públicos. En el nivel dos los problemas se dan entre ciudadanos ordinarios y servidores públicos y en el tres entre estos últimos. En pocas palabras, el objetivo principal de la teoría de Postema es mostrar que en las sociedades organizadas por un sistema jurídico existen problemas de coordinación de segundo y tercer nivel, razón por la cual describir a la interacción social en el contexto de la práctica jurídica como un conjunto de problemas persistentes de coordinación no es una equivocación.

Como hemos advertido, las situaciones que surgen en el primer nivel no son creadas estrictamente por los ordenamientos jurídicos o los funcionarios encargados de aplicarlos. Por el contrario, son escenarios que emergen en el curso ordinario de la vida social y para los que, en ocasiones, el derecho puede proveer soluciones.

Imaginemos una sociedad en la que existen autos y carreteras pero no una convención acerca del lado en el camino que los conductores deben ocupar. Cuando dos conductores manejando en direcciones opuestas se encuentran de frente, surge un problema que requiere coordinación en sus acciones. No parece haber equivocación en asumir que ambos podrían ser indiferentes a utilizar cualquier lado del camino pero preferir sólo una combinación

⁵² Postema no define este principio, ni explica su procedencia. Aparentemente es suficiente para el éxito de su empresa que utilicemos una noción intuitiva acerca de las exigencias que impone el también llamado Fair Play. (Ver Postema 1982, 180).

de sus actos entre la pluralidad de opciones disponibles. Si el intento de los conductores por coordinar su comportamiento fracasa y tiene lugar un accidente, es de esperarse que la atribución de responsabilidad dé lugar a una disputa.

Según Postema, al llegar un asunto como éste ante una corte una de las preguntas más pertinentes que el juez podría plantearse a fin de encontrar al responsable es ¿qué podríamos haber esperado de un hombre razonable de ordinaria prudencia? Aparentemente, una buena manera de dar respuesta a esta pregunta requiere la aplicación del enfoque coordinativo de las convenciones sociales. Es decir, para responder, el juez deberá intentar reconstruir los razonamientos que ambos sujetos debieron haber llevado a cabo de conformidad con las expectativas que regularmente podrían formularse sobre un agente de ordinaria razón y prudencia. Aplicando las ideas del enfoque coordinativo, el juez está en condiciones de atribuir responsabilidad a quien haya fallado en hacer, dadas las expectativas de los agentes, lo que pudo haberse esperado de una persona razonable en tal circunstancia. Gracias a esta teoría, el juez puede saber cual pudo haber sido la solución adecuada al problema y así juzgar quien falló en alcanzarla.

Vale la pena mencionar que para Postema la atribución de responsabilidad en este contexto no es en modo alguno retroactiva. Incluso en estos casos en los que no existe una regla anterior, la aplicación del enfoque coordinativo al atribuir responsabilidades no implica la aplicación de una regla nueva a un caso antiguo. De acuerdo con Postema, utilizar la teoría coordinativa de las convenciones más bien provee a los jueces con un modelo adjudicativo de buena fe para solucionar casos *no previstos*. Al utilizar el enfoque coordinativo de este modo, no es necesario decir que los jueces han hecho una nueva regla para justificar su decisión en el caso actual, así como tampoco es necesario decir que la decisión del juez debe ser tomada como un acto legislativo para resolver casos futuros. De hecho, según Postema, los casos así resueltos no son diferentes en esencia a los casos *regulados* en los que las expectativas se concentran en las reglas preexistentes. La estructura del contexto del razonamiento práctico y las consideraciones que deben ser tomadas en cuenta por los jueces son las mismas. Para Postema, la única diferencia es que, al pronunciarse sobre un asunto, en lugar de tomar en cuenta las expectativas que se pudieron haber generado sobre el comportamiento de un hombre razonable de ordinaria prudencia, en los casos regulados los jueces *esperan* que las partes tomen a las reglas preexistentes como guías para su comportamiento; ya que, supuestamente, la regla es el elemento más importante en el contexto deliberativo del razonamiento práctico.

En su análisis de los niveles dos y tres, el objetivo de Postema es mostrar que las actividades de identificación, aplicación e interpretación de normas que llevan a cabo los servidores públicos (*officials*) y las personas sujetas al derecho (*legal subjects*) consisten esencialmente en un entramado de problemas de coordinación interrelacionados y recurrentes.

El segundo nivel en el que pueden surgir problemas de coordinación al interior de la práctica jurídica tiene que ver, de acuerdo con Postema, con la función del derecho de *facilitar* o *asegurar* la solución de problemas del primer nivel. Las reglas, estatutos, y demás contenidos normativos en el derecho están dirigidos, al menos parcialmente, a ser el centro de atención de las expectativas de las partes cuando se encuentran inmersos en determinados patrones complejos de interacción social. A diferencia del anterior, en este nivel los problemas de coordinación son consecuencia de la pretensión del derecho de ser una guía en el comportamiento social de los sujetos mediante reglas, proporcionándoles razones (normativas) para la acción. Esta segunda clase de situaciones en las que los agentes intentan alcanzar la coordinación de sus actos tiene como escenario las relaciones entre jueces y ciudadanos ordinarios.

Postema sostiene que todos los elementos de la interacción social que antes señaló para los problemas de coordinación son característicos también de las relaciones entre las personas sujetas al derecho (*law-subjects*) y los jueces. En primer lugar, los ciudadanos ordinarios deciden qué acciones realizar o abstenerse de realizar en relación con un contexto jurídico, en virtud de las expectativas que consideran impuestas sobre ellos por las normas del

ordenamiento. Para cada individuo sujeto al derecho, la manera de entender estas expectativas que las leyes imponen sobre su comportamiento depende de sus propias expectativas acerca de la forma en la que los servidores públicos habrán de interpretar las normas. En segundo lugar, a fin de articular y comunicar con eficiencia el contenido del derecho, al momento de interpretar las normas jurídicas los jueces deben tomar en cuenta las creencias que los sujetos al derecho tienen sobre su aplicación. En pocas palabras, existe una interdependencia importante entre la manera de entender al derecho por parte de las personas ordinarias y aquella de los jueces⁵³. Sin embargo, esta interdependencia no significa simetría de la relación juez-ciudadano ordinario. El carácter autoritativo de la interpretación normativa que llevan a cabo los jueces pero no los sujetos comunes coloca a unos en una posición de privilegio con respecto a los otros.

Para Postema, es correcto afirmar que esta interdependencia entre los actos de identificación y aplicación de las normas de jueces y ciudadanos, aunque no de manera suficiente, deja ver una forma compleja de interacción estratégica demandando actividad social coordinada. No obstante, para mostrar cómo situaciones como éstas pueden ser descritas sin error como problemas de coordinación es necesario todavía mostrar que la estructura de las preferencias de las partes es la estructura característica de los problemas de coordinación. En otras palabras, interdependencia y analogía en el esquema de preferencias son condiciones individualmente necesarias y conjuntamente suficientes para mostrar que las situaciones de decisión descritas en el segundo nivel son de hecho problemas de coordinación en el sentido empleado por el enfoque coordinativo de las convenciones sociales.

Postema sostiene que la existencia de un sistema común de preferencias mutuas para los casos de decisión que surgen entre jueces y ciudadanos ordinarios es fácil de demostrar. Esto es, aparentemente jueces y ciudadanos prefieren coincidir en sus interpretaciones sobre el derecho en lugar de no coincidir. Es decir, de entre una pluralidad disponible de interpretaciones distintas del contenido normativo, las partes prefieren una en particular, solamente si la otra parte la prefiere también. Los sujetos ordinarios buscan coordinar su interpretación de las normas con la de los jueces porque le interesa vivir dentro del derecho, o buscan el bien común, o buscan alcanzar sus intereses individuales aprovechando las facilidades que pone a su disposición el derecho, o evitar las sanciones legales. Por su parte, los jueces buscan la coordinación por que tienen la tarea de hacer efectivo al derecho. Es difícil ver como un ciudadano incapaz de interpretar la ley de una forma al menos similar a la interpretación oficial puede guiar su conducta de conformidad con ella. Si bien es cierto que las preferencias que conducen al ciudadano hacia la coordinación son de carácter *personal*, mientras las del juez son más bien *profesionales*, no parece equivocado afirmar que esta situación satisface todas las condiciones que definen a los problemas de coordinación.

Las situaciones que, según Postema, requieren un tercer nivel de coordinación dentro de la práctica jurídica surgen como consecuencia de la pluralidad de entidades que conforman la judicatura. La identificación y aplicación de normas en el derecho no puede regirse por los intereses o motivaciones individuales de cada juez. De ser así, se condenaría a los sistemas jurídicos a una profunda ineficiencia al momento de perseguir una de sus principales finalidades, a saber, servir a las personas como guías de conducta. De este modo, es necesario que los jueces, cortes y otros organismos involucrados en la repartición de justicia coordinen sus actividades de aplicación y reconocimiento de las normas legales.

De acuerdo con Postema, la coordinación entre distintos miembros de la judicatura debe acercarse lo más posible a una norma de coherencia institucional (*institutional coherence*), según la cual los actores involucrados en

⁵³ Postema advierte que, aunque la idea de que el entendimiento de los ciudadanos ordinarios sobre el derecho está condicionado por la actividad judicial podría parecer poco controvertible, éste no es el caso al afirmar que, al interpretar las normas, la manera de entender al derecho de los jueces es también interdependiente. De cualquier modo, para Postema negar lo segundo implicaría rechazar o bien la tesis del hecho social o bien la tesis de la normatividad del derecho. La explicación completa puede verse en Postema (1982, 190-193).

la actividad adjudicativa⁵⁴ deben seguir un patrón que dé unidad a sus actos de identificación, aplicación e interpretación del contenido normativo⁵⁵. Una vez más, existe un esquema común de preferencias mutuas que da a los jueces una razón para actuar de conformidad con el comportamiento de sus colegas. Cada juez guía su actividad de identificación y aplicación de la ley en virtud de las expectativas que otros jueces tienen sobre su comportamiento y las expectativas que él mismo alberga sobre la labor de sus colegas. Así Postema parece haber demostrado que las actividades de identificación y aplicación del derecho entre los jueces tienen todas las características de un problema de coordinación.

Gracias a un enfoque convencionalista como éste, es posible proporcionar un argumento aparentemente satisfactorio en favor de la tesis de que existe en el derecho la obligación judicial de identificar y aplicar exclusivamente aquellas normas que satisfacen ciertos criterios. En otras palabras, Postema parece haber demostrado que la regla de reconocimiento hartiana es capaz de imponer obligaciones. Para Postema, el problema de la normatividad de la regla de reconocimiento queda resuelto si adoptamos una interpretación coordinativa de las convenciones sociales.

Conviene recordar aquí que para Hart en *The Concept of Law*, la regla de reconocimiento es una regla social y todas las reglas sociales constan de dos elementos. El aspecto externo tiene que ver con la práctica actual de un patrón determinado de comportamiento entre los miembros de una comunidad, mientras que el aspecto interno tiene que ver con una cierta actitud normativa hacia dicho patrón. La propuesta de Postema con respecto a la regla de reconocimiento es incluir como parte de la actitud normativa interna el conocimiento común de los jueces acerca de la existencia de un esquema común de expectativas mutuas. Dado que dichas expectativas surgen en un contexto de interacción estratégica, se genera para los jueces una razón para actuar de determinada manera. Es decir, dado que la actividad de identificación y aplicación de normas puede plantearse como un problema de coordinación y además existe una presión profesional significativa entre los jueces para alcanzar la coordinación de sus actos, la existencia de un esquema común de expectativas señalado por una cierta regularidad en el comportamiento judicial, genera la obligación para cada juez de seguir la práctica.

En conclusión, podemos decir que para Postema la regla de reconocimiento debe entenderse como una regla convencional. Es decir, como una regularidad R en el comportamiento de los servidores públicos y los ciudadanos ordinarios cada vez que se requiere la identificación de estándares jurídicos válidos, tal que, parte de la razón que la mayoría de ellos tiene para actuar de conformidad con R es que son conocimiento común: 1) que la mayoría de servidores públicos y ciudadanos ordinarios de hecho actúan de conformidad con R; y 2) que la mayoría de ciudadanos y servidores públicos esperan que los demás (al menos la mayoría) actúen de conformidad con R. Dicha regularidad consiste en la identificación de normas válidas de acuerdo a ciertos criterios.

1.2.2 Convenciones constitutivas

Una forma distinta de dar cuenta del carácter convencional de la regla de reconocimiento es la sugerida por Andrei Marmor⁵⁶. Para él, aunque es claro que la teoría de Hart debía ser entendida desde el inicio en términos convencionalistas, es inadecuado al explicar las reglas de reconocimiento⁵⁷ adoptar la descripción de las

⁵⁴ La adjudicación debe entenderse aquí en un sentido muy amplio. Prácticamente como cualquier actividad de identificación, aplicación, o interpretación de normas legales, llevada a cabo por alguna institución relacionada con la administración de justicia.

⁵⁵ La coherencia aquí debe entenderse como un intento por excluir la contradicción de resoluciones. (Ver Postema 1980, 369-372).

⁵⁶ Marmor (1996, 1998 y 2009).

⁵⁷ Una observación que comúnmente se ha hecho a la teoría hartiana consiste en sostener la existencia de una pluralidad de reglas de reconocimiento y no solo de una. Marmor adopta esta visión pluralista de la regla de reconocimiento. (Ver Marmor 1998).

convenciones propuesta por el enfoque coordinativo. Es falso que las reglas de reconocimiento sean regularidades en el comportamiento de los miembros de una comunidad con un esquema común de intereses, destinadas a solucionar problemas de coordinación recurrentes. Aunque esta explicación funciona para dar cuenta de un número importante de prácticas convencionales, falla al ocuparse de muchas otras, entre ellas las reglas de reconocimiento.

Marmor reconoce que los enfoques de corte Lewisiano rescatan adecuadamente dos características distintivas de las convenciones sociales, a saber, que son arbitrarias, y que regularmente pierden sentido cuando los individuos de una comunidad (al menos la mayoría) no las siguen. En términos generales, podemos entender a la arbitrariedad de la siguiente forma. Si una regla es una convención, debe existir una regla alternativa que los individuos pudieron haber seguido en su lugar, capaz de alcanzar el mismo propósito. Por otro lado, las convenciones se distinguen de otro tipo de reglas porque parte de la razón que cada individuo tiene para actuar de conformidad con ellas es el comportamiento conforme de los demás miembros de la comunidad⁵⁸. De acuerdo con Marmor, estos dos rasgos de las reglas convencionales se derivan de uno solo al que llama "convencionalidad" (*conventionality*). Marmor define a la convencionalidad de la siguiente manera:

Una regla, R, es convencional, si y sólo si, se cumplen todas las condiciones siguientes:

1. Existe un grupo de gente, una población, P, que normalmente sigue R en las circunstancias C.
2. Existe una razón, o un conjunto de razones, llamémosle A, entre los miembros de P para seguir R en las circunstancias C.
3. Existe por lo menos otra regla posible, S, tal que si los miembros de P hubiesen actuado de hecho de conformidad con ella en las circunstancias C, entonces A habría sido una razón suficiente para los miembros de P para seguir S en lugar de R en las circunstancias C, al menos parcialmente, porque S es la regla generalmente seguida en lugar de R. Las reglas R y S son tales que es imposible cumplir con ambas en circunstancias C⁵⁹.

De acuerdo con Marmor, además de señalar la arbitrariedad y la necesidad de conformidad, esta definición es útil para ilustrar otras características que las reglas convencionales poseen. La condición uno, por ejemplo, apunta hacia el carácter social de las reglas convencionales. Aunque esto no es el caso para todas las reglas, las reglas sociales requieren para existir de su práctica actual entre los miembros de una comunidad. Si las convenciones son reglas sociales, entonces las convenciones necesitan ser practicadas por, al menos, la mayoría de los miembros de una comunidad.

La condición dos por su parte llama la atención sobre tres observaciones. La primera es la relación que existe entre las razones para la acción y determinados valores. Según Marmor, las razones para la acción, descritas típicamente como hechos en favor o en contra de realizar o abstenerse de realizar una conducta, se derivan con regularidad del hecho de que consideramos ciertas acciones como valiosas o útiles para alcanzar fines valiosos⁶⁰. En segundo lugar, no es requerido por esta condición que los participantes sean conscientes de la razón que tienen para seguir la convención. Los participantes podrían seguir la regla por distintas razones (tal vez equivocadas) o incluso ignorar por completo la existencia de razón alguna. La idea de Marmor es que la convencionalidad de una regla es totalmente independiente de la concepción subjetiva de las razones para seguirla que tiene cada individuo que la sigue. Lo anterior debe entenderse también acerca del conocimiento que los individuos tienen sobre la

⁵⁸ Marmor (1998, 515).

⁵⁹ Marmor (2009, 2).

⁶⁰ No es necesario que el valor asociado a la acción sea moral. (Ver Marmor 2009, 5).

naturaleza convencional de la regla. Para Marmor no es necesario que los miembros de una convención sepan que la regla que siguen es convencional.

Por último, la tercer condición explica qué quiere decir que las convenciones sean arbitrarias. Para Marmor es importante señalar aquí que arbitrariedad no implica indiferencia. Esto es, la condición de arbitrariedad se satisface únicamente por la existencia de una pluralidad de reglas disponibles para las partes, capaces de satisfacer el mismo propósito. Esto es compatible con la afirmación de que entre las partes puede existir una preferencia hacia alguna de esas reglas en particular.

Como hemos advertido anteriormente, aunque Marmor acepta que la teoría de Lewis explica satisfactoriamente un número importante de nuestras prácticas convencionales, descarta que esto sea el caso para las reglas fundamentales de un sistema jurídico. Al entender a las reglas de reconocimiento en términos del enfoque coordinativo surgen inmediatamente dos problemas. En primer lugar, es difícil ver en qué sentido las reglas de reconocimiento son arbitrarias según la descripción que hace de esta propiedad David Lewis. En segundo lugar, parece poco probable que las reglas de reconocimiento sean soluciones a problemas de coordinación recurrentes.

Si es verdad que las reglas de reconocimiento son fundamentales a cualquier sistema jurídico, entonces es difícil ver en qué sentido son arbitrarias si arbitrariedad implica indiferencia, como parecía afirmar Lewis. Aceptar que los integrantes de un sistema legal cualquiera pudieran considerar arbitrarias a las reglas encargadas de identificar el derecho parece complicado, justamente por la importancia política que los miembros de cualquier sociedad suelen atribuir a dicha función de identificación jurídica. Es decir, la promulgación y aplicación de leyes es un asunto de tal relevancia social, que la elección, por ejemplo, de un sistema bicameral o un sistema subordinado de cortes especializadas, parece estar muy lejos de la arbitrariedad.

Por otro lado, en términos generales, es un error asumir que el origen de todas nuestras prácticas convencionales es un problema de coordinación. Marmor señala que, contrario a lo que pensaba Lewis, existen convenciones que surgen sin que exista anteriormente un problema coordinativo. El ejemplo que utiliza Marmor para ilustrar esta idea es el ajedrez. Según él, sería un error asumir que las reglas constitutivas que originaron nuestra práctica de jugar ajedrez (al menos antes de ser codificadas institucionalmente), aunque presumiblemente convencionales, hayan surgido para solucionar un problema de coordinación entre los jugadores. Cuál es el problema de coordinación que los jugadores potenciales del ajedrez habrían querido solucionar mediante la creación de las reglas del juego, es una pregunta sin respuesta. Más aún, parece totalmente implausible afirmar que los jugadores siguen las reglas cada vez que juegan para solucionar dicho problema.

En particular, es un error concebir a las reglas de reconocimiento de un sistema legal como soluciones a problemas de coordinación. Según Marmor, pese a que una explicación así podría funcionar para dar cuenta de las reglas de reconocimiento más técnicas, parece equivocado sostener que las reglas de reconocimiento más fundamentales están ligadas a la solución de problemas coordinativos. La idea es que las decisiones políticas que dan contenido a la mayoría de las reglas de reconocimiento plantean típicamente situaciones más complejas a las propuestas por los problemas de este tipo. Por ejemplo, si pensamos en la idea de supremacía constitucional como una de las reglas de reconocimiento de cierto sistema jurídico, parece plausible aceptar que existe un propósito, o un *rationale* político⁶¹, al que la regla sirve; por ejemplo, el principio de Estado de Derecho. Este *rationale*, podríamos aceptar, se originó y adquirió forma a través de distintos actos políticos que poseen una estructura completamente distinta a la de un problema coordinativo. De acuerdo con Marmor, es común a los sistemas jurídicos contemporáneos que las reglas de reconocimiento no sean el resultado de un intento por coordinar el

⁶¹ Aunque Marmor no es del todo explícito al definir qué es exactamente este *rationale*, da la impresión de referirse al grupo de razones en virtud de las cuales existe una práctica. Otra manera de entenderlo es como el conjunto de razones que justifican a la práctica, o las razones que las personas tienen para formar parte de ella.

comportamiento de la partes, sino una respuesta a una pregunta política de mayor complejidad; por ejemplo, la pregunta por la fuente formal última de legitimidad jurídica a fin de obtener certeza.

De este modo, Marmor parece haber demostrado la ineficiencia del enfoque coordinativo para explicar el carácter convencional de las reglas de reconocimiento. Sin embargo, advierte, de esto no se sigue que las reglas de reconocimiento no sean convencionales. La propuesta de Marmor consiste así en una caracterización novedosa de las convenciones, capaz de superar los dos problemas planteados al punto de vista Lewisiano⁶². A saber, una caracterización según la cual las reglas de reconocimiento son convenciones constitutivas superficiales.

A fin de proporcionar una descripción del carácter convencional de las reglas de fundamentales en el derecho capaz de superar las limitaciones del enfoque coordinativo, Marmor propone dos modificaciones⁶³. La primera es negar que la arbitrariedad es conocimiento común entre las partes. Como hemos visto, para las explicaciones de tipo lewisiano el conocimiento común de cada una de las condiciones que deben obtenerse para que exista una convención, incluyendo su carácter arbitrario, es también una condición necesaria⁶⁴.

Marmor utiliza un argumento de Tyler Burge⁶⁵ para respaldar su afirmación. De acuerdo con Burge, las personas podrían estar equivocadas en la manera en la que conciben la naturaleza convencional de sus prácticas, sin que de ello se siga que dichas prácticas no son convencionales. Para ilustrar lo anterior, Burge utiliza el siguiente ejemplo: imaginemos una comunidad pequeña, aislada de cualquier otra, en la que ningún miembro ha oído, ni siquiera imaginado, la existencia de otro lenguaje distinto al suyo, de modo que la gente en esta comunidad cree que el que utilizan es el único lenguaje posible. A pesar de que es evidentemente falso que es conocimiento común entre la población de esta comunidad que su lenguaje es convencional y entonces arbitrario, parece que ninguno de nosotros se inclinaría a pensar que de hecho el lenguaje aquí no es convencional. Es decir, incluso en una comunidad como ésta, en la que los individuos ignoran la posibilidad de que existan otros lenguajes alternativos, nuestra afirmación de que el lenguaje que utilizan es convencional parece correcta. Burge parece haber demostrado que los miembros de una convención podrían simplemente ser ignorantes, o incluso estar equivocados, acerca de la naturaleza convencional de sus prácticas.

La segunda modificación, mucho más importante según Marmor, niega que las convenciones sociales surjan siempre como respuestas a determinados problemas de coordinación. Su propuesta consiste en sostener que hay otro tipo de reglas convencionales, arbitrarias en el sentido expuesto, que el enfoque coordinativo no puede explicar; a saber, las convenciones constitutivas⁶⁶.

De acuerdo con Marmor, es posible encontrar ejemplos de convenciones en las que no existe con anterioridad un problema de coordinación que las reglas convencionales estén destinadas a resolver. Un caso es el ajedrez. Las reglas del ajedrez, sostiene Marmor, son convencionales, pero no existen, ni se originaron, para solucionar un problema de coordinación entre los jugadores. Afirmar lo contrario significaría que, anterior a la práctica actual,

⁶² Es preciso señalar aquí una cierta inconsistencia entre las afirmaciones defendidas por Marmor. En *Legal Conventionalism* (1998, 516-517) afirma que la teoría de Lewis sobre las convenciones da lugar a dos problemas al ser utilizada para explicar las reglas de reconocimiento, a saber, una falla en la explicación del carácter arbitrario de las convenciones consistente en no reconocer la posibilidad de preferencias hacia una opción, y la dependencia entre el origen de una convención y la existencia de un problema de coordinación. Sin embargo, algunas páginas adelante (518, 519) parece matizar esta afirmación al grado de conceder que sólo el segundo es un problema. Aquí, la falla en la explicación Lewisiana de la arbitrariedad es la propiedad de ser conocimiento común. Esta última es la afirmación presentada por Marmor en *Social Conventions from Language to Law* (2009, 5-6 y 22-25).

⁶³ Marmor (1998, 520-521).

⁶⁴ Ver Lewis (1983, 163-188).

⁶⁵ Burge (1975, 250).

⁶⁶ Ver Marmor (2009, 22-25).

existía una situación de toma de decisión que condujo a la invención del juego y que actualmente se solventa siguiendo las reglas. Esto no parece plausible. Es simplemente difícil ver cuál podría haber sido el problema que las partes buscaron solucionar a través de la práctica actual de jugar ajedrez.

Marmor reconoce que es posible encontrar una descripción tan general de la situación que dio origen al juego, que podría hacernos pensar que nos encontramos de hecho frente a un problema coordinativo; por ejemplo, “el deseo de las partes de jugar algún tipo de juego de mesa que pusiera a prueba sus capacidades intelectuales”. En otras palabras, uno podría decir que, antes de que el ajedrez existiera, un grupo de personas se encontraba en una situación que requería de la coordinación de sus acciones, de modo que su deseo por jugar algún tipo de juego de mesa estructurado (intelectualmente retador) quedara satisfecho; en ese momento, diríamos, se habría desarrollado un conjunto de reglas convencionales capaces de dar solución a dicha situación (las reglas actuales del ajedrez). El problema con una caracterización tan abstracta como ésta es que, aparentemente, podría funcionar para prácticamente cualquier escenario de interacción social. Lo anterior por supuesto, restaría valor explicativo y filosófico a la teoría de Lewis ya que, según Marmor, cualquier acción llevada a cabo entre los miembros de una comunidad podría contar entonces como solución a un problema de coordinación.

Para Marmor, existe un problema aun mayor que debe enfrentar quien sostiene que la razón por la que una práctica como el ajedrez existe es dar solución a un problema de coordinación. Parece difícil apreciar en qué sentido la necesidad por coordinar el comportamiento propio con el ajeno da una razón para la acción en casos como el del ajedrez. Esto es, si le preguntáramos a alguien que ha adoptado la convención de “quien llama originalmente, llama otra vez en caso de pérdida de conexión” por qué espera la llamada de la otra persona (asumiendo claro que no es él la persona que llamó originalmente), parece que una respuesta como “porque tengo que coordinar mi comportamiento con los demás” tiene perfecto sentido. Sin embargo, si le preguntáramos a uno de los jugadores por qué está jugando ajedrez, una respuesta como “por que necesito coordinar mi comportamiento con los demás jugadores” sería más bien extraña.

Según Marmor, lo anterior llama la atención sobre dos diferencias fundamentales entre las convenciones coordinativas y las convenciones constitutivas. En primer lugar, las razones que las personas tienen para originar una convención coordinativa son exactamente las mismas que las razones que tienen para actuar de conformidad con ella, a saber, resolver un problema de coordinación. Para las convenciones constitutivas, sin embargo, esto no es el caso. Las razones que dan lugar a la emergencia de una práctica como el juego del ajedrez, no necesitan ser, y usualmente no son, las razones que tiene la gente para actuar de conformidad con sus normas. En segundo lugar, a diferencia de lo que pasa con las convenciones coordinativas, las razones que las personas tienen para *formar parte* de una convención constitutiva (ese conjunto de razones al que Marmor llama el *rationale* de una práctica social) difícilmente tienen que ver con solucionar un problema de coordinación. Marmor acepta que, una vez que nuestra práctica existe, pueden surgir diversos problemas de coordinación que pueden solucionarse con reglas y convenciones adicionales; sin embargo, aclara, esta no es una buena explicación del *rationale* que guía a las convenciones constitutivas. Con mayor precisión, para Marmor, aunque es cierto que nuestra razón para *actuar de conformidad con las normas* de una cierta práctica social esté dada, al menos parcialmente, por el interés común de encontrar la coordinación de nuestros actos y eso sea verdad incluso acerca de nuestra práctica de jugar ajedrez, esto representa solamente un aspecto de las convenciones constitutivas, sin dar cuenta de su *rationale*; es decir, de las razones que los miembros suelen tener para *participar en dicha práctica*.

1.2.2.1 Reglas constitutivas y reglas regulativas

Después de mostrar las diferencias que existen entre convenciones coordinativas y constitutivas, Marmor explica en detalle cuáles son los rasgos distintivos de éstas últimas.

Para dar cuenta de las reglas convencionales que constituyen algunas de nuestras prácticas sociales es útil, según Marmor, atender a la distinción entre reglas constitutivas y regulativas planteada por John Searle. A grandes rasgos, la diferencia entre unas y otras estriba en que, mientras las segundas rigen el curso de actividades preexistentes, las primeras crean o definen una forma nueva de comportamiento⁶⁷. Marmor sugiere que las convenciones constitutivas se identifican con las reglas constitutivas y las coordinativas con las reglas regulativas. Mientras unas, las regulativas, pueden ser formuladas mediante oraciones de la forma "haz x" o un condicional como "si haces X, entonces...", las reglas constitutivas tienen la forma "X cuenta como Y en las circunstancias C"⁶⁸.

En sentido estricto, sostiene Marmor, afirmar que las reglas constituyen la conducta de las personas es más bien extraño. En realidad, lo que las reglas parecen constituir es el significado social que en determinados contextos adquieren ciertos comportamientos. Con esto en mente, Marmor concluye que las reglas constitutivas son aquellas que constituyen un tipo de actividad, con mayor precisión, que constituyen una práctica social⁶⁹.

Marmor señala que las reglas constitutivas pueden ser de dos tipos, convencionales o institucionales. Los juegos estructurados como el ajedrez, algunas formas de arte y las reglas de cortesía, son algunos ejemplos de las primeras; mientras que las instituciones jurídicas como las legislaturas o las cortes, la iglesia y algunas instituciones como las universidades ejemplifican a las segundas.

Como hemos dicho, tomando como ejemplo el juego de ajedrez, Marmor pretende demostrar que algunas prácticas convencionales están constituidas por convenciones sociales de un tipo distinto al de las convenciones coordinativas. La idea es que las reglas que constituyen el juego del ajedrez son convenciones constitutivas, y que este tipo de convenciones cumple dos funciones; por un lado, definen el juego, y por otro definen la manera de jugarlo. Es decir, nuestra práctica de jugar ajedrez está definida por las mismas reglas que nos dicen cómo jugar, y esto es así gracias a que la naturaleza de dichas reglas es convencional y constitutiva⁷⁰.

Otra característica de las convenciones constitutivas es que, al menos parcialmente, definen los valores que las partes suelen asociar a la práctica, así como el discurso evaluativo que habrán de aplicar. En el ejemplo del ajedrez, las reglas lo constituyen como un juego competitivo en el que se gana o se pierde. Así, competir es, según Marmor, el propósito del ajedrez (y en general de casi cualquier juego estructurado). El tipo de competencia en el ajedrez da lugar a que ciertas habilidades intelectuales de estrategia, memoria, etc., sean valoradas. Si las reglas del ajedrez hubiesen sido distintas de modo que el juego, por ejemplo, no fuese competitivo, sería de esperarse que los valores asociados a su práctica también fuesen distintos. En otras palabras, seguir determinadas convenciones constitutivas da lugar a un cierto tipo de actividad valioso para quienes forman parte de ella. De hecho, podríamos decir que algunos de estos valores sólo tienen sentido cuando surgen en el contexto de la convención relevante que los constituye, y dejan de ser valiosos si los pensamos en abstracto o como parte de otro contexto.

Es preciso hacer una aclaración antes de continuar. La afirmación de Marmor es que las convenciones constitutivas tienen la propiedad de definir parcialmente los valores asociados a una práctica social. Esto es compatible con decir que existen valores que asociamos a nuestras prácticas que no están constituidos por las convenciones que las definen. En otras palabras, Marmor afirma que de los valores asociados a una práctica social, algunos están definidos por las reglas constitutivas y otros no. Existen valores que asociamos a nuestras actividades

⁶⁷ Searle (1969, 33).

⁶⁸ Searle (1969, 34-35).

⁶⁹ Marmor reconoce que la expresión "práctica social" es ambigua y que, dependiendo de la caracterización que se tenga de ella, podría incluir o no casos que podrían resultar problemáticos para su punto de vista. (Ver Marmor 2009, 36).

⁷⁰ La idea de que las reglas constitutivas pueden cumplir dos funciones: constitutiva en sentido estricto y regulativa, aparece en Searle (1969, 33).

simplemente porque hemos entendido las convenciones que constituyen la práctica⁷¹. Así, los valores asociados a una práctica estarán parcialmente constituidos por las convenciones relevantes, si es el caso que no podríamos apreciarlos sin entender las convenciones que constituyen la práctica.

Una objeción que surge de la afirmación anterior es negar que los valores puedan ser constituidos por reglas. Las reglas, hemos dicho, constituyen actividades sociales, pero no conductas y aparentemente tampoco valores. En sentido estricto, dice Marmor, lo que las personas que forman parte de una práctica social encuentran valioso es el acto de seguir las reglas, y no las reglas de forma separada. Entonces, para explicar la relación de constitución entre las convenciones que definen la práctica y algunos de sus valores, Marmor presenta dos alternativas: una explicación débil y una fuerte. De acuerdo con la explicación débil, el valor de seguir una determinada regla bajo ciertas circunstancias depende del hecho de que la regla forma parte de un sistema de reglas, las cuales constituyen una práctica que consideramos valiosa. En pocas palabras, solamente en el contexto de un sistema de reglas particular, el acto de seguir una determinada regla (parte de ese sistema) es valioso. La explicación en sentido fuerte sostiene que un valor es constituido por un sistema de reglas, sólo si participar en la práctica constituida por dicho sistema es valioso de una forma que no habría sido posible si tal sistema no hubiese existido. En pocas palabras, la existencia del sistema de reglas particular que constituye la práctica es condición necesaria del valor que los agentes encuentran en participar en ella. Pensemos en algunos de los valores asociados al teatro que simplemente no existirían si no existiera el teatro como actividad.

Marmor sostiene que sería un error asumir que existe algún tipo de equivalencia entre la práctica social y las reglas o convenciones que la definen. Las prácticas sociales incluyen más elementos que sólo sus convenciones constitutivas, por ejemplo, las funciones sociales que cumplen o las necesidades que satisfacen. Aunque muchas de nuestras prácticas existen gracias a las convenciones y serían diferentes si éstas lo fueran, las segundas no agotan el contenido de las primeras ni son idénticas a ellas. Con mayor precisión, Marmor sostiene que las convenciones constitutivas son respuestas a ciertas necesidades, funciones, o razones sociales, que integran el contexto en el que tienen lugar nuestras prácticas.

Si esto es así, es decir, si es cierto que las convenciones constitutivas responden a ciertas necesidades, cabe preguntarse en qué sentido son convencionales. La respuesta de Marmor atiende a dos hechos. Por un lado, el contenido de las reglas que constituyen nuestras prácticas no está totalmente determinado por las necesidades o las funciones que persiguen. En segundo lugar, las razones para seguir a las reglas constitutivas, dependen de la conformidad general. De acuerdo con Marmor, la combinación de estos dos hechos explican el carácter arbitrario de las reglas constitutivas y, como consecuencia, explican por qué, de hecho, poseen una naturaleza convencional. En pocas palabras, para Marmor las prácticas sociales definidas por reglas constitutivas, como el ajedrez, cumplen las condiciones establecidas por la definición de convencionalidad.

Otra característica que Marmor atribuye a las convenciones constitutivas es su carácter sistémico. Esto es, las reglas que constituyen nuestras prácticas sociales convencionales son siempre más de una y están organizadas de alguna forma. Lo anterior aparentemente es consecuencia de la naturaleza misma de nuestras prácticas. Al ser escenarios de interacción social tan complejos, es de esperarse que las reglas que les rigen reflejen dicha complejidad. En otras palabras, no existen prácticas sociales reguladas por una norma singular. No obstante, este no es el caso para las convenciones coordinativas. De acuerdo con Marmor, una convención coordinativa puede subsistir por sí misma, sin formar parte necesariamente de un sistema de normas. Por ejemplo, la convención de responder el teléfono con la palabra "bueno". Esta convención, según Marmor, que hace frente a un problema de

⁷¹ Marmor no es muy claro en este punto. El ejemplo que utiliza para ilustrarlo es las normas de la racionalidad asociadas a nuestra actividad de argumentar. La idea es que el hecho de que asociemos este tipo de normas con dicha actividad no es un indicador de que dichas normas estén constituidas por convenciones. (Ver Marmor 2009, 38).

coordinación, no está, en principio, relacionada con ninguna práctica social particular, y por ello no forma parte de ningún sistema de reglas. Las convenciones constitutivas en cambio siempre son sistémicas.

Otro rasgo típico de las convenciones constitutivas tiene que ver con la *división del trabajo* que experimentan sus miembros. Es común que el conocimiento de las convenciones de este tipo que tienen las personas en una comunidad sea parcial. Es decir, no es cosa rara que los individuos de una sociedad desconozcan algunas de las convenciones que definen ciertas prácticas y conozcan algunas otras.

Para cada práctica, dice Marmor, existe un grupo de personas expertas, cuyo conocimiento de las convenciones constitutivas es completo. Este grupo de expertos son los *practicantes*. Con mayor precisión, los practicantes son aquellas personas cuyo comportamiento determina a las convenciones. Sin embargo, afirma, la diferencia entre los practicantes y otras personas con un conocimiento menor de las convenciones constitutivas no es absoluta en términos de la influencia que su comportamiento puede tener sobre el desarrollo de la práctica. Esto es, al interior de algunas prácticas sociales existe regularmente una división del trabajo, tal que hay un grupo que determina cuáles son las convenciones constitutivas a través de su comportamiento y el entendimiento que tienen de lo que hacen, y otros grupos periféricos con conocimientos parciales sobre las convenciones y un grado de influencia marginal. Estos grupos, no obstante, pueden, dentro de ciertos límites, modificar la forma y el contenido de las convenciones relevantes.

Claramente, este no es el caso con las convenciones coordinativas. Es difícil pensar que se puede solucionar un problema de coordinación recurrente si la mayoría de las personas involucradas ignoran el contenido de la convención. Estrictamente hablando, las personas en una convención coordinativa no necesitan conocer la naturaleza precisa del problema de coordinación que originó la convención, pero sí la solución al problema. De cualquier forma, Marmor acepta que existe división del trabajo incluso en las convenciones coordinativas, aunque ésta suele ser mucho más limitada.

Las convenciones constitutivas son interpretativas. En principio, la idea es que las convenciones de este tipo tienden a cambiar a través del tiempo. Éste es un rasgo que comparten con las convenciones coordinativas, aunque existe una diferencia entre las razones por las que cambian unas y otras. Dado que las convenciones coordinativas son soluciones a problemas de coordinación, en tanto sean efectivas, no requerirán cambio alguno mientras las circunstancias no varíen. Las razones para cambiar una convención coordinativa previamente aceptada responden al hecho de que la convención ha perdido su eficacia para solucionar el problema. En la mayoría de los casos ello puede ser consecuencia de un cambio en las circunstancias planteadas por el problema de coordinación, aunque esto no hace imposible que cualquier otro cambio que afecte la capacidad de la convención para solucionar el problema pueda ser razón suficiente para motivar una transformación. Marmor asegura que, aunque esto es básicamente correcto para las convenciones constitutivas, existe en ellas un factor extra que siempre interviene en la dinámica de cambio, a saber, su carácter interpretativo.

Las convenciones constitutivas suelen ser siempre objeto de un proceso de interpretación influido parcialmente por factores externos e internos. En otras palabras, la urgencia por modificar una convención constitutiva está dada por el proceso de interpretación de la práctica en función de los valores asociados a ella, o por el surgimiento de distintas influencias exteriores. Así como las convenciones establecen algunos de los valores asociados a la práctica, cambios en la interpretación de esos valores pueden conducir a cambios en las convenciones constitutivas mismas. Con mayor precisión, la idea de Marmor es que las convenciones constitutivas tienden a cambiar a través del tiempo y que dichos cambios responden principalmente a dos factores, o bien son resultado de la re-interpretación de los valores internos, o bien de la influencia de factores externos antes desconocidos.

La última característica atribuida por Marmor a las convenciones constitutivas que deseo resaltar es su dependencia hacia la historia. La idea de Marmor es que estas convenciones tienen un desarrollo histórico y que dicho desarrollo tiene un significado social. Dado que las reglas constitutivas se desenvuelven a lo largo de un periodo presumiblemente significativo de tiempo y no son promulgadas como las reglas institucionales, parece

aceptable afirmar que su contenido depende, de alguna forma, de los distintos hechos que conforman su historia. En pocas palabras, parece que el desarrollo histórico que comúnmente sufre cualquier convención constitutiva suele ser significativo para los miembros de la sociedad. Entender dicho desarrollo, ayuda a entender mejor la naturaleza de la práctica misma, su naturaleza, los valores que le asociamos, el significado que tiene para la gente que la sigue, etc. Por otro lado, es importante aclarar que el desarrollo histórico de las convenciones constitutivas no siempre es el mismo. Cada práctica se desenvuelve de manera particular en la historia, del mismo modo que las convenciones que las constituyen. Algunas prácticas incluso suponen la sustitución o de ciertas convenciones por otras, por ejemplo, la moda o las reglas de cortesía.

1.2.2.2 *Convenciones profundas y convenciones superficiales*

Hemos dicho que para Marmor la forma correcta de concebir a las reglas de reconocimiento de un sistema jurídico es como convenciones constitutivas. Sin embargo, reconoce, la convencionalidad de dichas reglas fundamentales es altamente controversial. Algunos casos como las reglas lingüísticas que vinculan a ciertos fonemas con ciertos significados son ejemplos para Marmor de convencionalidad incontrovertible, pero las reglas de reconocimiento, o los actos de habla performativos, no. Que existan discusiones acerca de la naturaleza convencional de ciertas prácticas, es un indicador según él de que las convenciones pueden operar en distintos niveles. Es decir, dado que, si las convenciones siempre estuviesen en la superficie de las actividades humanas, saber si un conjunto de normas es convencional o no sería una tarea sencilla en todos los casos, y dado que existen controversias acerca de la convencionalidad de las reglas que definen ciertas prácticas, parece que las convenciones no siempre son superficiales. Marmor distingue así entre convenciones profundas y convenciones superficiales. su idea es que las primeras son condición necesaria para la existencia de muchas de las segundas.

De acuerdo con Marmor, las convenciones profundas son distintas de las convenciones superficiales de las siguientes maneras:

1. Las convenciones profundas emergen como respuestas a necesidades básicas, ya sea sociales o psicológicas. Es decir, sirven a funciones relativamente básicas en el mundo social.
2. Las convenciones profundas típicamente posibilitan el surgimiento de un conjunto de convenciones superficiales, y muchos tipos de convenciones superficiales solamente son posibles si son instancias de convenciones profundas.
3. Bajo circunstancias normales, las convenciones profundas son practicadas al seguir las convenciones superficiales que les subyacen.
4. A diferencia de las convenciones superficiales, las convenciones profundas suelen ser más perdurables y menos susceptibles al cambio.
5. Las convenciones superficiales siempre terminan siendo codificadas y, de esta manera, reemplazadas por normas institucionales. Las convenciones profundas típicamente resisten la codificación institucional.⁷²

La estrategia utilizada por Marmor para mostrar que las reglas de reconocimiento son convenciones constitutivas es 1) probar que satisfacen una a una las condiciones demandadas por la convencionalidad, 2)

⁷² Marmor (2009, 59).

mostrar que son constitutivas, y 3) mostrar cómo la distinción entre convenciones profundas y superficiales es útil para solucionar algunos problemas acerca de la naturaleza de la regla de reconocimiento.

La primera condición que una regla debe satisfacer para ser convencional exige que sea seguida bajo determinadas circunstancias. Según Marmor, esta condición se cumple porque, de hecho, en la práctica jurídica, más allá del desacuerdo que acerca de ello pudieran tener, los jueces reconocen que existen ciertos criterios que determinan qué cuenta como derecho en cada sistema jurídico⁷³.

Al cumplirse la primer condición, se cumple también la segunda. Si es cierto que existe una regla que, en ciertas circunstancias, es seguida por un grupo de individuos, entonces también es cierto que dichos individuos tienen un conjunto de razones para seguirla. Si los jueces siguen la regla de reconocimiento para identificar normas jurídicas, no parece haber error en aceptar que la siguen por alguna razón. Dar cuenta de estas razones, sin embargo, es algo sumamente controversial. En la explicación de Marmor, las razones que (en principio) los jueces tienen para seguir la regla de reconocimiento están íntimamente ligadas con las razones que la sociedad tiene para poseer un sistema jurídico.

Decir que las razones para seguir una regla están íntimamente relacionadas con las razones por las que existe una práctica, es distinto a identificar unas con otras. Las razones que tienen los jueces para seguir las reglas de reconocimiento no son las mismas que las de la sociedad para tener un sistema jurídico, aunque la relación entre ambas es sumamente cercana.

El rationale de las reglas de reconocimiento, contrario a lo que piensan los enfoques de corte lewsiano, no es coordinativo⁷⁴. Antes de que surja cualquier problema que requiera coordinación entre las acciones de los jueces, es necesario que existan reglas que constituyan su rol en tanto jueces. En otras palabras, antes de solucionar los problemas de coordinación que pueden surgir en la práctica jurídica, necesitamos que las instituciones del derecho existan. De este modo, Marmor afirma que el papel principal de las reglas de reconocimiento es constituir dichas instituciones. Es decir, el rationale de las reglas de reconocimiento es constitutivo. Aunque Marmor no es explícito al respecto, parece que su sugerencia es que la razón que tienen los jueces para seguir las reglas de reconocimiento es su rol constitutivo. Así como los jugadores de ajedrez encuentran en el carácter fundante de las reglas del juego una razón para seguirlas, dado que de no hacerlo estarían jugando a otra cosa, la razón que tienen los jueces para seguir las reglas de reconocimiento es que éstas fundan incluso su rol en tanto jueces.

Para mostrar exitosamente el carácter convencional de las reglas de reconocimiento hay que demostrar que cumplen la tercera condición de la definición de convencionalidad, a saber, que son arbitrarias. De acuerdo con Marmor las reglas de reconocimiento son arbitrarias por dos razones principales. En primer lugar, porque, de hecho, diferentes sistemas jurídicos, allende sus similitudes, tienen distintas reglas de reconocimiento. En segundo lugar, porque es claro que las razones para seguir las reglas de reconocimiento dependen de que la mayoría de los jueces

⁷³ Con mayor precisión, el argumento de Marmor en favor de esta tesis consiste en probar que el argumento de Dworkin en contra de la existencia de las reglas de reconocimiento es incorrecto. Según Marmor, Dworkin niega que los criterios empleados por los oficiales para determinar el derecho sean gobernados por reglas. Las reglas de reconocimiento no existen dado que los jueces siempre pueden entrar en desacuerdos acerca de cuáles son los criterios de legalidad, si esto es así, no tiene sentido sostener que dichos criterios expresan el contenido de una regla, o al menos, tendría que aceptarse que son tan abstractos que es difícil concebirlas como parte de una regla. Para mostrar lo anterior, según Marmor, Dworkin habría tenido que demostrar que los desacuerdos no son superficiales, sino profundos. En pocas palabras, la idea es que, si bien Dworkin señala acertadamente que los oficiales pueden entrar en conflicto en ciertas ocasiones a la hora de identificar normas válidas a consecuencia de un desacuerdo sobre cuáles son los fundamentos del derecho, se equivoca en pensar que este solo hecho implica la inexistencia de tales fundamentos. Al final, es necesario que existan las reglas de reconocimiento, para poder afirmar que estamos en desacuerdo acerca de su contenido. (Ver Marmor 2009, 163).

⁷⁴ Parece existir una ligera ambigüedad en la teoría de Marmor acerca de como las reglas de reconocimiento cumplen con la segunda condición de la definición de convencionalidad. Marmor falla en distinguir entre razones para *seguir* y razones para *tener* reglas de reconocimiento. Aunque nada impide, en principio, que unas y otras coincidan, esto no es necesario. (Ver Marmor 2009, 164-166).

actuó de conformidad con ellas. Para Marmor, lo anterior no es controversial, por lo tanto, la convencionalidad de las reglas de reconocimiento es más o menos clara.

Según él, las controversias acerca del carácter convencional de las reglas de reconocimiento tienen más bien que ver con su naturaleza obligatoria. En pocas palabras, el problema parece ser que, si es cierto que las reglas de reconocimiento son arbitrarias en el sentido requerido por la definición de convencionalidad, entonces es difícil ver de qué manera pueden ser obligatorias para los jueces y demás servidores públicos. Para responder a esta pregunta, Marmor cree que se debe, en primer lugar, separar entre la obligación jurídica y la obligación moral de seguir las reglas de reconocimiento.

Como hemos dicho antes, para Marmor las reglas constitutivas tienen una función doble, por un lado constituyen una cierta práctica y, por otro, prescriben ciertas formas de conducta (pensemos en las reglas del ajedrez). La obligación jurídica de un juez de seguir las reglas de reconocimiento está prescrita por las reglas constitutivas de la práctica jurídica, así como la obligación de mover al rey una casilla a la vez está prescrita por las reglas que definen el juego de ajedrez. La obligación moral para formar parte de la práctica, sin embargo, no está definida por las reglas constitutivas de una práctica. Entender lo anterior permite ver que la normatividad de las convenciones constitutivas es siempre condicional. Esto es, las reglas constitutivas proveen razones para la acción, solamente si anteriormente los agentes relevantes cuentan con una razón para participar de la práctica; sin embargo, la razón de los agentes para participar en una práctica no está dada por sus reglas constitutivas. En el caso de la práctica jurídica, las razones para obedecer el derecho no son (ni pueden ser) las reglas que determinan cuál es el derecho.

Según Marmor, entender a las reglas de reconocimiento como convenciones constitutivas elimina el misterio sobre la normatividad jurídica. Un juez tiene razones para seguir las reglas de reconocimiento, si tiene razones para formar parte de la práctica jurídica, pero las reglas de reconocimiento que constituyen la práctica de jueces y otros servidores, no constituyen la razón de los jueces para participar de dicha práctica. Determinar cuál es la obligación de los jueces para participar en la práctica judicial, es una pregunta que necesita ser contestada desde la filosofía moral y política.

Un elemento más forma parte de la caracterización de Marmor de las reglas fundamentales en el derecho: no se pueden entender correctamente, sino se atiende a la diferencia entre convenciones profundas y superficiales. De manera general, la idea de Marmor es que entre las razones generales de una sociedad para tener derecho, tales como solucionar problemas sociales, crear bienes públicos, etc., y las convenciones jurídicas que determinan qué cuenta como derecho en un sistema legal particular, existe una *capa* de convenciones profundas. Estas convenciones profundas se manifiestan comúnmente en las convenciones superficiales de reconocimiento (*surface conventions of recognition*) específicas de cada sistema legal.

Con mayor precisión, para Marmor las convenciones profundas en el derecho indican el tipo de sistema jurídico que rige en cada sociedad, mientras las convenciones que determinan cuál es el derecho, las reglas de reconocimiento como las entendía Hart, son convenciones superficiales. Recordemos que las convenciones superficiales son instancias, en la mayoría de los casos, de las convenciones profundas. Así, las reglas de reconocimiento hartianas son instancias de las convenciones profundas en cada sociedad y esto es el caso para cada sistema legal particular.

Recordemos también que, de acuerdo con Marmor, las convenciones profundas emergen como una respuesta normativa a distintas necesidades sociales y psicológicas. Pese a que existe una pluralidad de razones por las cuales las comunidades deciden organizar su vida social a través del derecho, para Marmor, las razones básicas tienen que ver con las funciones que éste desempeña. Esto es, si aceptamos que el derecho típicamente opera como un arreglo de funciones, entonces dichas funciones representan las razones básicas por las que cualquier sociedad decide adoptar un determinado sistema jurídico. Las convenciones profundas son expresiones (o instancias) de estas razones. Es importante notar que pese a que estas funciones básicas, directamente relacionadas con las

necesidades que el derecho busca satisfacer en una comunidad, son fundamentalmente las mismas sin importar la sociedad particular de que se trate, pueden dar lugar a distintas instancias, es decir, a distintas convenciones profundas. El derecho suele servir para lo mismo en países de distinta tradición jurídica.

Los ejemplos que utiliza Marmor para mostrar cómo deberíamos entender la noción de convención profunda en el derecho son la tradición del *common-law* y la tradición jurídica continental. La idea es que estas distintas tradiciones o familias jurídicas, son instancias de las convenciones profundas del derecho. Otra manera de entender a las convenciones profundas es como constitutivas de una tradición respecto de una práctica, aunque no constitutivas de la práctica actual. En otras palabras, la práctica jurídica actual en todo sistema legal está constituida por las reglas (convenciones superficiales) de reconocimiento, mientras que la tradición a la que ese sistema jurídico se ascribe, por ejemplo el *common-law*, está constituida por convenciones profundas.

Otro rasgo importante de las convenciones profundas es que son practicadas a través de la práctica actual de las convenciones superficiales que le son instancia. En el caso del derecho, al practicar las reglas de reconocimiento es la forma de practicar las convenciones profundas.

En conclusión, de acuerdo con la visión de Andrei Marmor, el fundamento convencional del derecho está dado por dos elementos. Las convenciones profundas que constituyen la forma en la que un sistema legal habrá de estar organizado, y las convenciones de reconocimiento, instancias de las primeras, que identifican el derecho en cada sistema.

CAPÍTULO 2

LA TEORÍA INSTITUCIONAL DEL DERECHO

Una de las teorías que recientemente ha reclamado un espacio propio dentro de la esfera del positivismo jurídico es la llamada Teoría Institucional del Derecho⁷⁵. Propuesta originalmente por Neil MacCormick y Otta Weinberger⁷⁶, esta teoría es un intento por explicar la naturaleza del derecho en términos de la relación que existe entre la práctica jurídica y las instituciones sociales. De acuerdo con MacCormick, a pesar de que el derecho ha sido considerado típicamente un fenómeno institucional por filósofos y juristas, hasta ahora ninguna teoría se ha concentrado en dar cuenta detalladamente de lo que implica sostener una tesis como ésta. En principio, la pretensión de la Teoría Institucional del Derecho es llenar dicho hueco explicativo.

Ubicar a la propuesta de MacCormick dentro del cuadro positivista contemporáneo es una tarea más bien difícil. A diferencia de otras teorías como el convencionalismo de Marmor o el de Postema, la Teoría Institucional del Derecho no parece estar relacionada, al menos no de manera tan cercana, con la teoría de H. L. A. Hart, característica recurrente en la mayoría de propuestas dentro de la filosofía del derecho actual⁷⁷. Incluso si MacCormick menciona en repetidas ocasiones que algunas de sus ideas proceden de Hart, Ronald Dworkin o Joseph Raz, lo cierto es que su teoría parece surgida de otro lugar. A saber, de la intuición de que al explicar los sistemas jurídicos se debe atender de manera necesaria y suficiente a su carácter institucional. En pocas palabras, la preocupación principal del institucionalismo es explicar y justificar la tesis de que el derecho es un “orden normativo institucional”⁷⁸.

⁷⁵ Afirmaciones de este tipo son defendidas por MacCormick y Otta Weinberger en el prefacio e introducción de su libro *An Institutional Theory of Law* (1986). Algo similar es propuesto por Siltala (2011, 130). El propósito de este capítulo es presentar con cierto detalle la versión del también llamado institucionalismo jurídico propuesta por Neil MacCormick. Aunque otros autores como Massimo La Torre y Otta Weinberger han hecho contribuciones importantes a la teoría institucional del derecho, no daré cuenta de sus propuestas.

⁷⁶ MacCormick y Weinberger (1986). Es preciso aclarar aquí que, como bien explica Massimo La Torre (1993), existen versiones del institucionalismo jurídico anteriores a la propuesta de MacCormick y Weinberger, por ejemplo, la teoría de Santi Romano (1977). No obstante, ha sido la teoría de MacCormick la que aparentemente más influencia ha tenido en el desarrollo del debate contemporáneo entre los seguidores del institucionalismo. (Ver Maksymilian del Mar 2009).

⁷⁷ Esta característica parece común incluso para teorías interpretativistas como la de Dworkin. No parece exagerado afirmar que, aunque de manera crítica, la mayoría de teorías del derecho contemporáneas han adoptado la teoría hartiana como un punto de partida común. Por otro lado, de acuerdo con Anna Pintore (1991), a pesar de que después de un análisis cuidadoso, sólo puede ser considerada una teoría sociológica del derecho, la teoría de MacCormick es, según ella, un intento por reconciliar dos de las doctrinas más influyentes en el campo de la filosofía jurídica contemporánea: el positivismo jurídico y las teorías sociológicas del derecho. Aunque el mismo MacCormick (1992, 8) señaló que la teoría propuesta a lado de Otta Weinberger en 1986 debía ser entendida como una teoría del conocimiento jurídico, más que una teoría del derecho, parece difícil suponer que una afirmación similar puede ser hecha sobre la última versión presentada en *Institutions of Law* (2007). Afirmaciones sobre la dificultad de caracterizar con precisión el tipo de teoría positivista que representa el institucionalismo jurídico han sido defendidas también por Vitorio Villa (2009, 50- 56).

⁷⁸ MacCormick (2007, 11).

2.1 HECHOS BRUTOS Y HECHOS INSTITUCIONALES

Existe una distinción fundamental para cualquier teoría que intente explicar la realidad social en términos de instituciones, a saber, la diferencia entre hechos brutos (*brute facts*) y hechos institucionales (*institutional facts*)⁷⁹. Esta distinción señala la diferencia entre hechos simples que tienen lugar en el mundo físico y hechos cuya existencia, a pesar de ser objetiva⁸⁰, depende de la actividad humana. Así, decimos que los hechos brutos son aquellos cuya existencia puede ser emplazada en el mundo sin incidencia del género humano⁸¹, hechos que existirían incluso si no figuraran en los pensamientos de persona alguna⁸²; por otra parte, los hechos institucionales son aquellos que adquieren dicho estatus en virtud de su interpretación a la luz de un cierto contexto normativo. En pocas palabras, la diferencia entre unos y otros consiste en que, mientras los hechos institucionales necesitan de las instituciones humanas para existir, la existencia de hechos brutos es independiente de ellas.

Cabe señalar desde ahora que, aparentemente, sin este marco normativo un buen número de objetos perdería el significado (social) que de hecho creemos que tienen según nuestra experiencia ordinaria del mundo. Es decir, los hechos institucionales, cuya existencia experimentamos en nuestra vida diaria y en virtud de los cuales asociamos ciertos significados a determinados objetos, dependen necesariamente de la interpretación de un conjunto de reglas.

A pesar de que, como podemos observar, la noción de institución está ineludiblemente relacionada con la de lo normativo, el sentido preciso en el que deberíamos entender dicha relación es objeto de discusiones al interior de las teorías institucionalistas. De manera preliminar diremos que para la teoría institucional del derecho nada podría ser una institución sin estar relacionado de *algún* modo con un marco normativo, y que ningún hecho podría ser institucional sino gracias a *alguna* clase de conexión con *algún* tipo de contexto normativo.

Para ilustrar la diferencia entre hechos brutos y hechos institucionales MacCormick utiliza como ejemplo a las tarjetas de crédito: no es lo mismo una simple pieza de plástico de colores, que una pieza de plástico de colores que nos permite realizar transacciones comerciales. Otro ejemplo propuesto por MacCormick es la diferencia entre “un disco unido a una correa con una superficie transparente de un lado, detrás de la cual hay ciertas marcas uniformemente distribuidas alrededor del perímetro de una superficie blanca”⁸³, y un reloj de muñeca. Para Ota Weinberger, podemos apreciar la diferencia entre hechos institucionales y brutos si observamos un tablero de ajedrez y sus piezas dispuestas para comenzar una partida descritos en términos puramente físicos (simplemente como objetos de cierto tamaño, forma y color), y los mismos objetos descritos en términos de su función institucional, esto es, de su papel en el juego⁸⁴.

⁷⁹ Tradicionalmente se dice que los trabajos de Anscombe (1958) y Searle (1969) son los precursores de dicha distinción.

⁸⁰ El término “objetivo” debe entenderse aquí como opuesto a aquello que depende de concepciones subjetivas, tal y como lo utiliza Searle (1995,1).

⁸¹ Incluso si para aseverar la existencia de un evento determinado es necesario siempre proporcionar una cierta descripción, e incluso si cualquier descripción se considera ella misma un hecho institucional, sería un error confundir el hecho mismo con la manera en la que lo describimos, y así, concluir que cualquier hecho es en algún sentido institucional. En palabras de Searle “Por supuesto, a fin de afirmar la existencia de un hecho bruto requerimos la institución del lenguaje, pero es necesario que distingamos el hecho cuya existencia afirmamos de la declaración que hacemos de su existencia.” Searle (1995, 2).

⁸² De acuerdo con Sáltala (2011, 165) la categoría de hechos brutos incluye tanto hechos físicos, como hechos mentales. Heidemann (1999, 256-257) propone algo similar al reconstruir la concepción de la ontología social de Searle. Esto es, parece que los estados mentales son considerados hechos brutos dado que su existencia es (al menos podría ser) independiente de las instituciones humanas. Podemos decir que los estados mentales son cosas que pasan (pueden pasar) en el cerebro de las personas incluso ante la falta de conciencia sobre ellos y, por esa razón, no son institucionales. Claramente esta idea está lejos de ser obvia.

⁸³ MacCormick (2007, 11).

⁸⁴ Weinberger (1991, 4).

Como podemos ver, el objetivo de estos ejemplos es ilustrar como a un objeto físico se le puede dar un significado institucional al ser interpretado a la luz de un marco normativo particular. Sabemos que una pieza de plástico cuenta como una tarjeta de crédito debido a las reglas que regulan los créditos bancarios de esta naturaleza. También, qué tipo de discos son relojes, gracias a algunas reglas sobre la medición del tiempo. Por último, sabemos qué es un peón, una torre, o un rey y como deben desplazarse en el tablero, en virtud de las reglas del ajedrez.

Una forma más en la que MacCormick busca dar cuenta de la diferencia entre hechos brutos e institucionales atiende a la información que podemos derivar de la observación cuando nos encontramos frente a un evento particular. La idea es que la información que obtenemos al observar un hecho bruto es en algún sentido distinta a la que obtenemos de la observación de un hecho institucional. En el segundo caso, por ejemplo, no vemos simplemente (incluso si de hecho lo hacemos) algunas marcas de tinta sobre una hoja de papel, sino un contrato. De modo contrario, al observar un árbol, no vemos más que un objeto con ciertas propiedades físicas. Con mayor precisión, MacCormick dice que cuando vemos a un grupo de personas haciendo una fila “no vemos solamente a un grupo de personas de pie en una cierta relación espacial [...] aunque de hecho eso vemos. Vemos lo que inferimos es una fila de personas [...] nuestra información fáctica es permeada por un entendimiento normativo”⁸⁵.

Sin embargo, esta idea resulta un tanto desconcertante. En primer lugar, no es suficientemente claro en qué consiste exactamente la diferencia informativa. Una posibilidad es pensar que se corresponde con el tipo de hecho particular que estamos observando. Esto es, la información que obtengo a partir de mi observación de un evento, si es institucional, es que es institucional, mientras la información que obtengo de un evento, si es un hecho bruto, es que es un hecho bruto. Aparentemente, lo anterior implica una petición de principio. Una persona tendría que saber con anterioridad que cierto objeto cuenta como una tarjeta de crédito, para poder identificarlo mediante observación como una tarjeta de crédito. Si esto es así, es difícil afirmar que la observación juega un rol relevante en la explicación de la diferencia entre hechos institucionales y brutos. En pocas palabras, la información que obtenemos de la mera observación de un evento no es acerca del tipo de hecho al que pertenece de acuerdo con la clasificación bruto/institucional, pues suponer lo contrario es pedir la cuestión. Otra posibilidad es pensar que, gracias a la observación, somos capaces de apreciar propiedades distintas, unas exclusivas de los hechos brutos, otras exclusivas de los hechos institucionales y ambas mutuamente excluyentes. Una crítica como la anterior aplica también a esta interpretación. Identificar las propiedades relevantes que nos permitirían apreciar que un evento es institucional o bruto, depende de que conozcamos con anticipación cuáles son esas propiedades. Si con anticipación sabemos qué propiedades son relevantes, es difícil atribuir a la observación poder explicativo alguno respecto de la diferencia entre hechos brutos e institucionales.

Por otro lado, parece falso que podamos concluir a partir de la mera observación que un hecho es institucional, como parece sugerir MacCormick. Con anterioridad hemos dicho que para que un hecho determinado sea considerado institucional es necesario realizar algún tipo de interpretación normativa. En pocas palabras, es falso que la observación nos proporcione información suficiente para distinguir entre hechos brutos e institucionales, pues es necesario además atender a información acerca de un contexto normativo determinado.

Afortunadamente para MacCormick, incluso si esta caracterización de la diferencia informativa es defectuosa, es posible encontrar aún una interpretación mejor de la intuición según la cual, cierta diferencia en información puede ser útil para explicar la distinción entre hechos institucionales y hechos brutos.

La información puede jugar un papel diferenciador, si consideramos el tipo de información requerido para juzgar la existencia de una clase u otra de hechos. Es decir, para juzgar la existencia de un hecho bruto o institucional

⁸⁵ MacCormick (1998b, 322). Una idea similar es propuesta por Ota Weinberger y su noción de información práctica (*practical information*) en MacCormick y Weinberger (1986, 84-90). MacCormick (1998a) utiliza este concepto de información práctica para explicar algunos aspectos del razonamiento de los miembros de la práctica jurídica, en particular, de los ciudadanos que guían su conducta conforme a reglas legales.

necesitamos distintos tipos de información. Mientras para juzgar la presencia de un hecho bruto la información perceptual es suficiente, en los casos de hechos institucionales se requiere información adicional (especialmente relacionada con un contexto normativo). En otras palabras, mientras en el caso de hechos brutos la información que adquirimos a partir de la observación es evidencia necesaria y suficiente de su existencia, en el caso de los hechos institucionales la información perceptiva, aunque necesaria, no es suficiente. Para juzgar que un hecho institucional existe, necesitamos además información sobre un contexto normativo determinado.

En este orden de ideas, MacCormick define a los hechos brutos como “simples hechos físicos”⁸⁶, y a los hechos institucionales como “hechos que dependen de la interpretación de cosas, eventos y piezas de comportamiento con referencia a algún marco normativo”⁸⁷.

Dividir a la realidad en dos clases de hechos es un intento por proporcionar una ontología en la cual aquellos hechos que componen a la socialidad (*sociality*) tienen la propiedad de ser objetivos y (hasta cierto punto) independientes⁸⁸, en lugar de ser el simple resultado de un acuerdo entre personas. En términos de la teoría institucional del derecho, dado que el reconocimiento de hechos institucionales es inescapable a la explicación de la realidad social, y dado que el derecho es una parte muy importante de esa realidad, el método correcto de elucidar la ontología de nuestra práctica jurídica es reconociendo que todos los hechos que tienen lugar en ella son institucionales.

Claramente, decir lo anterior no implica que el derecho sea exhaustivo respecto de la realidad social, la esfera de los hechos institucionales, o el campo de los contextos normativos. La posibilidad para que otros dominios dentro de la socialidad⁸⁹ sean normativos o institucionales se mantiene abierta. Buenos ejemplos de esto según MacCormick son la moralidad, que es normativa pero no institucional, y la política, que es institucional pero no normativa⁹⁰.

En tiempos recientes, la idea de que la realidad social puede ser explicada exhaustivamente en términos de hechos institucionales ha sido criticada por Robert A. Wilson⁹¹. En general, Wilson sostiene que incluso si la diferencia entre hechos institucionales y brutos como la presenta Searle (y la sostiene MacCormick) es correcta, hay un problema en afirmar que todos los hechos que componen la realidad social son institucionales. La realidad social es aparentemente mucho más compleja de lo que Searle estaría dispuesto a aceptar, dado que incluye, por ejemplo, ciertas acciones sociales intencionales de animales no-humanos por definición excluidas de la categoría de hechos institucionales.

Incluso si el argumento de Wilson podría parecer inofensivo en contra de quien afirma la naturaleza supuestamente institucional de los hechos jurídicos, en caso de ser correcto, sería un error conceder, sin argumento de por medio, que la única manera de explicar los hechos en el derecho es adoptar un punto de vista institucionalista. Esto es, la suposición de la teoría institucional del derecho de que los hechos en el derecho son institucionales porque la realidad social es institucional y el derecho es parte de dicha realidad, dejaría de ser obvia. Sería necesario entonces explicar por qué la práctica jurídica es más parecida a las formas institucionales de la realidad social, que a aquellas no institucionales.

⁸⁶ MacCormick (2007, 11).

⁸⁷ MacCormick (2007, 11).

⁸⁸ Las características de independencia y objetividad como propiedades de los hechos institucionales son ampliamente explicadas por Searle (1969, Capítulo I).

⁸⁹ Siguiendo a Robert Wilson (2007, 139), utilizo el término “socialidad” para denotar lo que antes he llamado realidad social.

⁹⁰ MacCormick (2002, 1).

⁹¹ Wilson (2007).

Tomando como punto de partida la suposición de que tanto juristas como filósofos están comprometidos con ver al derecho como una cuestión de hecho en lugar de verlo como un fenómeno irreal⁹², MacCormick sostiene que existe una interconexión casi evidente entre la idea de hechos institucionales y la idea de que el derecho es "institucional" o que posee un "carácter institucional". De acuerdo con MacCormick, la idea de hecho institucional es fácil de relacionar con la idea de que el derecho está compuesto de instituciones como los contratos, la propiedad, el matrimonio, etc. Al mismo tiempo, también conecta con la idea de que el derecho es institucional en el sentido de que es administrado por cortes, legislaturas, etc. Finalmente, un tercer sentido en el que el derecho se relaciona con la idea de hecho institucional tiene que ver con cierto uso del término "institución", asociado con la palabra latina "institutio" que se usaba para referir a un libro de texto. Dado lo anterior, debería resultar obvio que analizar el carácter institucional del derecho es al menos útil para dar claridad a muchas de las preguntas más frecuentes en el campo de la filosofía jurídica.

Cabe mencionar aquí que, originalmente, MacCormick había propuesto dos sentidos en los que los miembros de la práctica jurídica entendían supuestamente la naturaleza institucional del derecho y que conectaban con la idea de hecho institucional. De acuerdo con el que llamaba sentido sociológico, el derecho es institucional en tanto es producido, administrado, y hecho efectivo por instituciones sociales. En este sentido la expresión "el derecho" se utiliza para designar a las cortes, la profesión legal y la policía. En sentido filosófico, "el derecho" refería a las reglas aplicadas por dichas instituciones así como a las reglas que les aplicaban. Es importante resaltar que para MacCormick ambos sentidos derivaban de dos formas comunes de utilizar la expresión "el derecho" entre los practicantes jurídicos⁹³.

A partir de la premisa de que los participantes de la práctica jurídica conciben al derecho en más de una forma como un fenómeno institucional, MacCormick afirma que el derecho y los sistemas jurídicos contemporáneos son una cuestión de hechos institucionales y, debido a eso, la filosofía del derecho debe ocuparse de explicar su institucionalidad. Así, La teoría institucional del derecho pretende explicar los hechos que tienen lugar en la práctica jurídica a la luz de una ontología que les concede las propiedades de objetividad e independencia al mismo tiempo que los relaciona con un marco institucional creado y modificado por las personas. Aunque concebir al derecho como un fenómeno institucional no es algo nuevo dentro de la teoría jurídica⁹⁴, el institucionalismo es el primero que intenta respaldar sus tesis con una concepción del mundo como la propuesta por Searle.

Antes de continuar con la descripción del institucionalismo jurídico, conviene señalar que, como era de esperarse, la afirmación de que la realidad contiene hechos institucionales es altamente controvertible en el terreno de la filosofía social. De hecho, actualmente existe un amplio debate que tiene por objeto varios aspectos de la ontología propuesta por Searle. Carsten Heidemann⁹⁵, por ejemplo, ha argumentado que la concepción del realismo sostenida por Searle es profundamente controversial y causa de diversas críticas a su noción de hechos institucionales. En términos muy generales, Heidemann argumenta que la concepción del realismo de sentido común (*common sense-realism*)⁹⁶ adoptada por Searle es defectuosa por tres razones. La primera es que, contrario a lo que Searle deseaba, al adoptar un realismo de este tipo la objetividad de la realidad social se vuelve controvertible, pues si es cierto que existe independencia entre la realidad y el conocimiento, entonces se da lugar al

⁹² MacCormick y Weinberger (1986, 49).

⁹³ MacCormick (1986, 56).

⁹⁴ De acuerdo con Andrei Marmor (2011, Capítulo 2) atribuir una naturaleza institucional al derecho es justamente una de las partes centrales de la crítica de Hart en contra de la teoría jurídica de Austin.

⁹⁵ Heidemann (1999).

⁹⁶ Sin ser tan precisos, un realismo de sentido común afirma que la realidad es independiente del conocimiento que podemos obtener de ella. (Ver Heidemann 1999, 254-255).

escepticismo. Si es cierto que por ser independiente del conocimiento, la realidad podría ser distinta incluso a como la describe nuestro juicio mejor justificado, pierde valor la afirmación de que la realidad social es en algún sentido objetiva; ya que siempre podría ser el caso de que nos encontráramos en un escenario escéptico en el que aquello que creemos juzgar correctamente como lo real, no lo es. La segunda objeción que Heidemman arguye en contra del realismo defendido por Searle consiste en decir que dicha caracterización es auto-contradictoria. La idea es que es inconsistente afirmar, como lo hace Searle, que el realismo es verdadero porque está presupuesto por nuestras afirmaciones teóricas. Según Heidemman, al no poder argumentar en su favor, Searle no puede sino admitir que, más que una teoría, el realismo es una especie de marco conceptual presupuesto por nuestras afirmaciones teóricas. Si este es el caso, la tesis realista es auto-contradictoria pues terminaría afirmando algo como que gracias a nuestras explicaciones de la realidad (en particular, gracias que el realismo está presupuesto en cualquier explicación), la realidad es como es independientemente de como la explicamos. Por último, Heidemman alega que la tesis realista es difícil de sostener en conjunción con la idea de que la realidad social, aunque constituida por hechos, es construida por la conciencia humana. Serle traza una distinción entre propiedades independientes de la observación y propiedades dependientes de la observación. Las primeras son aquellas que poseen los objetos por sí mismas, por ejemplo, su masa, forma, etc. Las propiedades dependientes de la observación son aquellas que los objetos poseen solamente porque un observador se las atribuye, por ejemplo, ser un desarmador. Esta distinción se relaciona con otra entre objetividad ontológica y objetividad epistémica. Decimos de algo que es ontológicamente objetivo si tiene que ver con las propiedades independientes de la observación de un objeto. Por el contrario, decimos de un juicio que es epistemicamente objetivo si su verdad es una cuestión de hecho. Así, por ejemplo, la propiedad de ser un desarmador es ontológicamente subjetiva aunque, epistemicamente objetiva. Searle explica lo anterior afirmando que la objetividad epistémica de un juicio sobre la propiedad ontológicamente subjetiva que posee un objeto de ser un desarmador proviene de que pensar que algo es un desarmador es una propiedad ontológicamente objetiva de las personas (sus estados mentales están ahí con independencia de ser observados)⁹⁷. El problema que ve Heidemman con esta explicación es que del hecho ontológicamente objetivo de que las personas poseen determinados estados mentales al momento de atribuir determinadas propiedades (ontológicamente subjetivas) a ciertos objetos, no se sigue que esas propiedades son epistemicamente objetivas. De este modo, afirma Heidemman, la noción de hecho institucional es defectuosa, pues como hemos visto presupone un realismo ontológico de sentido común implausible.

Por su parte, Leo Zaibert y Barry Smith⁹⁸ han señalado algunos problemas en la forma en la que Searle parece entender a la normatividad. En términos generales, Zaibert y Smith argumentan que aunque es posible que Searle haya logrado dar cuenta con cierto éxito de un tipo de normatividad específico al que llaman normatividad suave (*soft normativity*) y que consiste básicamente en las obligaciones convencionales que surgen a partir de actos de habla ilocutorios, su teoría se mantiene indiferente a otras áreas de la normatividad como la así llamada normatividad intencional (*normativity of intending*). Esta clase de normatividad, afirman, seguramente juega un papel importante en la esfera de la realidad social, o dicho de otro modo, es falso que la realidad social sea simplemente una cuestión de normatividad suave. Sin embargo, justamente en esta idea es donde parece estar ubicada la teoría de la ontología social de John Searle.

Wilson⁹⁹, como dijimos antes, ha presentado distintos argumentos en contra de la caracterización searliana de la intencionalidad y la realidad social. Recordemos que el argumento es básicamente que existen formas de socialidad intencional, en especial entre animales no humanos en las que el lenguaje no participa, sin embargo,

⁹⁷ Ver Searle (1995, 10-11).

⁹⁸ Smith y Zaibert (2007).

⁹⁹ Wilson (2007).

según la teoría de Searle la realidad social no podría explicarse sin apelar de algún modo a entidades lingüísticas, en particular, sin apelar a la existencia de reglas constitutivas en virtud de las cuales existen instituciones. No parece exagerado afirmar que la corrección de cualquiera de estas objeciones, debería tener consecuencias sobre las afirmaciones sostenidas por la teoría institucional del derecho.

Por otro lado, Incluso si las críticas son incorrectas y la división entre hechos institucionales y brutos resulta ser una buena estrategia para explicar la ontología social, la adopción de la distinción para dar cuenta de la práctica jurídica en ocasiones parece traer más confusión que entendimiento. Como hemos dicho anteriormente, parece no haber ningún otro argumento en favor de una caracterización de los hechos en el derecho como hechos institucionales, más que un cierto reconocimiento de la opinión de los practicantes jurídicos. Vale la pena notar que MacCormick no provee ninguna evidencia que apoye una afirmación como ésta. Además, no es del todo claro qué papel juega exactamente la distinción entre hechos brutos e institucionales en una teoría del derecho, toda vez que (como veremos más adelante) la supuesta *institucionalidad* del derecho está dada por su carácter *formal*, y no por el hecho de ser un *hecho institucional* algo que el derecho comparte con órdenes normativos informales (y por ello no-institucionales) tales como la religión y la moral.

Una respuesta posible a esta pregunta sugerida por MacCormick, consiste en decir que, gracias a la adopción de una ontología como la propuesta por Searle, sabemos exactamente qué tipo de hechos conforman la esfera de lo jurídico. Sabemos que los hechos en el derecho no están dados por la naturaleza y por lo tanto que están sujetos a ser creados, modificados y extinguidos en lugar de a ser inalterables y estar prediseñados. El problema con una respuesta como ésta es que parece demasiado trivial. Es difícil encontrar en la literatura a alguien que afirme lo contrario, esto es, alguien que sostenga que los hechos en el derecho son naturales o brutos. La naturaleza práctica y de carácter dependiente de la actividad humana de los hechos jurídicos ha sido un lugar común desde hace tiempo en la teoría jurídica. En cualquier caso, parece claro que es necesaria una mejor explicación de la proporcionada por MacCormick acerca del papel que juega la distinción entre hechos brutos e institucionales en una teoría del derecho.

De acuerdo con la teoría institucional del derecho, una vez explicada la naturaleza institucional de los hechos en la práctica jurídica es preciso aclarar el carácter normativo de ésta, así como su propiedad de estar ordenada y la de ser institucional.

2.2 LO NORMATIVO

Para la Teoría Institucional del Derecho hay algo que tienen en común las reglas, las convenciones, los estándares de conducta y los principios, a saber, que todos ellos son normativos. Son normativos en el sentido de que sirven para juzgar lo que está bien y lo que está mal hacer. En otras palabras, sirven como indicadores de lo que debe ser hecho y lo que no debe ser hecho¹⁰⁰. MacCormick propone el uso del término "norma" para referirse a cualquier "proposición de deber (*ought-proposition*) explícita o implícita que supuestamente juega este rol enjuiciador en el pensamiento práctico de una persona"¹⁰¹.

De acuerdo con MacCormick, los juicios que emitimos sobre la conducta en virtud de ciertas proposiciones de deber pueden jugar dos papeles distintos. Por un lado, sirven como guías de la conducta propia, por el otro, pueden servir como guías para responder ante las acciones de alguien más.

¹⁰⁰ El fenómeno de la normatividad ha sido explicado de manera distinta por autores como Joseph Raz (1999). En términos muy generales, para Raz la normatividad está íntimamente ligada con la noción de razón para la acción, y no simplemente con los juicios de corrección. Un panorama más o menos completo acerca de las diferentes maneras de entender la normatividad puede verse en Cristina Redondo (1999, Capítulo 4).

¹⁰¹ MacCormick (1998b, 303).

Como muchas otras teorías sociales, la teoría institucional del derecho sostiene que un número muy importante de nuestras prácticas sociales actuales, así como una buena parte de nuestras acciones individuales, están gobernadas por normas. Decir de una práctica que es normativa, implica que el comportamiento coordinado entre los miembros de una colectividad es guiado por algún tipo de proposición de deber. Los participantes de una práctica reconocen en virtud de una norma determinada que tienen el deber de hacer, o abstenerse de hacer, cierta conducta en tanto miembros de dicha práctica. La opinión que tienen los participantes sobre lo que es correcto o incorrecto hacer es así, de acuerdo con MacCormick, una opinión normativa.

Según MacCormick, para que una práctica sea normativa es suficiente con que exista un umbral mínimo de coincidencia entre las opiniones normativas de los participantes respecto a cierta conducta. Es decir, una práctica puede ser normativa incluso si existe una diferencia entre las opiniones de los miembros del grupo sobre la corrección o incorrección de cierto comportamiento. Según MacCormick, la razón para suponer esto es que, si dicho umbral no existiera, la existencia misma de la práctica estaría en duda. Es claro que una práctica social como hacer una fila puede no funcionar perfectamente dado que puede haber casos en los cuales las personas (con justificación o no) no acepten su deber de tomar turnos, sin embargo, la práctica sería insostenible, sin lugar a dudas, si por lo menos un cierto número de participantes no actuaran de conformidad con ella. No es importante conocer el número exacto de personas que constituyen esta cuota mínima, pero sí lo es notar que incluso si no hay conformidad perfecta una práctica puede aún ser normativa.

Decir que el elemento normativo en una práctica social requiere un mínimo de conformidad en la opinión de los participantes, no implica que una determinada pre-articulación de la norma en juego es necesaria. Una práctica normativa puede tener lugar incluso si los participantes son incapaces de articular con exactitud la norma que guía su comportamiento. Tomando como ejemplo una vez más la práctica de hacer filas, MacCormick afirma que "una práctica normativa y una opinión normativa tales pueden existir y ser viables incluso en la ausencia de cualquier regla canónicamente formulada o formulable que cualquiera podría citar como la regla acerca de hacer filas"¹⁰².

Más aún, de acuerdo con MacCormick un número importante de prácticas sociales son interpretativas en el sentido de que la formulación particular de las normas que les guían es siempre una cuestión sujeta a debate. En principio, nada impide que cada uno de los participantes posea una formulación propia de la norma, distinta a la que tienen los demás. Para formular explícitamente la norma hasta entonces implícita, necesitamos interpretar la práctica misma junto con su propósito. Aunque la mayoría de nuestras prácticas normativas sean interpretativas en este sentido, es suficiente que un umbral mínimo de participantes piensen en algo como aquello que deben hacer, para afirmar que existe entre ellos una opinión normativa común, y así, que la práctica que siguen también es normativa.

En pocas palabras, según la teoría institucional del derecho, una práctica social es normativa si consideramos que una cierta norma guía la conducta de los participantes y además existe un grado de coincidencia mínimo entre sus opiniones normativas.

2.3 LOS ÓRDENES NORMATIVOS

Las prácticas sociales normativas siguen un orden. Esto es, los participantes no actúan de forma arbitraria. Explicar con precisión qué significa esto y cómo es posible ordenar una práctica, es el siguiente paso en la teoría institucional del derecho.

De acuerdo con MacCormick, existe un orden social normativo cuando (1) las personas de hecho guían su comportamiento de conformidad con una opinión sobre lo que es correcto hacer, (2) existe la suposición entre ellos

¹⁰² MacCormick (2007, 15).

de que dicha opinión es mutua, y (3) de hecho existe una coincidencia de opinión suficiente (no necesariamente perfecta) entre ellos¹⁰³.

Para ejemplificar la manera en la que supuestamente funcionan las prácticas normativas ordenadas, MacCormick señala el hecho de que cualquier persona, al jugar ajedrez, reconoce que es necesario esperar su turno para hacer un movimiento.

De acuerdo con la Teoría Institucional del Derecho, este sentido de ordenación (*orderliness*) se origina en el hecho de que un comportamiento determinado (gobernado por reglas) es común entre los miembros de una comunidad. Como ya había anunciado MacCormick, dicho comportamiento no requiere un entendimiento o conceptualización explícita de la regla que lo gobierna.

De este modo, la ordenación de una práctica parece ser explicable apelando únicamente a las reglas implícitas sobre las cuales los participantes tienen una opinión normativa coincidente. Una práctica como hacer una fila, dice MacCormick, "es un orden normativo porque, o en tanto que, uno puede dar cuenta de ella por referencia al hecho de que los actores están guiando lo que hacen por referencia a una opinión acerca de lo que ellos mismos y los demás deben hacer"¹⁰⁴.

El elemento crucial en esta caracterización de la ordenación normativa es la idea de que los participantes poseen una expectativa mutua o recíproca acerca de la opinión de los otros sobre lo que es correcto hacer. En otras palabras, para la teoría institucional del derecho, cada miembro de una práctica social conduce su comportamiento de acuerdo con una norma en el entendido de que todos los demás habrán de hacer (más o menos) lo mismo, y es en virtud de este hecho que la práctica adquiere un orden determinado. MacCormick afirma que esta expectativa sobre la opinión normativa de otros depende claramente de la noción de ideas (normativas) mutuas¹⁰⁵. Con mayor precisión, cada participante asume que cualquier otro abraza más o menos la misma opinión acerca de lo que es correcto hacer, y esta suposición funciona como base de su comportamiento. No es necesario decir que, para MacCormick, una vez más no hay necesidad de formulación explícita ni de la opinión ni de la norma a la que subyace. MacCormick define entonces el orden normativo como "acción común o coordinada bajo un sentido común de lo que es correcto hacer"¹⁰⁶.

Aunque MacCormick no es del todo explícito sobre esto, aparentemente su idea de orden, al estar fundada en la de ideas mutuas, implica que cierta práctica, digamos entre los individuos A y B respecto a la conducta C, está ordenada normativamente solamente si las siguientes condiciones se actualizan: (1) A cree que A y B deben hacer (o no hacer) C, (2) A cree que B cree que ambos deben hacer (o no hacer) C, (3) B cree exactamente lo mismo.

¹⁰³ Es importante señalar que, en el caso de prácticas sociales (ordenadas) guiadas por normas implícitas, el único elemento necesario en la supervisión del cumplimiento es la presión ejercida entre los participantes a partir de una opinión normativa común (aunque como hemos dicho, no necesariamente idéntica).

¹⁰⁴ MacCormick (2007, 16).

¹⁰⁵ MacCormick reconoce estar siguiendo la caracterización de creencia mutua (*mutual belief*) propuesta por Lagerspetz (1995). Como señala Raimo Tuomela (2002, 34), la noción de creencias mutuas ha sido de una importancia crucial en el trabajo no solo de filósofos, sino también de economistas, sociólogos y psicólogos, pues es capaz de explicar la intersubjetividad sin apelar a las nociones de acuerdo o contrato. Básicamente, la idea es que, siempre que dos personas A y B conducen su conducta P con base en una creencia mutua, se presuponen las siguientes condiciones: 1) A cree que tanto A como B realizan P, 2) A cree que B cree lo mismo, 3) B tiene creencias análogas. La importancia de esta idea para una explicación de las relaciones, propiedades y acontecimientos sociales, ha dado lugar a la emergencia de otras nociones dependientes como la de "intenciones colectivas" (Lewis 2002), "fines cooperativos" (Ruben, 1985), "planes compartidos" (Lagerspetz 1995), y la más general de "actitudes colectivas" (Tuomela 2002). Posiblemente, podemos señalar a la teoría práctica de las reglas sociales de Hart (1994) como el origen de las explicaciones de la práctica jurídica en términos de creencias mutuas. Recientemente Kutz (2001), Marmor (2009) y Shapiro (2011) han propuesto modelos fuertemente arraigados en esta noción.

¹⁰⁶ MacCormick (1998b, 307).

Por otro lado, dado que, según MacCormick, nuestras prácticas son interpretativas en el sentido de que podemos prescindir de la conceptualización explícita de las reglas que las guían sin abandonar un sentido común de lo que es correcto hacer, la teoría institucional del derecho sugiere la existencia de una comunión profunda de ideas subyacentes (*deep community of underlying ideas*) o una idea guía común (*common guide idea*) que hacen inteligibles a nuestras prácticas normativas. Esto es, un grupo de ideas que permite a los participantes reconocer que la práctica es normativa y está ordenada incluso ante la ausencia de una articulación explícita de las proposiciones de deber que la gobiernan y de las opiniones normativas involucradas.

Dichas ideas guía tienen a su vez la propiedad de ser normativas y de estar orientadas hacia algún valor. Decir que son normativas significa que imponen ciertos requerimientos sobre la opinión de la gente acerca de lo que es correcto hacer. Por otro lado, se dice que están orientadas hacia algún valor porque, mediante la satisfacción de la regla implícita que guía la práctica, nos acercan a la realización óptima de los valores sociales que pretendemos alcanzar con ella.

Un ejemplo de este tipo de ideas es, según MacCormick, el de la tesis contemporánea del igualitarismo que apoya y fundamenta nuestra práctica de hacer filas. La idea es que al proveer un servicio que puede ser administrado solamente un tiempo a la vez se debe observar alguna razón concebible como universal y no una que podríamos considerar discriminatoria. En este contexto, el orden temporal de llegada es el único criterio que, por razón de una cierta conexión con una concepción particular del igualitarismo, ordena la práctica de hacer una fila dentro de una comunidad determinada, incluso ahí donde los participantes carecen de una formulación explícita de la regla que guía su conducta. Lo anterior no implica que exactamente las mismas ideas guía sirvan de razón para todas las instancias posibles de una práctica singular. Es posible encontrar nuestra práctica de hacer filas ubicada en contextos (culturales, espaciales o temporales) en los cuales el principio de “el primero en llegar es el primero en turno” podría ser reemplazado por otros que apelaran a distintas ideas subyacentes; por ejemplo, “primero los niños” relacionado con la idea de discriminación positiva en favor de los menos aventajados, “consideración especial por veteranos de guerra” en conexión con una cierta idea de los deberes hacia el estado, etc. Como era de esperarse, tales ideas guía no necesitan ser formuladas de forma explícita por los participantes de la práctica, ni poseer una forma canónica.

La ordenación normativa puede adoptar dos formas, formal e informal. La normatividad informal, o convencional, se caracteriza por que las reglas que la gobiernan son implícitas, mientras que en los ordenamientos formales, las normas son explícitas. El siguiente paso para la teoría institucional del derecho es explicar esta diferencia detalladamente.

2.3.1 Orden normativo informal: las convenciones

Como hemos dicho, los ordenamientos normativos pueden ser formales o informales. Son informales si las normas subyacentes a la opinión normativa de los miembros son implícitas, y si no existe una autoridad encargada de supervisar, dirigir y sancionar la realización de la conducta demandada en la práctica. MacCormick usa el término “prácticas normativas informales” (*informal normative practices*) para referirse a esos casos “donde hay una práctica social normativa a través de normas implícitas y sostenida sin medidas autoritativas de supervisión, dirección o sanción”¹⁰⁷. Los ordenamientos constituidos por prácticas normativas informales son ordenamientos normativos informales.

De acuerdo con MacCormick, apelar a un orden normativo informal en estos términos es la mejor manera de explicar nuestra idea de convención, pues “es precisamente la orientación que proporcionan aquellas normas implícitas constitutivas del orden normativo informal lo que de manera más natural llamamos ‘convencional’ o

¹⁰⁷ MacCormick (1998b, 309).

'convención'¹⁰⁸. En otros términos, MacCormick sostiene que "las convenciones son las normas implícitas de los ordenamientos normativos informales"¹⁰⁹. Las convenciones constitucionales (en el derecho), las costumbres consideradas normativas (en contextos jurídicos y no jurídicos), las reglas de etiqueta, y las normas gramaticales y semánticas del lenguaje natural, son ejemplos de convenciones en la teoría de MacCormick.

Como hemos repetido constantemente, las normas no explícitas (o convenciones) pueden ser formuladas de manera diferente por cada participante. De este modo, cualquier intento por encontrar una formulación precisa será interpretativo y, por ello, indefectiblemente sujeto a debate.

Para ciertos casos, el acto de formular una convención puede tener un efecto transformador que convierte una norma no explícita en una norma explícita y autoritativa. Cuando esto ocurre, la formulación explícita de una norma convencional se suscribe a algún acto de autoridad, como en el caso de los precedentes o algunas otras formulaciones institucionalmente autoritarias. De acuerdo con MacCormick, la formulación explícita de una norma convencional, si puede ser adscrita a una autoridad, se convierte así en un cierto tipo de regla autoritaria. Esta transición de normas no explícitas a reglas explícitas es lo que describe el paso de un ordenamiento normativo informal a uno formal (o institucionalizado).

MacCormick sostiene que una explicación como ésta acerca de nuestra idea básica de orden normativo y, en particular, de los ordenamientos informales, hace evidente una presuposición fundamental sobre la naturaleza humana, a saber, el hecho de que los seres humanos somos criaturas que usan normas (*norm users*). Según él, la interacción social depende de nuestra capacidad para identificar patrones normativos. Al conducir nuestras interacciones con otros, cada uno es capaz de identificar y de guiar su conducta en virtud de ciertos estándares que expresan lo que debe ser o no hecho y ésta es una característica de la naturaleza humana. Entender la manera en la que los individuos utilizan a las normas es la primera etapa en la creación deliberada de normas relevantes dirigidas a ser patrones formales de comportamiento. Cuando la creación deliberada de normas ocurre, nuestro acto de usar normas puede adquirir un carácter más formal, de acuerdo con MacCormick, puede adquirir un carácter institucional. Como el mismo MacCormick afirma "Entender esto es entender la transición hacia los ordenamientos normativos insitucionales, y así hacia el derecho."¹¹⁰

2.3.2 Orden normativo formal: instituciones

Hemos dicho que las practicas normativas informales pueden ganar un carácter formal o institucional. El rasgo fundamental en esta transición que va de las convenciones hacia las instituciones es, de acuerdo con la teoría institucional del derecho, una organización autoritativa. Decir lo anterior significa que nuestras prácticas sociales se organizan con atención a una autoridad y a un sistema explícito de reglas, y no ya por meras convenciones. En el ejemplo de MacCormick, nuestra práctica de hacer filas deja de ser una convención en aeropuertos, supermercados, oficinas postales, etc., dado que en todos estos contextos es posible apreciar la presencia de gente dedicada a supervisar el cumplimiento de las reglas que conducen nuestra conducta de tomar turnos, así como para resolver disputas en casos no claros o no previstos. En contraste con la informalidad en la cual la ordenación era una consecuencia de la comparación entre opiniones acerca del contenido de convenciones imprecisas, la formalidad demanda la capacidad de alguna "figura" para tomar decisiones conforme a un sistema de reglas previamente establecido. Esas decisiones incluyen al menos el señalamiento de las normas que habrán de seguirse, la aplicación de consecuencias normativas cuando requeridas, y la solución de casos no previstos.

¹⁰⁸ MacCormick (2007, 19).

¹⁰⁹ MacCormick (1998b, 309).

¹¹⁰ MacCormick (2007, 20).

Así, podemos decir que existen dos propiedades distintivas que caracterizan el paso de un orden informal a uno formal. En primer lugar, en los ordenamientos normativos formales hay personas facultadas para hacer cumplir las normas que conducen la práctica. En segundo lugar, estas normas no son convencionales, y por lo tanto no dependen de la existencia de creencias mutuas, sino de las reglas que explícitamente otros, en su carácter de autoridad, han promulgado. Otra diferencia es que distintos aspectos que eran vagos en los contextos informales se vuelven claros en las prácticas institucionalizadas. En el caso de nuestra práctica de hacer filas, por ejemplo, se hace claro quién exactamente está formado, en qué orden preciso y cómo superar posibles controversias sobre la administración del servicio esperado.

2.3.2.1 Reglas

MacCormick concentra inicialmente su análisis de los ordenamientos formales en la distinción entre convenciones y reglas explícitas. Mientras las convenciones son normas carentes de una articulación precisa, las normas explícitas son reglas formuladas textualmente. La primera consecuencia de esta diferencia es que la interpretación en los ordenamientos formales (a diferencia de la interpretación de las convenciones) no implica la revisión de nuestras prácticas completas. Por el contrario, la interpretación de reglas en los ordenamientos formales atiende necesariamente, aunque no siempre de manera suficiente, a las palabras empleadas por la autoridad encargada de hacer reglas. De acuerdo con MacCormick, solamente en los casos en los que el significado de dichas palabras no es claro o cuando seguir su significado obvio conduce a resultados indeseables, la interpretación involucra la reflexión de las ideas subyacentes al texto. En otras palabras, mientras en el caso de las convenciones la formulación viene después de la interpretación, en el caso de las reglas explícitas es la interpretación la que viene después de la formulación.

Para MacCormick, esta concepción de la formalidad normativa expresa una manera común en la que las personas usan el término "regla". Con mayor precisión, sostiene que una regla es "la norma formalmente enunciada, o promulgada, por alguien en una posición de autoridad capaz de tomar decisiones."¹¹¹ Como se puede observar, de acuerdo con esta definición hay dos condiciones que una proposición de deber debe satisfacer para ser una regla: (1) ser establecida por un texto preciso, y (2) haber sido promulgada por una persona que posee autoridad para hacerlo¹¹².

Es preciso señalar desde ahora que, en la teoría institucional del derecho, la explicación sobre la manera en la que llegamos a establecer autoridades no es del todo clara. Aparentemente éste es un problema para la teoría, pues justamente una explicación acerca de cómo se constituyen las autoridades parece necesaria a la afirmación de que los rasgos característicos de las reglas que integran los ordenamientos formales son un texto explícito y un origen autoritativo. Además, sobra decir que formular una respuesta a esta inquietud ha sido uno de los objetivos fundamentales de las teorías jurídicas de corte positivista de los últimos tiempos¹¹³.

Aunque no es del todo explícita, la posible respuesta a esta observación que proporciona la teoría institucional del derecho consiste en decir que, al afirmar que las reglas que integran los ordenamientos formales son autoritativas y explícitas, se implica la existencia de "una práctica normativa de dos (o más de dos) niveles"¹¹⁴. Esto

¹¹¹ MacCormick (2007, 23).

¹¹² Esta caracterización de las reglas resulta más bien extraña. Parece que más allá de una mera estipulación, no hay razones para aceptar que una formulación explícita sea condición necesaria de la existencia de una regla. Ha sido ampliamente aceptado en la literatura que existen reglas implícitas. Hart (1994), Raz (1999), Brígido (2010), Marmor (2009) son tan sólo algunos ejemplos.

¹¹³ Ideas como la regla de reconocimiento hartiana o los planes compartidos de Scott Shapiro son buenos ejemplos de ello.

¹¹⁴ MacCormick (2007, 23).

es, por un lado hay una práctica guiada por reglas explícitas (por ejemplo, nuestra práctica formal de hacer filas), y por el otro, existe una práctica que consiste en la autorización de una persona para monitorearla y hacerla cumplir. Es importante notar que esta práctica adicional es también normativa. De este modo, decimos que los ordenamientos formales están compuestos por reglas de una práctica de primer nivel (*first-tier-practice rules*) y normas de una práctica de toma de decisión (*deciding-about-practice norms*)¹¹⁵ o de segundo nivel.

Es justamente la presencia de normas de este segundo tipo lo que concede el poder a las autoridades para emitir declaraciones sobre las reglas de primer nivel. La autoridad responsable por la articulación explícita de normas tiene a su cargo dos funciones principales. En primer lugar, tiene la facultad de decidir cómo aplicar las normas de primer nivel, implícitas o explícitas. En segundo lugar, puede cambiar o aclarar aquello que en contextos informales es vago, promulgando nuevas normas explícitas.

Para la teoría institucional del derecho las reglas tienen una forma particular definida por dos elementos esenciales. El primero especifica una situación posible y el segundo prescribe una consecuencia ante cada ocurrencia de la situación en cuestión. MacCormick llama “hechos operativos” o HO (*operative facts OF*) a la condición especificada, y “consecuencia normativa” o CN (*normative consequence NC*) a “lo que tiene que ser hecho, o producido, o lo que debe ser el caso en tal ocasión”¹¹⁶. Así, de acuerdo con el institucionalismo jurídico, la forma general de una norma explícitamente formulada (una regla) es “siempre que HO, entonces CN”¹¹⁷. Existe un énfasis especial de la teoría en la idea de que dar esta forma a las reglas no es más que recuperar la forma común en la que las personas utilizan el término “regla” (*rule*)¹¹⁸.

A pesar de la constante afirmación de que una característica distintiva entre reglas y simples convenciones es la explicitud de las primeras frente a la vaguedad de las segundas, MacCormick afirma que existen reglas implícitas. Este tipo de normas surge cuando la aplicación de reglas de primer nivel necesita ser explicada. Siempre que hay una duda acerca de la manera correcta de aplicar una regla explícita más allá de su interpretación normal, la única opción que tiene la autoridad es producir una decisión con base en una regla que no ha sido previamente articulada. Como se puede ver esta nueva regla, aunque distinta, está fundada en una nueva interpretación de la regla explícita en cuestión. Con exactitud dice MacCormick “usaremos el término de regla implícita para referirnos a la norma que puede ser derivada de un proceso de creación de normas de este tipo”¹¹⁹. Evidentemente, la intención de MacCormick aquí es dar una explicación de la doctrina del precedente. Para él, la figura de la *ratio decidendi* en un caso regulado por un precedente se corresponde con su noción de regla implícita, dado el hecho de que ambos tienen un efecto universalizable.

Otro elemento importante dentro de la teoría institucional del derecho es la clasificación de las reglas en términos de su fuerza práctica. Con esta clasificación, el institucionalismo jurídico pretende dar cuenta del hecho de que el nexo entre los hechos operativos y las consecuencias normativas de una regla da lugar a distintos grados de cumplimiento. Es decir, existen diferentes grados de aplicación de consecuencias normativas a cada ocurrencia de hechos operativos y esto es evidencia de la existencia de distintos tipos de reglas. MacCormick propone tres clases de reglas: reglas de aplicación absoluta, reglas de aplicación estricta y reglas de aplicación discrecional.

¹¹⁵ Es difícil decir cual exactamente es la relación entre esta distinción y la distinción haitiana clásica entre reglas primarias y secundarias.

¹¹⁶ MacCormick (1998b, 314).

¹¹⁷ MacCormick (2007, 25).

¹¹⁸ Una concepción similar sobre la estructura condicional de normas es presentada por Cristina Redondo. Con precisión, Redondo sostiene que entender a las normas como el contenido de condicionales estrictos cuantificados universalmente ha sido un punto de vista común entre los defensores del universalismo en ética. Hans Kelsen en su *Teoría pura del derecho* es otro que ha defendido una caracterización similar de la estructura de las reglas.

¹¹⁹ MacCormick (2007, 26).

"Una regla es de **aplicación absoluta** si habrá de ser comprendida y aplicada en el entendido de que, en cada ocasión en la que que ocurren los hechos operativos, deben seguirse sin excepción las consecuencias normativas, y, además, las consecuencias normativas no pueden ponerse en efecto excepto cuando se obtienen los hechos operativos, o que alguna otra regla que de manera independiente provea su aplicación sea satisfecha en virtud de la presencia de sus propios hechos operativos. Ejemplos típicos de reglas de aplicación absoluta son aquellas de juegos esencialmente matemáticos y con un fin cerrado como el ajedrez"¹²⁰.

"Una regla es de **aplicación estricta** si habrá de ser comprendida y aplicada en el entendido de que pueden surgir ciertas circunstancias relacionadas con los valores que ella protege tales que habría un deterioro considerable a esos valores si en una ocasión particular las consecuencias normativas fueran invocadas simplemente por la presencia de los hechos operativos. Por su espíritu, la regla no debería ser aplicada, pero de acuerdo a su letra si debería. La persona encargada de aplicar la regla y administrar la actividad dentro de la cual la regla tiene aplicación posee algún grado de discreción controlada para hacer excepciones, o para anular la regla en casos especiales o muy especiales".¹²¹

"Una regla es de **aplicación discrecional** si se espera que la autoridad encargada de tomar decisiones considere cada caso a la luz de todos los factores que parezcan relevantes dados los valores y metas de la actividad relevante y que llegue a una decisión de acuerdo con el balance claro de factores. Mas cuando todas las cosas son iguales, o cuando el balance de factores es más bien muy sutil y difícil de juzgar, la autoridad encargada de tomar desiciones deberá usar la regla como una forma (regresiva) de decidir el caso."¹²²

Las normas de segundo nivel determinan la clase a la que cada regla pertenece y no su estructura. Es decir, son las normas que conceden a las autoridades la facultad de tomar decisiones las encargadas de indicar para cada regla el tipo de aplicación que requiere. Para MacCormick, una formulación posible de las normas de segundo nivel que llevan a cabo esta tarea es el enunciado "la regla x debe ser aplicada como si fuese de aplicación absoluta/ estricta/discrecional".

Ciertamente, la explicación de MacCormick no es del todo clara y podría dar lugar a ciertos problemas. Por ejemplo, no es claro si estas reglas son convenciones o, por el contrario, son reglas explícitamente formuladas. Si son explícitamente formuladas, entonces no es fácil entender si esas normas (que de este modo serían reglas) son ellas mismas de aplicación absoluta, estricta o discrecional. Si por el contrario son normas implícitas resulta al menos problemático aceptar sin argumento de por medio que dentro de los sistemas jurídicos la fuerza práctica de las reglas es establecida por simples convenciones. Que ciertas normas como aquellas que imponen impuestos pretendan ser de aplicación absoluta, no parece ser consecuencia de que exista una convención, sino de que el sistema mismo le ha atribuido una fuerza práctica tal.

¹²⁰ MacCormick (2007, 26).

¹²¹ MacCormick (2007, 27).

¹²² MacCormick (2007, 27).

2.3.2.2 Valores y principios

Hemos visto que, en términos de la teoría institucional del derecho, los ordenamientos normativos formales están compuestos, entre otros estándares normativos, por reglas cuyo grado de aplicación es una cuestión de discreción autoritaria. Por esta razón es importante elucidar la manera en la que la discrecionalidad puede constituir una guía plausible en la toma de decisiones normativas institucionales.

En contraste con la aplicación absoluta o estricta que demanda (de forma necesaria y en ocasiones suficiente) la presencia actual de los llamados hechos operativos, la discreción requiere apelar al juicio de la persona encargada de aplicar la regla. Esto concede una importancia sumamente significativa a la consideración que una autoridad puede hacer de los hechos relevantes (también llamados factores) particulares del caso de aplicación en cuestión. De acuerdo con MacCormick, un factor es relevante si para alcanzar la decisión más razonable, sabia, justa, o eficiente, su consideración es necesaria.

Para el institucionalismo jurídico, lo primero que la autoridad encargada de tomar decisiones debe hacer cuando se enfrenta a una situación que requiere la aplicación de reglas discrecionales es determinar, de acuerdo con las características especiales del caso y del tipo de práctica, cuál(es) debería(n) ser el (los) primer(os) valor(es) a satisfacer, i.e. eficacia, razonabilidad, equidad, sabiduría, etc. En segundo lugar, la autoridad tiene que ponderar distintos aspectos tales como los intereses y las expectativas, o los distintos resultados posibles, de acuerdo con lo que dichos valores demandan. Por ejemplo, en nuestra práctica de hacer filas nada impide que, bajo ciertos contextos, las autoridades deban promover valores como la eficiencia en detrimento incluso de otros como la equidad, ponderando así la administración efectiva del servicio en contra, por ejemplo, de razones de justicia.

En una explicación como ésta, conceptos como eficacia, equidad, etc., son considerados cosas buenas y por ello valores. De acuerdo con MacCormick, los valores tienen la propiedad de ser causa de una diferencia en el juicio de las personas. Es decir, cualquier juicio fundado en un valor particular es distinto de cualquier otro fundado en un valor diferente. Otra característica de los valores es que su satisfacción se puede dar en distintos grados, esto es, su realización puede ser más o menos óptima. Finalmente, los valores, según la teoría institucional del derecho, tienen la propiedad de impregnarlo todo. Esto es verdad según el institucionalismo puesto que ser justo es bueno no solamente cuando decidimos quien es el primero en la fila, sino prácticamente en todas las circunstancias de la vida.

Tomando como punto de partida nuestro interés social en asegurar todas las cosas que consideramos buenas, no es extraño suponer entonces que en casi cualquier práctica existen algunas generalizaciones normativas ligadas a valores. Enunciados como “uno debe escuchar ambos lados de una historia en caso de disputa”¹²³ son expresiones normativas que usualmente tienen el propósito de abrazar valores. Según el institucionalismo jurídico, es importante notar que este tipo de enunciados posee una estructura diferente a la de una regla. Los principios¹²⁴, como dichas normas son conocidas típicamente, no fijan una consecuencia particular a la ocurrencia de un evento singular, más bien, resultan relevantes para las autoridades encargadas de tomar decisiones en casi cualquier circunstancia. Pese a lo anterior, los principios pueden ser excluidos de la aplicación normativa en casos

¹²³ MacCormick (2007, 29).

¹²⁴ Es bien sabido que una de las descripciones sobre los valores y el papel que juegan en la práctica jurídica más influyentes de los últimos tiempos es la de Ronald Dworkin (1967). Aunque la caracterización de los principios que propone MacCormick es relativamente pobre al nivel de su teoría del derecho, es mucho más extensa y detallada en su teoría del razonamiento jurídico. Ver MacCormick (1994) y (2008).

governados por reglas de aplicación absoluta, o recibir una aplicación general en un grado mayor o menor, en los casos gobernados por reglas de aplicación estricta o discrecional¹²⁵.

Para concluir esta caracterización de los distintos tipos de proposiciones de deber que guían nuestras prácticas normativas formales, MacCormick advierte que es posible que algunas reglas incorporen estándares. Estos estándares sirven como conceptos que condicionan la aplicación de reglas. Es decir, que obligan a la autoridad encargada de tomar decisiones a buscar la interpretación más “razonable”, “aceptable”, etc., tomando en cuenta los aspectos particulares del caso individual. Una ventaja de este mecanismo de incorporación de estándares es que una regla puede ser aplicada como si fuese de aplicación absoluta sin que ello conduzca a soluciones cuestionables a la luz del sentido común. En otras palabras, las reglas incluyen supuestamente “valores operativos” cada vez que incorporan estándares¹²⁶.

2.4 INSTITUCIONES

Explicar el aspecto normativo de las prácticas sociales en los términos anteriores pone de manifiesto el hecho de que muchas de nuestras actividades sociales cotidianas no son una cuestión de meros hechos físicos. Por el contrario, juzgamos el estado del mundo, en gran medida, atendiendo a ciertos eventos que percibimos como humanamente significativos en virtud de su conexión con determinados contextos normativos. Parece claro que en una interpretación de las prácticas sociales como ésta la presuposición de que los humanos usamos normas, de que somos *norm-users*, es fundamental. Es decir, para la teoría institucional del derecho es sumamente importante entender que cada individuo, en tanto miembro de una práctica social, es capaz de considerar las normas que la conducen como guías de su propia conducta. La existencia de dichas normas dirige a las personas hacia el desarrollo de patrones de conducta que finalmente constituyen la práctica misma. Así, de acuerdo con MacCormick, lo anterior es evidencia de que la interpretación de nuestras prácticas sociales, o por lo menos de aquellas que son normativas, es una cuestión de hecho institucional. En otras palabras, la atribución de un carácter institucional a nuestras prácticas normativas es consecuencia de aceptar que ser *norm-users* es una propiedad humana. La gente no simplemente observa las prácticas sociales, sino que forma parte de ellas y al hacer eso conducen su comportamiento de acuerdo con un conjunto de normas relevantes.

Ahora bien, es común dar nombres a nuestras prácticas sociales. Usamos términos como “prometer”, “jugar ajedrez”, “contar el tiempo”, “apagar los celulares en las salas de cine”, etc., para designar a un conjunto de instancias de una determinada actividad social conducida por el mismo grupo de normas. De acuerdo con MacCormick, es comúnmente aceptado considerar a todas estas prácticas como instituciones, en algún sentido del término, y al tipo de juicios que hacemos acerca de sus instancias particulares como juicios sobre hechos institucionales. Dado que utilizamos esta clase de juicios para referiremos a ordenamientos normativos que pueden ser formales o informales, parece no haber nada incorrecto al decir que las instituciones mismas pueden estar basadas en meras convenciones, o en reglas formuladas explícitamente aplicadas por una autoridad competente. En sentido estricto MacCormick dice que

“[...]por supuesto, pueden ser instituciones informales, justo como las prácticas normativas pueden ser completamente informales [...] pero un ordenamiento puede convertirse en formal[...] en un contexto como

¹²⁵ Debe ser claro que la aplicación de principios en la teoría de MacCormick no es necesaria, pues existen reglas de aplicación absoluta que podrían excluirlos; sin embargo, su exclusión tampoco lo es, dado que existen normas de aplicación discrecional que necesariamente refieren a ellos. Aparentemente esta afirmación alcanza incluso a los sistemas jurídicos, aunque sería impreciso decir que éste es un compromiso explícito de la teoría de MacCormick. Ver MacCormick (2007, capítulo 2).

¹²⁶ MacCormick (1998b, 322).

éste existe claramente lo que podemos llamar “orden normativo institucional”, no simplemente orden normativo informal, con instituciones informales.”¹²⁷

Para dar un poco más de claridad a esta idea diremos que, según MacCormick, aunque usualmente llamamos institución a cualquiera de nuestras prácticas normativas sin importar su formalidad o informalidad, utilizamos el término “orden normativo institucional” para referirnos exclusivamente a aquellas cuyas normas son explícitas y han sido promulgadas, y habrán de ser aplicadas, por una autoridad, es decir, que han adquirido un carácter formal.

MacCormick sugiere que uno de los casos más formalizados de orden normativo es el derecho positivo doméstico (*positive municipal law*) y sus instituciones como la propiedad, los contratos, el delito de homicidio, el matrimonio, los testamentos, el derecho de libertad de expresión, etc.¹²⁸. De acuerdo con la teoría institucional del derecho, los sistemas jurídicos domésticos son buenos ejemplos de ordenamientos institucionales debido a que las reglas que gobiernan la conducta de los ciudadanos y autoridades en relación con cada una de sus instituciones suelen ser completamente específicas y el no cumplimiento de sus requerimientos muy complicado. Una persona que quiere hacer un contrato válido, por ejemplo, con la intención de darle fuerza obligatoria, no tiene otra opción más que cumplir las demandas especificadas por las reglas que gobiernan los contratos tal y como el sistema jurídico en cuestión las establece. MacCormick demuestra con estas razones el carácter institucional de los sistemas jurídicos.

Por otro lado, parece indiscutible que todas nuestras prácticas en el derecho pertenecen a la esfera de lo normativo¹²⁹. La mayoría de las teorías del derecho contemporáneas acepta que nuestra práctica jurídica está constituida por (sub)prácticas guiadas, cada una, por un conjunto de normas que indican a la gente (autoridades y ciudadanos) aquello que es correcto o incorrecto hacer. En pocas palabras, para la Teoría de MacCormick el derecho es el mejor ejemplo de una práctica social que posee el carácter de un orden normativo institucional¹³⁰.

Recordemos que una característica que MacCormick atribuye a los ordenamientos formales es la presencia de por lo menos dos niveles de normatividad. Según él, la existencia de dos o más prácticas normativas al interior de un ordenamiento implica la existencia de agencias institucionales (*institutional agencies*). Para explicar qué son estas agencias, MacCormick nos pide antes dirigir nuestra atención hacia lo siguiente. Si es cierto que una condición necesaria de los ordenamientos institucionales es la presencia de una persona (o grupo de personas) responsables de dirigir correctamente la práctica, y si es cierto también que las reglas que habrá de aplicar han sido establecidas con anterioridad de manera explícita, entonces es cierto que los ordenamientos institucionales incluyen un elemento de formulación de reglas y otro de administración de reglas. El elemento administrativo tiene que ver con la manera correcta de conducir la práctica, mientras que el elemento de formulación tiene que ver con la producción de reglas y la decisión acerca de la aplicación de una regla específica en casos de disputa. Parece claro que una buena administración y aplicación de la práctica implica un arreglo de diversas tareas entre las que podemos incluir la supervisión del cumplimiento de reglas y las decisiones fundadas en ellas, la prestación y mantenimiento de

¹²⁷ MacCormick (2007, 32).

¹²⁸ Es importante señalar aquí una posible ambigüedad. Al parecer, MacCormick aceptaría que tanto el derecho doméstico por un lado, como las instituciones que lo conforman por otro, son buenos ejemplos, cada uno, de un orden normativo institucional. Recordemos además que MacCormick también define al derecho como un orden normativo institucional.

¹²⁹ En realidad, una afirmación como ésta dista de ser obvia. Es bien sabido que negar el carácter normativo de la práctica jurídica es uno de los compromisos principales del llamado realismo jurídico. Típicamente, se dice que existen al menos dos escuelas realistas dentro del campo de la filosofía jurídica: el realismo americano, cuyo principal precursor es Holmes (1920), y el realismo escandinavo originado en los trabajos de Axel Hägerström (1953) y Alf Ross (1959).

¹³⁰ Aparentemente la definición de derecho proporcionada por MacCormick resulta insuficiente para distinguirlo de otros ordenamientos normativos institucionales. Esto gracias a que el derecho no es más que el mejor ejemplo (entre varios posibles) de un ordenamiento de este tipo.

facilidades apropiadas, etc. Así, afirma MacCormick, las personas responsables de conducir la práctica necesitan estar agrupadas de acuerdo con cada una de las funciones implicadas por los elementos de administración y creación. Los ordenamientos formales en general, y los jurídicos en particular, tienen típicamente personas encargadas de hacer las reglas, de tomar decisiones, administradores de las facilidades, y personas a cargo de la supervisión del cumplimiento de reglas. Estos grupos de personas dedicados a formular y administrar la aplicación de reglas son a los que MacCormick llama "agencias institucionales".

En tiempos recientes, muchas sociedades han adoptado la forma del estado constitucional moderno para organizar sus relaciones políticas y sociales. Ha sido ampliamente aceptado que un arreglo político como éste requiere una estructura bien diferenciada de agentes encargados de conducir las funciones de legislación, adjudicación, ejecución y administración, y cumplimiento del derecho. No obstante, nada impide que en ocasiones estas funciones entren en contacto. En los estados constitucionales modernos la única restricción a la superposición de facultades es el principio de separación de poderes. Como se puede ver, la idea aquí es resaltar la necesidad que tienen los sistemas legales de incluir una estructura de instituciones públicas coordinada efectivamente (llamado por MacCormick agencias institucionales) a cargo de las funciones legislativas, adjudicativas, ejecutivo-administrativas, y de resguardo del cumplimiento de las reglas. Ejemplos de instituciones en estos términos son las legislaturas, las cortes y tribunales, los departamentos gubernamentales, las fuerzas policíacas, etc.

Las acciones que llevan a cabo las personas que integran estas agencias generan arreglos que MacCormick llama arreglos institucionales (*institution-arrangements*) tales como la propiedad, el matrimonio, los contratos, el delito de homicidio, etc.

Junto a lo anterior, MacCormick identifica a las llamadas cosas institucionales (*institution-things*). Éstas se definen como objetos incorpóreos o no tangibles cuya existencia es resultado de una provisión legal. Ejemplos de cosas institucionales son los derechos de autor, las patentes, etc. Cabe resaltar que tanto las agencias institucionales, como los arreglos y las cosas son, según MacCormick, tres tipos de institución que conforman el orden jurídico.

Estas clases distintas de institución están constituidas por una estructura particular y común de reglas agrupadas en tres tipos: reglas institutivas (*institutional rules*), reglas de consecuencia (*consequential rules*) y reglas de terminación (*terminative rules*).

Las reglas institutivas determinan los procedimientos por los cuales una agencia, un arreglo, o una cosa, puede ser establecida. Por ejemplo, las reglas que instauran un nuevo cuerpo legislativo, las reglas sobre la formación de contratos, y las reglas en virtud de las cuales reclamamos una patente, respectivamente. El derecho señala a través de las reglas institutivas los eventos o actos que tienen que ocurrir para que surja una instancia específica de algún tipo de institución. En su trabajo con Otta Wienberger, MacCormick define a las reglas institutivas como reglas que establecen "las condiciones que son esenciales para la existencia de una instancia de cualquier institución"¹³¹.

Las reglas de consecuencia son esas que regulan los estados normativos que se siguen de la existencia de una agencia, un arreglo o una cosa. Según la teoría institucional del derecho, una vez que existe una instancia de un contrato, un testamento, etc., se producen en el derecho, de forma operativa, todo un conjunto de consecuencias, mismas que regularmente adoptan la forma de un poder, una permisión, o un deber. Con mayor precisión, al definir las MacCormick dice que "por cada institución existe un conjunto de reglas de las cuales un hecho operativo es que una instancia de la institución existe"¹³². Las reglas de esta clase tienen la forma "si existe un testamento, entonces...". Para ejemplificar las reglas de consecuencia MacCormick señala que los parlamentos pueden

¹³¹ MacCormick y Weinberger (1986, 52).

¹³² MacCormick y Weinberger (1986, 53).

promulgar reglas, los contratos regular lo que la gente tiene que hacer para satisfacerlos, y las patentes hacer exclusivo el proceso que especifican.

Finalmente, las reglas por las cuales cada instancia de una institución llega a su fin son llamadas reglas de terminación (*terminative rules*). Éstas son provisiones legales para la conclusión de una agencia, un arreglo, o una cosa. Por ejemplo, las reglas que señalan la forma de liberarse de las obligaciones contractuales.

Maccormick concluye su caracterización de las instituciones con la afirmación de que por cada institución es necesario dar cuenta de su *punto principal*. El matrimonio pretende ser una manera de vincular a la gente en términos de una relación particular, y la propiedad una manera de asegurar a las personas el uso y beneficio de ciertas cosas. Así, cualquier explicación de una institución social tiene que dar cuenta del fin que, supuestamente, busca satisfacer la institución en cuestión. Las instituciones sociales no tendrían una razón de ser si no estuvieran dirigidas a la satisfacción de necesidades humanas.

2.5 CONVENCIONES CONSTITUCIONALES

Como dijimos antes, MacCormick encuentra en el estado constitucional contemporáneo el mejor ejemplo de un orden normativo institucional. Dentro de un acuerdo político como éste, el gobierno tiene a su cargo la realización de tres tareas fundamentales: hacer leyes, la aplicación de políticas públicas por un poder ejecutivo, y la tarea de adjudicación cuyo objetivo es la aplicación del derecho. En este sentido, podemos afirmar que la distinción entre la legislatura, el poder ejecutivo y la judicatura es una característica esencial del estado constitucional contemporáneo.

Si es cierto que en los estados constitucionales la función gubernamental se divide al menos en tres agencias diferentes, no parece extraño afirmar que la manera en la que éstas interactúan debe estar ordenada. De este modo, MacCormick sostiene que en los estados constitucionales modernos existe un cuerpo de reglas que conduce normativamente, además de las funciones de cada agencia institucional, las relaciones entre ellas. En otras palabras, los estados constitucionales incluyen necesariamente un elemento jurídico a nivel gubernamental para establecer y coordinar las funciones y relaciones entre agencias institucionales.

La presencia de reglas que coordinan las acciones de estas agencias muestra, según el institucionalismo jurídico, que dentro de los estados constitucionales existe un arreglo de (más de una) prácticas normativas interconectadas. Nuestra práctica institucional de hacer derecho existe si se reconoce que cualquiera en el estado tiene que actuar de acuerdo con las leyes promulgadas por los parlamentos. Del mismo modo, la práctica constituida por las acciones de un gobierno ejecutivo es institucional si se reconoce que, aunque sujeto al estado de derecho (*rule of law*), existe una persona con poder para ejecutar las leyes y, con ello, afectar el estatus jurídico de otras personas. Por otra parte, el poder judicial es institucional si se reconoce que los jueces organizados en un sistema de cortes y tribunales tienen la última palabra en la interpretación de reglas promulgadas por la legislatura. Es decir, en los estados constitucionales modernos, es condición necesaria que al menos un grupo suficiente de individuos entre los miembros de la comunidad política reconozca la existencia de cada una de estas prácticas de legislación, ejecución y adjudicación, mismas que componen la estructura normativa del gobierno. De acuerdo con MacCormick, la esfera de reglas que guía nuestras prácticas de hacer derecho, de ejecutarlo, y de adjudicación, ha sido comúnmente referida como derecho público (*public-law*). Es importante notar que, según él, esta porción del derecho es también altamente institucionalizada. Esto es, que las reglas que lo conducen son explícitas y han sido promulgadas por una autoridad.

El derecho público es sin duda normativo en el sentido de que establece los estándares que los servidores públicos deben seguir al realizar sus funciones. Sin embargo, un problema puede surgir si nos preguntamos por la fuente de dicha normatividad. Si el derecho público es el origen, al menos en parte, de la normatividad de las reglas de primer nivel en todo sistema legal, parece muy importante preguntarnos de dónde procede su propia

normatividad. Es importante saber si existe algún nivel superior de reglas que confiere normatividad a aquellas reglas que gobiernan nuestras prácticas de hacer derecho, de ejecutar leyes y de adjudicación.

Para responder a estos cuestionamientos, MacCormick apela a la tesis hartiana sobre el aspecto interno de la conducta¹³³. La idea es que la normatividad del derecho público deriva de los estándares hacia los cuales los miembros de las agencias institucionales hacen referencia cuando actúan de acuerdo con un margen de expectativas recíprocas¹³⁴. Detrás de cada forma institucionalizada de hacer, aplicar e interpretar reglas, descansa nuestra capacidad humana de coordinación normativa.

Así, por ejemplo, la normatividad de nuestra práctica de hacer reglas depende de la suposición de que las reglas emanadas por la agencia institucional pertinente deben ser obedecidas. La normatividad de la adjudicación formal (institucional) descansa en la suposición de que la resolución provista por jueces legítimos habrá de ser aceptada e implementada. Por último, decidir ejecutivamente depende de la suposición de que las políticas propuestas por la autoridad habrán de llevarse a cabo en estricto cumplimiento del derecho. En pocas palabras, la normatividad del derecho público “descansa en convenciones informales, no institucionalizadas, establecidas en las costumbres y usos de los ciudadanos del estado, incluyendo particularmente esos que de vez en vez son llamados a servir en cargos públicos”¹³⁵. Lo que es más, MacCormick afirma que “incluso en el orden masivamente institucionalizado de un estado constitucional, descansa detrás de los poderes de cada una de sus grandes instituciones una convención o costumbre por la cual debe ser respetado al llevar a cabo sus funciones como éstas son constitucionalmente conferidas”¹³⁶.

Las convenciones constitucionales, dice MacCormick, regulan la conducta de los servidores públicos y las agencias de un estado, a pesar de ser normas implícitas. Como hemos dicho, estas agencias institucionales y el papel de los funcionarios están definidos de una forma altamente formalizada, a pesar de que las reglas que regulan su comportamiento carecen de formulación autoritativa¹³⁷.

La teoría institucional del derecho sostiene que las constituciones son los cuerpos fundamentales en los que el derecho público es establecido. En virtud de esto debe ser claro, de conformidad con el institucionalismo jurídico, que en los estados constitucionales contemporáneos las instituciones de derecho público constituyen el fundamento para la formalización y articulación de las reglas jurídicas (de primer nivel) que conducen las vidas de los ciudadanos. MacCormick es muy enfático al resaltar la idea de que la cualidad normativa del sistema legal completo de un estado particular “depende de una norma convencional de acuerdo a la cual, todas las personas que sostienen un cargo público deben observar y mantener la constitución y las leyes válidamente hechas a su luz”. Tal norma sirve como la base de un gran número de reglas y principios que determinan el estatus jurídico y las relaciones jurídicas de cada persona dentro del estado.

Para concluir la caracterización institucionalista de las convenciones constitucionales cabe apuntar que, dentro de cada estado constitucional, el estatus legal de los ciudadanos, así como las relaciones jurídicas que entablan con otros, son regulados por el derecho incluso si los ciudadanos lo ignoran.

¹³³ MacCormick (2007, Capítulo 3). Aparentemente MacCormick está pensando aquí en lo que Hart llama con precisión el aspecto interno de las reglas. Hart desarrolla la idea del aspecto interno de las reglas con mayor amplitud a lo largo del capítulo IV de *The Concept of Law*. En general la idea es que, ahí donde el comportamiento es guiado por una regla, los individuos detentan una actitud de aceptación hacia un cierto estándar de comportamiento.

¹³⁴ MacCormick (2007, 42).

¹³⁵ MacCormick (2007, 42).

¹³⁶ MacCormick (2007, 43).

¹³⁷ MacCormick (1998b, 310).

La afirmación de que las constituciones son el marco normativo en virtud del cual el sistema completo de reglas dentro de un estado es formalizado, pone fin a la explicación de la formalidad normativa según MacCormick. Si esta caracterización es acertada, parece una conclusión natural afirmar que el derecho no es sino un orden normativo institucional.

2.6 HÁBITOS Y REGLAS

Para la teoría institucional del derecho una de las preocupaciones más importantes de las que cualquier teoría jurídica debería dar cuenta consiste en explicar la forma en la que el derecho es capaz de motivar la conducta de las personas. MacCormick sostiene que la descripción de las reglas y los principios adoptada por el institucionalismo jurídico surge desde la perspectiva de quienes usan las normas, y no desde la de quienes las promulgan.

Para MacCormick no representa ningún problema aceptar que una concepción de las normas como ésta, está influenciada claramente por la noción hartiana del aspecto interno de las reglas. Sin embargo, advierte, la teoría de las reglas sociales debe sufrir algunas modificaciones a fin de explicar con mayor precisión el fenómeno jurídico. En particular, es necesario reinterpretar la diferencia entre hábitos y reglas propuesta por Hart. El argumento de MacCormick en contra de la explicación hartiana de las reglas inicia afirmando que, incluso si es cierto que el aspecto interno es una condición necesaria para la existencia de las reglas sociales y el comportamiento gobernado por reglas, el caso de los hábitos no es diferente. Es decir, el aspecto interno es un elemento necesario para que exista un hábito. En las sociedades contemporáneas no es raro encontrarse con hábitos de conducta que están inmersos en las vidas de las personas de una manera tan profunda que normalmente se consideran razones para la acción y su incumplimiento es generalmente rechazado. En otras palabras, el comportamiento habitual parece satisfacer la condición requerida por el aspecto interno sobre una actitud normativa que provee a la gente con razones para la acción y para el criticismo justificado del comportamiento desviado. Aunque la explicación que proporciona MacCormick sobre esta idea no es demasiado detallada, procede a señalar una segunda objeción en contra de la teoría hartiana.

Inspirado por la ética aristotélica y la filosofía del derecho de Austin, MacCormick afirma que al guiar nuestra conducta "hay una forma en la que los hábitos son más valiosos que las reglas"¹³⁸. En general, Aristóteles sostiene que nuestros juicios acerca del valor moral de una persona proceden de su capacidad para actuar habitualmente de la manera correcta. La gente que ha consolidado un hábito de buen comportamiento es la gente verdaderamente buena. Por otro lado, Austin sostiene que es un elemento importante de la estabilidad política que la gente actúe de acuerdo a la legislación de manera habitual más que de manera reflexiva. Así, para el institucionalismo jurídico es algo positivo para la aplicación del derecho que la gente tenga el hábito de actuar sobre la base de mandatos jurídicos¹³⁹. Estas ideas conducen a MacCormick a decir que "hay más que decir acerca de los hábitos y su lugar en el pensamiento constitucional, jurídico y político de lo que la filosofía del derecho ortodoxa de la mitad del siglo pasado nos ha permitido"¹⁴⁰.

La relevancia de los hábitos como guías normativas de conducta ha sido sugerida también por algunos trabajos en ciencias cognitivas y psicología¹⁴¹. Aquí, la objeción de MacCormick en contra de la teoría de las reglas sociales es que un gran número de las afirmaciones que supuestamente apoyan la descripción hartiana de las reglas carece

¹³⁸ MacCormick (2007, 65).

¹³⁹ Los textos a los que hace referencia aquí MacCormick son la *Ética a Nicómaco* de Aristóteles y *A Plea for the Constitution* de John Austin.

¹⁴⁰ MacCormick (2007, 65).

¹⁴¹ MacCormick cita el trabajo de Sundram Soosay (2006).

de apoyo en la evidencia sociológica y psicológica. Incluso si a mediados del siglo XX era extremadamente difícil dar la evidencia adecuada en favor de este tipo de afirmaciones, estudios recientes han mostrado que “la mente humana, el cerebro humano, es capaz de ajustarse a todo tipo de problemas de comportamiento a través de la generación de rutinas, es decir, de la creación de hábitos”¹⁴². El estudio en cuestión sugiere que en la adquisición de habilidades que requieren un gran esfuerzo, el cerebro forma caminos cognitivos (*cognitive pathways*) que gradualmente excluyen el esfuerzo, proveyendo al aprendiz con una rutina eficiente para lidiar con casos problemáticos. Así, una acción como detenerse frente a una luz roja se transforma desde el arduo logro de seguir una regla, hasta el desarrollo de un hábito sencillo e inconsciente de conducta. En otras palabras, el cerebro lidia con la adquisición de habilidades nuevas y difíciles como detener un carro, “construyendo una rutina. Esto inicia cuando se nos enseñan los requerimientos técnicos y reglas, y después llegando al punto en el que se ha dominado la habilidad técnica, y las reglas se han interiorizado completamente”¹⁴³. Lo importante aquí es que las reglas, que son detonantes en la adquisición de algunos hábitos, dejan de ser parte de la conciencia de una persona cuando un cierto dominio sobre la acción en cuestión es adquirido. “[L]as reglas pueden ser herramientas para aprender habilidades, pero las habilidades una vez adquiridas trascienden a las reglas”¹⁴⁴.

Por supuesto es una cuestión interesante saber si todo esto puede decirse acerca del derecho y otros dominios supuestamente normativos. Las tarjetas de crédito son el ejemplo que MacCormick utiliza para explicar cómo concebir nuestra conducta en el derecho como un hábito no sólo es posible, sino la mejor explicación de nuestra práctica legal. La idea es que la gente utiliza las tarjetas sin pensar en las reglas que gobiernan los contratos de crédito. Si el sistema funciona es porque la mayoría de la gente está habituada a usar tarjetas de crédito, no porque estén pensando en las reglas que deben cumplir. En términos simples, la vida ordinaria funciona sin poner atención cuidadosa a las regulaciones jurídicas, justamente porque así funciona nuestro cerebro. Gracias a esto, dice MacCormick es útil una reevaluación de los hábitos y su papel en la práctica jurídica.

Para la teoría institucional del derecho, los hábitos juegan un rol fundamental en los ordenamientos jurídicos institucionales. En términos generales, sostiene que hay una cierta relación de dependencia entre el comportamiento habitual y los ordenamientos legales. Lo que permite la existencia y el buen funcionamiento de un orden formal normativo como el derecho es la referencia habitual a ciertos textos, como las leyes promulgadas por las legislaciones o los precedentes promulgados por las cortes. En otras palabras, el sistema jurídico institucionalizado depende de la conducta habitual de las agencias institucionales de referirse en el desempeño diario de sus funciones a textos que contienen reglas institucionalmente establecidas. De acuerdo con MacCormick, esto es de hecho el caso entre la mayoría de países con un estado constitucional contemporáneo. El personal involucrado en el trabajo jurídico (jueces, abogados, legisladores, etc.) tiene el hábito de referirse a esos textos cuando intentan solucionar un caso legal. En pocas palabras, las bases para la institucionalización de normas en el derecho depende de un hábito como el de respetar la constitución y otros documentos legales.

En resumen, en términos de la teoría institucional del derecho, las reglas no excluyen a los hábitos de la explicación de los sistemas jurídicos como suponía Hart. Al contrario, una explicación de los sistemas legales dentro de los estados constitucionales actuales debe atender al hecho de que los ciudadanos ordinarios y los servidores públicos que integran las agencias institucionales han adquirido conductas habituales en sus prácticas legales en virtud de las cuales conducen su comportamiento. Mientras los ciudadanos tienen el hábito de utilizar tarjetas de crédito o detenerse frente a un semáforo en rojo, los servidores públicos tienen el hábito de referirse a textos normativos institucionales cada vez que desempeñan su labor.

¹⁴² MacCormick (2007, 66).

¹⁴³ MacCormick (2007, 66).

¹⁴⁴ MacCormick (2007, 66).

Es claro que esta reconstrucción del pensamiento de MacCormick no es exhaustiva. Sin embargo, para los fines que persigue este trabajo basta con lo dicho hasta ahora.

CAPÍTULO 3

LA TEORÍA INSTITUCIONAL DEL DERECHO Y UNA CONCEPCION MÍNIMA DE LA VALIDEZ JURÍDICA

No son pocos los filósofos del derecho que han afirmado que el objeto de la teoría jurídica consiste principalmente en responder a la pregunta ¿qué es el derecho?¹⁴⁵ No obstante, conocer con precisión los alcances de esta interrogante es, al día de hoy, materia de discusión entre ellos. Para Hart, por ejemplo, llevar a cabo una investigación como ésta planteaba la necesidad de responder a tres preguntas fundamentales: ¿en qué sentido el derecho es una cuestión de, y cuál es su relación con, mandatos respaldados por amenazas?, ¿en qué sentido el derecho es una cuestión de, y cuál es su relación con, los mandatos de la moral? y ¿en qué sentido el derecho es una cuestión de, y cuál es su relación con, las reglas?¹⁴⁶.

Por otro lado, de acuerdo con Scott Shapiro existen dos maneras en las que al preguntarnos ¿qué es el derecho?, indagamos su naturaleza. La primera sugiere una investigación sobre la identidad, buscamos saber qué es eso que hace que el derecho sea derecho y no otra cosa. Cuando realizamos este tipo de estudio, sostiene Shapiro, nos planteamos la llamada “pregunta por la identidad” (*identity question*). Cuando, por el contrario, nos preguntamos qué es lo que se sigue necesariamente del hecho de que algo sea derecho, nos hacemos la “pregunta por la implicación” (*implication question*). En otras palabras, nos preguntamos por las propiedades que el derecho posee necesariamente, o aquellas que necesariamente no posee¹⁴⁷.

Para otros autores como Andrei Marmor y Alexander Sarch las teorías jurídicas contemporáneas, al caracterizar la práctica jurídica, están interesadas principalmente en explicar dos cosas: la validez y la normatividad en el derecho. Según ellos, una explicación de la validez tiene que ser capaz de señalar aquellas condiciones que una norma tendría que satisfacer para ser jurídica. Por otro lado, hay dos tareas que debemos realizar para explicar la normatividad, estas son, explicar la capacidad del derecho para originar razones para la acción y dar cuenta de la existencia, o no, de un deber de obediencia hacia el derecho¹⁴⁸.

Aunque, como podemos ver, existen diversas interpretaciones que los teóricos del derecho atribuyen a la que hemos dicho es la pregunta central de la teoría jurídica, hay una cosa en la que parecen estar muchos de acuerdo. A saber, que la manera más relevante de preguntarnos ¿qué es el derecho? requiere siempre una investigación sobre el tipo de “objeto” que el derecho es; es decir, sobre su naturaleza. Usualmente los filósofos del derecho de orientación positivista afirman que es falso que en el interés primario de la teoría jurídica esté, por ejemplo, dar cuenta del concepto que asociamos al término “derecho”, o explicar en detalle las propiedades que posee el derecho de una sociedad determinada.

Llevar a cabo una indagación sobre el objeto derecho, sostiene Shapiro, no es más que explicar teóricamente una lista de truisms que la mayoría de expertos y no expertos aceptan o que, por lo menos, estarían dispuestos a

¹⁴⁵ Hart (1994), Shapiro (2009), Marmor y Sarch (2015).

¹⁴⁶ Hart (1994, capítulo 1).

¹⁴⁷ Shapiro (2011, 8-10).

¹⁴⁸ Marmor y Sarch (2015).

aceptar¹⁴⁹. El filósofo del derecho debe dar cuenta entonces de esas proposiciones acerca de las instituciones jurídicas básicas, las normas jurídicas, la autoridad jurídica, la motivación de las conductas en el derecho y la objetividad, cuya verdad resulta aparentemente obvia. Algunos ejemplos de verdades evidentes sobre el derecho según Shapiro son: “todos los sistemas jurídicos tienen jueces”, “las leyes son siempre miembros de un sistema jurídico”, “la autoridad jurídica es conferida por reglas jurídicas”, “saber únicamente que el derecho exige una determinada conducta no es motivo para llevarla a cabo” y “hay respuestas correctas a algunas preguntas jurídicas”.

Aunque reducir la tarea de la filosofía jurídica a la búsqueda y justificación de truismos es una tesis sin duda controversial, la sugerencia de Shapiro de que existen ciertas preocupaciones relevantes a las que cualquier teoría del derecho debería responder, goza de mayor consenso. Es difícil encontrar, por ejemplo, alguna teoría contemporánea que no intente dar cuenta del razonamiento jurídico, de la relación entre derecho y moral, o del carácter normativo de los sistemas legales¹⁵⁰. Claramente, una de estas preocupaciones tiene que ver con la noción de validez jurídica.

3.1 EL PROBLEMA DE LA VALIDEZ EN EL DERECHO

Una de las cuestiones centrales al interior de la teoría jurídica es el de la validez. Como hemos dicho, descrita de forma muy general esta preocupación consiste en la búsqueda de las condiciones que deben ser satisfechas por una norma para ser legal.

De acuerdo con Andrei Marmor y Alexander Sarch, uno de los rasgos característicos del positivismo jurídico ha sido justamente su intento por caracterizar a la validez en términos de ciertos hechos sociales. En otras palabras, el positivismo afirma que las normas jurídicas son válidas por el acaecimiento de ciertos hechos. Para los autores positivistas esta pretensión implica la afirmación de dos tesis: la llamada “tesis social” (*The Social Thesis*) y la “tesis de la separación” (*The Separation Thesis*)¹⁵¹. Como vimos en el capítulo I, la tesis social afirma la naturaleza social del derecho y que las condiciones de la validez jurídica están dadas por hechos sociales (no normativos). Por su parte, la tesis de la separación afirma la independencia conceptual entre derecho y moral y, en su mejor interpretación según Marmor y Sarch, que las condiciones de validez en el derecho no dependen del mérito (moral) de sus normas¹⁵². De este modo, mientras teorías como la de Austin sostienen que la fuente de la validez jurídica es el soberano político de una comunidad, otras como la de Hart afirman que son ciertas reglas sociales.

Es necesario señalar que hasta ahora nada hemos dicho sobre cómo deberíamos entender la noción misma de validez en el derecho. Es decir, afirmar que las teorías del derecho se ocupan de encontrar las condiciones que una regla debe satisfacer para ser válida, no nos dice aún cómo habremos de entender la propiedad de validez jurídica.

¹⁴⁹ Con precisión, Shapiro sostiene que, aunque no es el único, el análisis conceptual es el método más recurrido al realizar investigación filosófica. Según él, al realizar análisis conceptual los filósofos se encargan de recolectar truismos acerca de la identidad de una entidad determinada. Así, la filosofía del derecho, si es analítica, consiste en la búsqueda de verdades obvias (y por ello no empíricas) acerca de la naturaleza del derecho. (Ver Shapiro 2011, 13-16).

¹⁵⁰ Incluso algunas teorías realistas clásicas como el realismo escandinavo, al negar la normatividad del derecho, expresan así su reconocimiento de que tomar una posición sobre esta cuestión es una de las preocupaciones fundamentales de la filosofía jurídica.

¹⁵¹ Anteriormente en el capítulo I hemos presentado estas tesis, siguiendo la propuesta de Jules Coleman, con nombres distintos: tesis del hecho social y tesis de la separabilidad. Además de la diferencia en la terminología, no existe ninguna otra distinción relevante.

¹⁵² En oposición a las visiones positivistas, la tradición naturalista sostiene que la validez en el derecho está necesariamente atravesada por la moralidad. Una de las versiones más sofisticadas del iusnaturalismo actual es sin duda la propuesta por Ronald Dworkin. Según él, la manera en la que la validez jurídica está determinada por la moralidad, no es en la forma de un filtro acerca del contenido de las normas, sino a través de la indistinción entre los hechos sociales relevantes y los valores morales. Mi intención aquí no es de ninguna manera dar cuenta de la teoría de Dworkin, sino simplemente esbozar la alternativa iusnaturalista al problema de la validez jurídica. (Ver Dworkin 1986).

Según Pablo Navarro, es posible distinguir al menos dos sentidos en los que los positivistas han entendido este concepto¹⁵³. Por un lado, la validez se refiere a la propiedad que poseen ciertas normas de pertenecer a un sistema jurídico determinado, por otro, hace referencia a su fuerza vinculante.

En el primer sentido, sostiene Navarro, los enunciados de validez carecen de relevancia práctica¹⁵⁴ y más bien afirman la existencia de una norma al interior de un cierto sistema (normativo). En general, los sistemas son conjuntos cuyos elementos están relacionados de una manera específica. En particular, en los sistemas normativos las relaciones entre los miembros (normas) determinan la estructura del conjunto (dinámica o estática) al mismo tiempo que proporcionan sus criterios de pertenencia. Según Navarro hay dos relaciones que son relevantes para encontrar dichos criterios: legalidad y deducibilidad. Estas relaciones son reconocidas, según él, como criterios de validez dentro de la práctica jurídica, lo que trae como consecuencia que la validez legal se identifique con la pertenencia de una norma a un cierto sistema jurídico. Una norma es válida, de acuerdo al criterio de legalidad, si y sólo si ha sido promulgada por una autoridad competente; mientras que conforme al criterio de deducibilidad, una norma es válida si y sólo si es una consecuencia lógica de alguna otra norma del sistema. La mayoría de las veces, las normas validadas conforme al criterio de deducibilidad carecen de una formulación explícita, caso contrario al de las normas válidas conforme al criterio de legalidad.

Para evitar un posible regreso al infinito o una circularidad viciosa, esta caracterización de la validez admite la existencia de al menos una norma independiente en el sistema. Es decir, una norma que no satisface ninguna de las relaciones señaladas anteriormente y que, no obstante, es válida. En pocas palabras, las normas independientes, a diferencia de las dependientes, son aquellas que pertenecen al sistema sin satisfacer ninguna de las relaciones sistemáticas de legalidad y deducibilidad. El positivismo ha sostenido que los sistemas normativos incluyen siempre al menos una norma independiente¹⁵⁵.

Navarro identifica tres consecuencias relevantes que se siguen de adoptar una descripción de la validez como ésta. La primera es que los enunciados de validez tienen un carácter descriptivo. Dicho de otra manera, lo que hace este tipo de enunciados es afirmar que entre determinadas normas de un sistema jurídico existen ciertas relaciones particulares. Si los enunciados de validez son descriptivos en este sentido, entonces parece poco problemático afirmar también su carácter veritativo. La segunda consecuencia señalada por Navarro tiene que ver con su carácter relativo. Esto es, la verdad o falsedad de todo enunciado de validez es relativa al sistema normativo respecto del cual se predica la pertenencia de una norma. Así, el enunciado acerca de la validez de una norma N podría ser verdadero respecto del sistema jurídico S, pero falso respecto del sistema jurídico S'. Por último, los enunciados de validez poseen un carácter empírico. Es decir, para ser analizados, puede recurrirse a la verificación de ciertos hechos sociales complejos, por ejemplo, la promulgación de normas. En otras palabras, pueden ser analizados como afirmaciones acerca de esos hechos.

De acuerdo con la segunda forma de caracterizar a la validez en el derecho propuesta por los positivistas, un enunciado de validez no afirma que una norma es miembro de un sistema, sino que debe ser obedecida y aplicada, es decir, que posee fuerza vinculante. Según Navarro, ésta es una concepción normativa de la validez jurídica y por esta razón, una caracterización así es distinta de una concepción en términos de pertenencia. Esto es, incluso si la

¹⁵³ Navarro (2001, 141-148).

¹⁵⁴ Es preciso aclarar que la relevancia práctica de la que parece hablar Navarro aquí debe ser entendida en términos normativos. Es decir, en términos de las obligaciones que los sujetos tienen de llevar a cabo o no determinadas conductas. La validez de una norma podría tener consecuencias sobre el comportamiento de los individuos y en ese sentido, tener relevancia práctica, a pesar de referirse simplemente a su existencia, por ejemplo, permitiendo la formación de creencias o motivando la conducta de manera no normativa.

¹⁵⁵ Esta es el papel que parece jugar, por ejemplo, la regla de reconocimiento en la teoría de Hart. En el capítulo I hemos descrito aunque de manera breve esta parte de la teoría hartiana. El desarrollo de la tesis acerca de la existencia de una regla social de reconocimiento fundamental a cualquier sistema jurídico se encuentra en Hart (1994, capítulo 6).

extensión de normas válidas para todo sistema jurídico fuera idéntica entre aquellas que selecciona una interpretación de la validez como pertenencia y otra que atendiera a la capacidad de las normas para generar obligaciones de algún tipo, de ahí no se sigue que la pertenencia al sistema y la fuerza vinculante identifiquen la misma propiedad. La validez entendida como fuerza vinculante es distinta de la validez entendida como pertenencia porque la primera es una noción normativa y la segunda no.

No obstante, afirma Navarro, la noción de "fuerza vinculante" es ambigua y ha dado lugar a distintas interpretaciones dentro de la teoría jurídica. En ocasiones se ha afirmado, por ejemplo, que la fuerza vinculante de una norma legal coincide con su fuerza moral, o que puede al menos, ser reducida a ella. Por el contrario, se ha defendido también que el derecho posee una dimensión normativa particular e independiente de la moralidad. Para un buen número de teorías positivistas, el reto que esta forma de entender a la validez impone, consiste en dar cuenta del derecho en tanto orden normativo, con total independencia de la moral¹⁵⁶.

Una de las ideas fundamentales en teorías de este tipo es afirmar que las normas jurídicas, si válidas, son capaces de originar razones para la acción. Para algunos positivistas, las razones generadas por las normas jurídicas son distintas e independientes de las razones para actuar de corte moral. Sin duda, una de las teorías más elaboradas sobre la normatividad del derecho en estos términos es la de Joseph Raz¹⁵⁷.

En términos muy generales, a partir de una caracterización funcional de la autoridad¹⁵⁸, Raz sugiere la existencia de una obligación moral independiente del contenido de obedecer las normas jurídicas. Para comprender esta afirmación es necesario decir antes que, para él, la llamada "tesis de la autoridad" (*authority thesis*) es una verdad conceptual acerca del derecho. De acuerdo con dicha tesis, los sistemas legales reclaman necesariamente autoridad legítima; es decir, los sistemas legales reclaman la existencia de una obligación de parte de aquellos individuos sujetos a su autoridad, de obedecer las normas que los integran. Esta obligación según Raz es una obligación moral, aunque independiente del contenido (*content-independent*). Se dice que es independiente del contenido en el sentido de que las directivas legales válidas implican la obligación de obedecerlas sin importar las conductas particulares que regulan¹⁵⁹. En pocas palabras, la tesis de la autoridad sostiene que el derecho reclama la existencia entre los ciudadanos de la obligación moral de obedecer sus normas, justamente por ser normas jurídicas (válidas).

Como advierte Navarro, explicaciones como ésta atribuyen relevancia moral a las normas válidas por el sólo hecho de pertenecer al sistema jurídico vigente de una comunidad determinada. La validez de las normas se identifica así con su capacidad para originar la obligación de obedecerlas independientemente del mérito moral de la

¹⁵⁶ Existe actualmente una diferencia de opiniones al interior del positivismo relativa a la normatividad del derecho y su relación con la moral. Esta diferencia enfrenta a los así llamados "positivistas incluyentes" y a los "positivistas excluyentes". En términos muy generales, el positivismo incluyente sostiene que de acuerdo con la tesis de la separabilidad, no es necesario que la validez en el derecho esté determinada por (al menos uno) criterios morales, lo cual es compatible con decir que es posible que existan criterios morales de validez jurídica. Es decir, que es conceptualmente posible imaginar sistemas jurídicos que incluyen criterios morales de legalidad. El positivismo excluyente, por su parte, niega lo anterior y sostiene que es imposible que los sistemas jurídicos incorporen criterios morales de validez. Para ellos, la existencia y el contenido del derecho siempre está (puede estar) determinado por fuentes sociales. Una buena explicación de este debate se puede ver en Coleman (2001a, capítulo 8). Recientemente, Marmor (2004) e Himma (2004) han presentado argumentos en favor del positivismo excluyente y del positivismo incluyente respectivamente.

¹⁵⁷ Raz (1999, 1979, 1994, y 1986).

¹⁵⁸ En general de acuerdo con esta concepción, la autoridad conceptualmente tiene la función de ser un mediador entre las personas y las razones "correctas" para la acción. (Ver Raz 1994, 212-214).

¹⁵⁹ Raz (1986, 35).

conducta que regulan¹⁶⁰. Es gracias a su carácter de *independiente del contenido*, que la obligación de obedecer normas jurídicas es, en este sentido, independiente de la moral.

Debido a esta ambigüedad entre las formas de entender el término “validez jurídica”, existe una pluralidad de maneras en las que el problema de la validez ha sido presentado al interior de la filosofía del derecho. Así, para algunas teorías la pregunta relevante concierne a las condiciones que deben satisfacerse para explicar la normatividad en el derecho, y para otras a las condiciones que, de ser satisfechas, aseguran que una norma pertenece al sistema jurídico de una comunidad determinada.

3.2 FORMAS DISTINTAS DE PRESENTAR EL PROBLEMA

De acuerdo con Leslie Green los positivistas, al explicar la validez de las normas jurídicas, están condenados a enfrentar el así llamado “dilema de Kelsen”¹⁶¹. Según Green, preguntarnos si una norma es válida o no, equivale a preguntarnos si posee o no la fuerza (normativa) que pretende poseer. En este sentido, una norma es válida si y sólo si de hecho posee fuerza obligatoria.

Al responder a la pregunta ¿qué es lo que hace válida a una norma jurídica? uno puede, como Kelsen¹⁶², apelar a la autorización de una norma superior. Por ejemplo, el capítulo II del Código Fiscal para el Distrito Federal, que impone en la Ciudad de México la obligación de pagar el impuesto predial, es válido en virtud de que ha sido creado conforme a lo dispuesto por la Ley Orgánica de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. A su vez, esta ley es válida gracias a que fue promulgada de conformidad con lo dispuesto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Por supuesto, uno podría continuar este tipo de indagación acerca de la Constitución misma. A fin de evitar un regreso al infinito o una circularidad viciosa, los positivistas deben aceptar que la validez de una norma jurídica no puede ser explicada únicamente en términos de su relación con otras normas jurídicas. Según Green, lo anterior constituye el primer cuerno del dilema.

En el otro cuerno está la imposibilidad de explicar la validez jurídica por referencia a un hecho simple. Por ejemplo, es difícil aceptar que la fuerza obligatoria de una norma se adquiere por el sólo hecho de haber sido pronunciada por *alguien*. En otro ejemplo, no es claro que el derecho a emitir mandatos surja simplemente de la disposición de algunos individuos a obedecer lo que otros ordenan.

En pocas palabras, podemos formular el dilema de Kelsen de la siguiente manera: *el fundamento de la normatividad en el derecho es o bien una norma, o bien un hecho*. Dado que es imposible que los hechos sean fundamento de la normatividad, entonces deben serlo las normas. Sin embargo, el positivista no puede recurrir a las propias normas jurídicas, dado que su explicación conduciría a circularidad o a un regreso al infinito. Por otro lado, la opción de apelar a normas morales también está cancelada para él dado que, de hacerlo, se habría abandonado por completo el proyecto positivista.

Como es bien sabido, Kelsen propuso la existencia de una norma hipotética fundamental para escapar al dilema. Según él, se debe presuponer que para cada sistema jurídico existe una norma básica, algo así como una primera constitución, que es de hecho vinculante y que posee la capacidad de heredar esta propiedad a otras normas. De acuerdo con Green, la estrategia de Kelsen fracasa ya que *presuponer* que existen normas básicas esquiva el problema en lugar de solucionarlo. La invitación de Kelsen, según Green, es en realidad a dejar de preguntarnos por la validez en el derecho.

¹⁶⁰ Según Navarro, afirmaciones como la anterior han conducido al positivismo a una encrucijada. Es difícil ver por qué normas moralmente reprobables son también moralmente obligatorias, si legalmente válidas. Para Navarro la solución consiste en abandonar esta concepción de la validez en el derecho como fuerza vinculante. (Ver Navarro 2001, 148).

¹⁶¹ Green (1999, 35-36).

¹⁶² Kelsen (1982, capítulo 5).

Afortunadamente para el positivismo jurídico existe otra alternativa que Kelsen falló en observar. Es falso que los hechos (simples) y las normas (jurídicas o morales) agoten toda posibilidad para encontrar un fundamento a la normatividad de los sistemas legales, pues ciertos hechos sociales son capaces, por mérito propio, de engendrar obligaciones. Las normas sociales son el mejor ejemplo de esta clase de hechos. Así, para explicar la validez de las normas, el positivista no tiene más que dar cuenta de manera plausible de la clase de hechos sociales complejos que podrían encontrarse a la base de la normatividad.

Más allá del éxito o fracaso con el que las propuestas positivistas han enfrentado este dilema, la manera en la que Green (a partir de Kelsen) ha formulado la preocupación por la validez dentro de la teoría jurídica resulta por demás interesante.

Por otro lado, Scott Shapiro ha presentado el problema de la validez de dos formas. La primera toma como punto de partida la noción de hechos jurídicos (*Legal Facts*). Un hecho jurídico, sostiene Shapiro, es aquel que tiene que ver con la existencia o el contenido de un sistema jurídico en particular¹⁶³. Así, es un hecho jurídico que España tiene un sistema legal y también lo es que en México la producción, transporte, tráfico, comercio y suministro de *narcóticos* están prohibidos.

Los hechos jurídicos tienen la propiedad de no ser últimos. Esto es, existen siempre en virtud de otros hechos. Por ejemplo, la existencia en México de un sistema legal depende de que en algún momento un grupo de personas promulgó una constitución, leyes secundarias, se crearon instituciones judiciales, etc., así como de que en la actualidad los jueces y legisladores continúan promulgando y aplicando leyes. Los hechos últimos, por el contrario, existen sin la necesidad de que otros los originen, por ejemplo, la existencia de átomos.

De acuerdo con Shapiro, lo anterior condiciona de manera concluyente la forma de argumentar dentro de la práctica jurídica. Según él, sólo es posible dar sustento a nuestras afirmaciones acerca del derecho de una jurisdicción determinada mediante la identificación de otros hechos. En otras palabras, ante el cuestionamiento sobre si algo es un hecho jurídico, la única opción de respuesta de la que disponemos es señalar, en última instancia, un hecho distinto en virtud del cual aquel existe.

Frente a una persona que objeta nuestra afirmación de que el derecho (de acuerdo con nuestro sistema jurídico) exige X o Y conductas, estamos obligados a responder, por ejemplo, que la regla en cuestión fue aprobada por las autoridades competentes. No obstante, nuestro interlocutor podría cuestionar dicha autoridad, pues poseer autoridad legal es ya de por sí un hecho jurídico. Tendríamos entonces que apuntar hacia un nuevo hecho, por ejemplo, la existencia de leyes que confieren autoridad a ciertas instituciones. Por supuesto, nuestro interlocutor podría objetar lo que hemos dicho una vez más negando que esas leyes sean válidas y, por ello, afirmando su incapacidad para conferir autoridad. Según Shapiro, podríamos ahora señalar las leyes que confieren autoridad a determinadas personas para crear otras leyes capaces de conferir autoridad, algo que nuestro interlocutor podría objetar nuevamente. Sin duda, un intercambio como este podría extenderse hasta el punto en el que es necesario señalar a las reglas fundamentales del sistema jurídico mismo; en el caso mexicano, por ejemplo, la Constitución Política.

Así, de acuerdo con Shapiro, que los hechos jurídicos no sean últimos nos compele a encontrar siempre otros capaces de *originarlos*. Cuando la aptitud de una constitución de ser jurídicamente vinculante es cuestionada, rechazando la capacidad de las asambleas constituyentes para promulgar una ley fundamental jurídicamente obligatoria, la pregunta por los hechos que establecen el estatus autoritativo de todo el ordenamiento jurídico queda abierta. En pocas palabras, el problema de la validez consiste en términos de esta explicación en encontrar los hechos no jurídicos que nos permiten afirmar que el derecho de una cierta comunidad es de una u otra forma.

Shapiro también presenta la preocupación por la validez en el derecho a través de una paradoja que surge al cuestionarnos por el origen de los sistemas jurídicos. La pregunta que motiva esta paradoja puede formularse de la

¹⁶³ Shapiro (2011, 25).

siguiente manera ¿cómo fue posible para el primer sistema legal adquirir autoridad jurídica sin que, de hecho, poseyera previamente autoridad jurídica?

Para ilustrar la perplejidad a la que da lugar esta interrogante, Shapiro nos invita a imaginar una sociedad en la que, por iniciativa del anciano más sabio, la creación de un sistema de reglas de conducta con la capacidad de obligar a todos los miembros de la comunidad es sometida a debate público. En esta sociedad imaginaria una persona, al que Shapiro da el nombre de Lex, se adjudica el papel de primer legislador, sugiere procedimientos para crear y modificar leyes en el futuro y propone un mecanismo para asegurar que el sistema normativo creado perdure a través del tiempo. Aunque la estrategia de Lex resulta persuasiva para la mayoría de los miembros de la comunidad, uno de ellos de nombre Phil señala su implausibilidad. El argumento de Phil cuestiona la autoridad de Lex para promulgar reglas vinculantes. Según él, es necesario que una norma anterior conceda autoridad a Lex para poder crear, modificar o cambiar reglas, pero en dicha sociedad tal norma no existe. El argumento cobra fuerza al señalar que, incluso si fuera posible identificar dicha norma, ésta no podría funcionar como fuente última de poder jurídico, pues sería necesario que una autoridad con el poder para ello la hubiese promulgado. Para conceder a esta autoridad poder jurídico haría falta una vez más otra norma con la capacidad de atribuir poder jurídico y así hasta el infinito. La conclusión del argumento es que es imposible que algo como la autoridad del derecho exista.

Para Shapiro el anterior es un problema análogo a la paradoja clásica del huevo y la gallina en la que resulta imposible señalar la existencia de uno como anterior a la de la otra y viceversa, dado que ambas son mutuamente interdependientes. Inspirado por este análisis, Shapiro sugiere dos principios que originan la paradoja en el derecho. Por un lado, de acuerdo con el principio *huevo*, alguien tiene el poder para crear normas jurídicas solamente si una regla existente le confiere dicho poder; por otro, una norma confiere poder para crear normas jurídicas solamente si fue creada por alguien con el poder para hacerlo, según el principio *gallina*.

De manera un poco más formal el argumento puede ser construido como sigue. Primero, asumamos que la autoridad A tiene poder jurídico para crear un conjunto de normas. De acuerdo con el principio *huevo*, lo anterior implica que existe una norma, digamos N, que confiere poder en A; por el principio *gallina* existe alguien con poder para crear normas que creó N. Ahora bien, preguntémonos, ¿quién creó N? La respuesta no puede ser A dado que A no tuvo poder para crear normas, sino hasta que existió N. En otras palabras, decir lo contrario (que A es la fuente de su propia normatividad) da lugar a una circularidad viciosa, puesto que implica que N tendría que haber existido antes de que A la hubiese creado. Por otro lado, tampoco resuelve el problema decir que N fue creada por una autoridad distinta A', dado que uno puede preguntarse nuevamente de dónde proviene el poder de A' para crear N a lo que (a fin de evitar circularidad) tendríamos que responder apelando a una nueva norma N', respecto de la cual podríamos preguntarnos nuevamente ¿quién la creó?, y continuar así hasta el infinito. La conclusión de este argumento según Shapiro es que toda afirmación de autoridad jurídica, si aceptamos los principios de huevo y gallina, da lugar a una circularidad viciosa o a un regreso al infinito.

De este modo, la llamada *paradoja de la posibilidad* impone en las teorías del derecho la obligación de explicar la validez de las normas jurídicas a través de la identificación de una autoridad última.

Para otros autores como Andrei Marmor y Alexander Sarch¹⁶⁴ el problema de la validez en el derecho no consiste, al menos no de manera inmediata, en encontrar la fuente de autoridad de los sistemas jurídicos ya que, aunque relacionado, éste es un problema conceptualmente distinto. Según ellos, que una norma sea válida implica que pertenece a un cierto sistema jurídico. El carácter vinculante de las normas de derecho es una consecuencia, mas no la esencia, de su validez. De esta forma, Marmor y Sarch sugieren que la preocupación por la validez jurídica se satisface encontrando las condiciones en virtud de las cuales una norma ha de contar como derecho dentro de una sociedad particular. En otras palabras, el problema de la validez exige a las teorías jurídicas identificar las propiedades, hechos, etc., que permiten afirmar que un cierto estándar, orientado a guiar la conducta de los

¹⁶⁴ Marmor y Sarch (2015).

miembros de una comunidad, cuenta con el respaldo de la maquinaria jurídica justamente por ser un miembro suyo. Para ilustrar la manera en la que la filosofía jurídica se ha ocupado de esta preocupación Marmor y Sarch sostienen que, mientras el positivismo se ha concentrado en buscar los hechos sociales que se encuentran a la base de la existencia de los sistemas legales, otras teorías como la tradición de derecho natural afirman que es la moralidad el espacio idóneo para hallar los fundamentos de la validez.

Claramente, el panorama presentado hasta ahora es inconcluso. No obstante, no es nuestra intención aquí dar cuenta de manera exhaustiva de la pluralidad de maneras en las que la validez del derecho ha sido entendida dentro de la teoría jurídica, sino encontrar algunos elementos comunes que nos permitan identificar los requisitos mínimos que una teoría del derecho debería satisfacer para poder afirmar que se ocupa, de una manera u otra, del problema de la validez ya que, como hemos dicho, parece ser ésta una de las preocupaciones centrales dentro del campo de la filosofía del derecho.

3.3 UNA CARACTERIZACIÓN MÍNIMA DE LA VALIDEZ JURÍDICA

Hemos dicho que la validez en el derecho puede entenderse al menos de dos maneras, una normativa y otra no. En su forma normativa la validez se refiere a la fuerza vinculante asociada a las normas legales. En sentido no normativo la validez tiene que ver con la existencia de normas al interior de un sistema jurídico particular. Hemos dicho además que los filósofos del derecho han propuesto distintas explicaciones de la validez adoptando al menos uno de estos puntos de vista. Si aceptamos que explicar la validez es una preocupación central de la teoría jurídica, la pregunta por las condiciones mínimas que una teoría debería satisfacer para dar cuenta de este problema parece cobrar relevancia.

Antes de continuar conviene aclarar que la pregunta aquí, aunque íntimamente relacionada, no es exactamente por la manera en la que el problema ha de ser formulado o en la que ha de ser resuelto, sino por algo más general, a saber, por las condiciones mínimas de explicación que una teoría debería aportar para decir que su descripción del derecho no es indiferente a la cuestión por la validez. En otras palabras, lo que proponemos a continuación es una descripción minimalista de los elementos que una teoría del derecho debería contener a fin de incorporar satisfactoriamente dicha preocupación. Una caracterización así es útil porque permite ver con claridad en qué sentido es que el problema de la validez es uno sólo dentro de la teoría jurídica. Al margen de sus compromisos particulares, las teorías del derecho dan cuenta del mismo rasgo de la práctica jurídica cuando hablan de validez gracias a que lo hacen intentando satisfacer los requisitos que a continuación describiremos.

No es difícil ver que una de las preguntas inicialmente pertinentes en la búsqueda de una caracterización mínima como ésta tiene que ver justamente con la ambigüedad que tanto hemos mencionado. Es decir, parece importante preguntarnos si, con el fin de caracterizar a la propiedad de validez de las normas jurídicas de manera suficiente, una teoría debería plantearse el problema en términos normativos, en términos de pertenencia, o en términos de la conjunción entre ambas.

Aceptar que el requisito mínimo es que las teorías den cuenta de la validez exclusivamente en tanto fuerza vinculante, implica que toda teoría que omitiera o rechazara la afirmación de que una norma es jurídica si y sólo si existe la obligación de obedecerla, sería incorrecta o al menos incompleta. Aparentemente, tenemos buenas razones para dudar de que una exigencia de este tipo sea del todo deseable. En primer lugar, esta demanda parece tan estricta que sería imposible para un número importante de teorías contemporáneas satisfacerla¹⁶⁵. En segundo lugar, parece que no tenemos una razón concluyente para privilegiar esta descripción de la validez por encima de la caracterización como pertenencia. Es más, cualquier intento por encontrar un criterio no arbitrario en virtud del cual pudiésemos privilegiar una sola descripción de la validez parece destinado al fracaso.

¹⁶⁵ Teorías de este tipo podrían ser las de Marmor (2009), MacCormick (2007) e incluso posiblemente la de Hart (1994).

Del mismo modo, exigir a las teorías dar cuenta de la validez de las normas en el derecho exclusivamente en términos de su pertenencia a un sistema jurídico, adolece exactamente de los mismos problemas. Por un lado, la exigencia es suficientemente estricta como para excluir a un número importante de teorías¹⁶⁶. Por otro, no contamos actualmente, y posiblemente no lo encontraríamos, con un criterio según el cual deberíamos privilegiar este sentido de la validez sobre el sentido normativo.

Una tercera opción es apelar a la conjunción de las dos anteriores. Es decir, exigir a las teorías del derecho que atiendan tanto al sentido normativo como al de pertenencia. Si una buena razón para rechazar las dos propuestas anteriores era que resultaban extremadamente restrictivas, bastaría observar que prácticamente ninguna teoría actual satisface esta tercera opción para descartarla.

Si una caracterización mínima no puede atender exclusivamente al sentido normativo, al de pertenencia o a la conjunción de ambos, ¿a qué entonces? De acuerdo con nuestra propuesta se debe observar a la disyunción de estas tres opciones. Esto es, una teoría del derecho está en condiciones de presentar una explicación de la validez si dirige su atención o bien a la capacidad de las normas para generar la obligación de obedecerlas, o bien a su pertenencia a un orden legal determinado, o bien si toma en cuenta ambas. Una exigencia así se satisface al observar al menos una de las tres opciones, y aunque es posible atender a más, no es necesario.

Lo anterior es en realidad poco revelador dado que, como hemos dicho, basta con observar el desarrollo de la teoría jurídica de las últimas décadas para darnos cuenta de que explicar a la validez en estos términos ha sido una característica común entre las teorías de corte positivista. Cabe aclarar entonces que hasta ahora nuestra intención no ha sido más que la de hacer explícito un compromiso aparentemente adoptado por el positivismo jurídico desde hace tiempo.

Afirmar que para explicar la validez uno debe asumir una postura respecto a las distintas formas en las que ésta puede ser entendida no dice nada aún sobre el tipo de investigación que habremos de llevar a cabo. Es decir, no responde a la pregunta ¿qué es aquello de lo que deben dar cuenta quienes pretendan caracterizar a la validez en el derecho? Encontrar una respuesta a esta interrogante, sin embargo, no es muy complicado. Una forma de hacerlo es rastrear algunos elementos comunes que, de hecho, la mayoría de teorías contemporáneas del derecho han adoptado en su intento por ofrecer una explicación de la validez.

El primer rasgo en común que deseamos resaltar tiene que ver con el compromiso de las teorías jurídicas positivistas por evitar explicaciones circulares. Esto es, toda caracterización de las condiciones que una norma debe satisfacer para ser jurídica debe evitar apelar a la propiedad de legalidad misma. En otras palabras, las normas jurídicas no pueden ser válidas en última instancia en virtud de otras normas jurídicas. El problema con explicaciones de este tipo es que ni siquiera parecen responder a los problemas que pretenden resolver. Uno no ha explicado la validez jurídica si apela a la noción misma de validez jurídica, pues es justo esa noción la que deseábamos explicar desde el inicio. Otra consecuencia de adoptar explicaciones circulares que el positivismo jurídico ha intentado evitar es la idea de que cualquier norma puede, en última instancia o de manera indirecta, ser fuente de su propia validez. Si la norma jurídica A es válida en virtud de la norma jurídica B, y ésta lo es en virtud de la norma jurídica C, etc., y además aceptamos que los sistemas legales son cerrados (poseen un número finito de normas), nada impide pensar que tarde o temprano A participará de la validez de una de las normas que participan de su propio esquema de validación, por ejemplo Z. Así, para aportar una explicación plausible de la validez en el derecho, las teorías jurídicas deben en primer lugar evitar recurrir, en general, a explicaciones que den lugar a circularidad y, en particular, a explicaciones que apelen a la noción misma de validez jurídica o legalidad.

Otro problema en la explicación de la validez que los filósofos del derecho de inclinación positivista han intentado eludir es el del regreso al infinito. Uno podría, por ejemplo, afirmar que la norma jurídica A es válida en virtud de haber sido promulgada por una autoridad jurídica J, después explicar la validez jurídica de los actos de J

¹⁶⁶ Coleman (2001a), Shapiro (2011), etc.

en virtud de otra norma jurídica B, explicar la validez de B en virtud de los actos de otra autoridad K y continuar así hasta el infinito. Una vez más, parece que explicaciones de este tipo, más que enfrentar el problema, lo esquivan. ¿Cómo podríamos decir que hemos explicado algo cuando dicha explicación nos requiere llevar a cabo una investigación interminable? Además, los sistemas jurídicos son el tipo de cosa que posee un número de elementos (por ejemplo normas y autoridades) finitos. En este sentido, decimos que dar lugar a un regreso al infinito es una buena razón para rechazar cualquier explicación sobre la validez en el derecho.

Cada una de estas restricciones negativas tiene una contra-parte positiva. De la preocupación por evitar un regreso al infinito se sigue que, para explicar la validez, es necesario encontrar su fuente última. En otras palabras, uno no explica la validez, a menos de que sea capaz de señalar el hecho (último) que le da origen. Cabe aclarar que, con el fin de ser consistentes con la tesis del hecho social adoptada por el positivismo, este hecho último no puede ser si no uno social. Por otro lado, de nuestro afán por evitar circularidad se sigue que la fuente última de validez no puede ser un hecho jurídico (válido)¹⁶⁷. La validez jurídica no puede engendrar a la validez jurídica.

Si lo anterior es cierto, parece que lo que pedimos a las teorías del derecho es una explicación reduccionista de la validez. Es decir, una explicación que dé cuenta de un hecho jurídico complejo como la existencia de normas válidas en términos de otros hechos más elementales o simples¹⁶⁸.

Así, diremos que para toda teoría jurídica dentro de la tradición positivista se está en condiciones de explicar a la validez en el derecho si y sólo si: i) la explicación da cuenta de la validez en tanto capacidad de las normas para crear la obligación de obedecerlas, de su pertenencia a un sistema jurídico determinado, o ambas; ii) intenta evitar el problema del regreso al infinito señalando algún hecho (social) como fuente última de validez; y iii) intenta evitar el problema de la circularidad viciosa solamente si ese hecho último es él mismo no jurídico.

Nuestra caracterización es mínima en el sentido de que no requiere la adopción de ningún compromiso sustantivo en particular. En otras palabras, los requisitos impuestos por ella pretenden ser de cierta forma más bien formales. Una consecuencia de este carácter formal es que un número significativamente amplio de teorías es capaz de satisfacer las condiciones que hemos señalado. Pese a que lo anterior podría sugerir la trivialidad de la caracterización, lo cierto es que nuestra propuesta posee un cierto valor teórico que conviene hacer explícito en este momento. Uno podría argumentar que los requisitos que sugerimos son triviales en tanto que no hay teoría que de hecho los incumpla. Es difícil encontrar el valor explicativo de un criterio que, aunque pretendiéndolo, fracasara en distinguir entre teorías *adecuadas* e *inadecuadas* justamente por conceder a todas el primero de estos estatus. En nuestro caso particular sería difícil encontrar el valor explicativo de criterios que pretendieran decirnos cuándo una teoría incorpora satisfactoriamente la preocupación por la validez si prácticamente cualquier teoría actual los satisface. No obstante, es falso que del hecho de que muchas (o incluso todas) teorías actuales del derecho satisfagan los requisitos impuestos por nuestra caracterización mínima se siga la incapacidad de la propuesta para distinguir entre teorías *aceptables* y *no aceptables*. Es posible (al menos conceptualmente) aún pensar en teorías jurídicas que al intentar incorporar entre sus afirmaciones el problema de la validez, lo hicieran dando lugar a explicaciones circulares o explicaciones que implicaran un regreso al infinito. Estas teorías, aunque por el momento

¹⁶⁷ El término "hecho jurídico" es empleado por Shapiro (2011).

¹⁶⁸ Puede ser oportuno mencionar que, aunque para la mayoría de autores positivistas inscritos en la tradición anglosajona de la segunda mitad del siglo pasado hasta hoy el problema de la validez en el derecho toma la forma de un dilema, existen autores como Robert Alexy que lo presentan como una instancia del llamado *trilema de Münchhausen*. En términos generales, el argumento es que cualquier justificación de una proposición, a fin de alcanzar la certeza absoluta, requerirá la justificación de los medios justificativos, justificación que requerirá a su vez estar justificada. Es decir, para justificar la proposición N podríamos apelar a otra proposición Q, pero para obtener certeza, tendríamos que justificar Q. Lo anterior conduce al siguiente trilema cuyas opciones, en principio, resultan igualmente indeseables: 1) un regreso al infinito: A se justifica por B, que se justifica por C, que se justifica por D, etc. 2) Una circularidad viciosa: A se justifica por B, que se justifica por C, que se justifica por A. 3) Un corte arbitrario a la cadena de justificación: A se justifica por B, que se justifica por C, que no necesita justificación. Alexy toma la idea de Hans Albert (1973), aunque en su aplicación al caso normativo el tercer cuerno del trilema consiste en apelar a una serie de exigencias o reglas de la discusión racional. (Ver Alexy 1997, 176-177).

parezcan sólo posibles en lugar de actuales, serían consideradas como teorías incapaces de integrar satisfactoriamente la preocupación por la validez y nuestra caracterización podría mostrarlo¹⁶⁹.

3.4 LA PROPUESTA CONVENCIONALISTA

En el capítulo I reconstruimos, aunque no de manera exhaustiva, una de las formas más socorridas del positivismo contemporáneo, a saber, el convencionalismo. A grandes rasgos, los autores convencionalistas aceptan la existencia de reglas de reconocimiento que, entre otras cosas, sirven para explicar la validez jurídica. Como advertimos entonces, un par de objeciones propuestas por Ronald Dworkin y Joseph Raz orillaron a Hart y con él a gran parte de los autores positivistas posteriores a sugerir la idea de que la regla de reconocimiento es una regla convencional. Aunque como señalamos, se ha caracterizado al carácter convencional de las reglas de reconocimiento de maneras distintas, generalmente se acepta la idea de que la convencionalidad está dada por el hecho de que la conformidad ajena es parte de la razón que cada individuo tiene para aceptar una regla de reconocimiento.

Al margen de las diferencias entre teorías, a continuación presentaremos la forma en la que el convencionalismo satisface las tres condiciones que, hemos dicho, son necesarias en cualquier explicación de la validez jurídica. Cabe aclarar una vez más que nuestro interés aquí no está puesto en los compromisos particulares que las propuestas convencionalistas han adoptado en su intento por satisfacer dichas condiciones, sino más bien en ilustrar sencillamente cómo es que ésta es una teoría que ha cumplido con ofrecer una postura al respecto.

Según nuestra primer condición, una teoría debe explicar la validez en términos normativos, de pertenencia o ambos. Probar que el convencionalismo cumple satisfactoriamente con este requisito no es complicado. Jules Coleman, por ejemplo, formula la llamada *tesis convencionalista* en términos de la fuerza normativa que identifica a los sistemas legales. Según él, esta tesis afirma que para explicar la posibilidad de normatividad en el derecho se debe atender a la práctica social convencional de los servidores públicos de adherirse a una regla de reconocimiento¹⁷⁰. Quienes adoptan un modelo positivista como este, se comprometen con la idea de que las normas jurídicas poseen fuerza vinculante. En otras palabras, según esta forma de convencionalismo podemos dar cuenta de la normatividad de las normas en el derecho, es decir de su validez, gracias a que existe una regla (convencional) que obliga a los jueces a identificar dichas normas utilizando ciertos criterios. De este modo, decimos que una norma jurídica es válida (tiene fuerza normativa) si satisface alguno de los criterios impuestos por la regla (convencional) de reconocimiento.

Aunque lo anterior es suficiente para mostrar que el convencionalismo, al menos en una de sus formas, cumple con nuestra primer condición, es interesante señalar que existen otras visiones convencionalistas que prefieren dar cuenta de la validez en términos de la pertenencia de las normas a un sistema. Este es el caso de la teoría de Andrei Marmor. Aunque Marmor, siguiendo a Hart y a Kelsen, acepta que el derecho es un orden característicamente normativo y que las normas que lo integran poseen fuerza vinculante, sostiene que la validez jurídica es la propiedad que nos permite identificar qué cuenta como derecho en una sociedad determinada. Cabe aclarar que Marmor acepta incluso que el fundamento de la validez jurídica es de hecho normativo, sin embargo de

¹⁶⁹ Aunque esto es sin duda debatible, es posible que exista de hecho al interior de la teoría jurídica contemporánea una propuesta incapaz de cumplir con las condiciones establecidas por nuestra caracterización, a saber, la teoría de Ronald Dworkin. Recordemos que para Dworkin la justificación de las afirmaciones que se llevan a cabo en el discurso jurídico implica (por lo menos puede implicar) un proceso circular. Si aceptamos que los enunciados de validez forman parte de ese conjunto de afirmaciones, entonces nada impide pensar que sus procesos de justificación son circulares. Si esto es cierto, entonces la teoría de Dworkin incumpliría la condición número tres de nuestra caracterización mínima y con ello se mostraría incapaz de incorporar exitosamente entre sus postulados el problema de la validez en el derecho. (Ver Dworkin 2011).

¹⁷⁰ Coleman (2001b, 357).

aquí no se sigue que la validez sea ella misma una propiedad normativa. Es decir, incluso si es cierto que los enunciados de validez, esos que afirman que algo es derecho en relación con un sistema jurídico, son verdaderos en última instancia en virtud de un marco normativo (por ejemplo, de una *norma básica*), no es cierto que la validez se defina como la capacidad de las normas de general obligaciones¹⁷¹. En otras palabras, tanto Kelsen, como Hart y Marmor, aceptan que la idea de validez jurídica descansa en normas (que nos indican cuales son las fuentes válidas de derecho), pero consiste en señalar qué cuenta como norma jurídica y qué no.

La condición dos requiere asegurarse de que, al explicar la validez, una teoría evita dar lugar a un regreso al infinito señalando su fuente última. Una vez más, darse cuenta de que el convencionalismo cumple con esta condición es más bien sencillo. Basta observar la teoría del mismo Hart para constatar que encontrar un eslabón final a la cadena de la validez es justamente uno de los propósitos principales al proponer la existencia de reglas de reconocimiento. Recordemos que para Hart los fundamentos de un sistema legal (*the foundations of a legal system*) están dados por la situación social en la que una regla es aceptada y usada para identificar las normas que conforman dicho sistema. Decir que una norma es válida según Hart, es justamente decir que ha cumplido con los tests que la regla de reconocimiento impone. Explícitamente Hart reconoce el carácter último de la regla de reconocimiento. Esta regla es última en el sentido de que no existe regla alguna que provea sus criterios de validez¹⁷². Para explicar lo anterior Hart sostiene que, en el razonamiento jurídico, cuando una duda surge acerca de la validez de una norma particular se debe responder señalando a un criterio de validez provisto por otra norma. Una investigación como ésta podría extenderse hasta encontrar los criterios señalados por la regla de reconocimiento, pero no más allá. Sin ser ella misma válida o inválida, la regla de reconocimiento existe y de ella se desprende la validez del sistema jurídico entero.

Un ejemplo distinto de cómo una teoría convencionalista señala una fuente de validez última es, otra vez, la de Andrei Marmor. Marmor concede que la respuesta a la pregunta ¿Qué cuenta como derecho dentro de una sociedad determinada? debe buscarse atendiendo a las reglas de reconocimiento. Afirma además, siguiendo a Hart, que la naturaleza de las reglas de reconocimiento es convencional. Sin embargo, para Marmor hay un error en afirmar que la razón para poseer dichas reglas es, por lo menos de forma exclusiva, su utilidad para resolver problemas de coordinación, tal y como lo afirmaban la mayoría de autores convencionalistas. En otras palabras, Marmor niega que el *rationale* de las reglas de reconocimiento sea coordinativo. Para él estas reglas son más bien (o principalmente) constitutivas de la práctica jurídica. Esto es, constituyen lo que el derecho es, al tiempo que crean la obligación *jurídica* de seguirlas.

¹⁷¹ Para ilustrar el punto anterior podemos considerar una secuencia de proposiciones como la que presenta Marmor a continuación:

1. De acuerdo con el derecho de un sistema legal S, (en un tiempo t), es el derecho que N. (N es cualquier norma jurídica particular).
2. (1) es verdad porque N ha sido promulgada (con anterioridad a t) por P. (P representa cualquier institución que posee autorización legal para promulgar leyes).

(2) claramente presupone algo como (3)

3. Si P promulga una norma del tipo N en S, N es legalmente válida en S.
4. (3) es verdad en S porque es generalmente el caso que X.

(1) es verdad en virtud de (2), (2) en virtud de (3) y (3) en virtud de (4); si una duda surge acerca de la verdad de (4) entonces será necesario responder señalando directamente a X, que representa un marco normativo según Marmor. Esto muestra que los enunciados de validez como (1) son verdaderos en última instancia en virtud de ciertas normas (X); sin embargo, el contenido de estos enunciados no es acerca de esas normas si no de normas jurídicas particulares que conforman un sistema jurídico particular, es decir, acerca de la validez de N. (Ver Marmor 2009,157-158).

¹⁷² Hart (1994, 107).

En esta forma de entender al convencionalismo es también un error asumir que las razones principales que existen entre los miembros de una comunidad para tener un sistema legal tienen que ver, por estar íntimamente ligadas con las razones para poseer reglas de reconocimiento, con la capacidad de los ordenamientos jurídicos para resolver problemas de coordinación. Las razones para poseer sistemas jurídicos, según Marmor, están dadas por la discusión moral y política de donde surge la obligación *moral* de seguir las reglas de reconocimiento.

Una característica más que distingue a la teoría de Marmor de otros enfoques convencionalistas tiene que ver con la idea de convención profunda. Para él, es propio de las reglas de reconocimiento de cada sistema jurídico particular ser instancias de las convenciones profundas que hay sobre el tipo de familia jurídica al que cada sistema pertenece. En otras palabras, aunque la respuesta a la pregunta por la validez llega a su fin en las reglas de reconocimiento, éstas son convenciones superficiales que instancian las convenciones profundas cuya función es determinar el tipo de tradición jurídica al que el sistema relevante pertenece. Estas convenciones profundas se ubican entre las reglas de reconocimiento de un sistema jurídico particular y las razones políticas y morales, casi universales, para poseer sistemas jurídicos que las sociedades aceptan.

Por último, es justamente la noción de convención la que permite al convencionalismo satisfacer nuestra tercer condición. Según este requisito, las teorías jurídicas deben evitar el problema de la circularidad viciosa señalando como fuente última de validez a un hecho de naturaleza no legal. El giro convencionalista en la teoría de Hart según el cual debemos dejar de entender a la regla de reconocimiento como una mera regla social y comenzar a pensarla en términos de una costumbre convencional entre los servidores públicos de un sistema legal, es evidencia de lo anterior¹⁷³. En general, el convencionalismo afirma que las reglas de reconocimiento de cualquier sistema jurídico son convencionales en naturaleza. Esto es, el convencionalista afirma que el hecho relevante a partir del cual se sigue la validez de todas las normas de un sistema legal es la práctica social convencional entre la comunidad jurídica relevante de seguir ciertas reglas de reconocimiento. Debe ser claro que esta práctica social es una práctica *no jurídica* en el sentido de que no está determinada o establecida por ninguna regla del sistema. De este modo no parece equivocado afirmar que, utilizando la noción de convención, el convencionalismo está en posición de cumplir nuestra tercer demanda.

Como hemos visto, existen por lo menos dos formas de caracterizar la convencionalidad de las reglas de reconocimiento. Por un lado, inspirados por David Lewis, los convencionalistas jurídicos caracterizan a la práctica de los jueces de seguir reglas de reconocimiento como una convención de coordinación. De acuerdo con una caracterización así, los jueces, en sus funciones de identificación y aplicación de las normas jurídicas, se sienten obligados a utilizar ciertos criterios porque es una expectativa común que sus colegas harán lo mismo. En otras palabras, la conformidad ajena es parte de la razón que cada juez tiene para utilizar ciertos criterios y no otros al identificar y aplicar las normas legales. Además, se entiende que justo estas tareas de identificación y aplicación de normas legales, son esencialmente instancias de lo que Lewis llamaba problemas de coordinación¹⁷⁴.

Por otro lado, las reglas de reconocimiento, aunque convencionales, pueden ser más bien constitutivas de la práctica jurídica. Según Marmor, más que resolver el problema de coordinación que sugiere la identificación y aplicación de normas, las reglas de reconocimiento establecen qué cuenta como derecho al interior de una sociedad, tal y como las reglas del ajedrez constituyen la práctica de jugar ajedrez. Las reglas de reconocimiento en un enfoque como éste no están ahí para coordinar el comportamiento de los jueces, si no para permitirles identificar el tipo de acciones que les son requeridas si es que desean formar parte de la práctica jurídica.

¹⁷³ En sentido estricto, incluso una caracterización de la regla de reconocimiento como regla social (y no convencional) podría ser suficiente para satisfacer el tercer requisito. La regla de reconocimiento, tal y como Hart la había presentado en *The Concept of Law*, tenía la función de explicar la validez en el derecho apelando a un hecho no jurídico: la existencia de una regla social que los servidores públicos aceptaban y usaban al identificar y aplicar las normas legales.

¹⁷⁴ Como dijimos en el capítulo I, el texto de David Lewis que ha servido de inspiración a varios autores convencionalistas es *Convention. A Philosophical Study*.

Podemos observar que, aunque de formas distintas en los detalles, proveer una explicación de la validez en el derecho ha sido una preocupación a la que el convencionalismo jurídico ha intentado dar respuesta de manera constante. Debe ser claro que las teorías convencionalistas cumplen con cada uno de los requisitos impuestos por una descripción mínima del problema como la que hemos sugerido.

3.5 LA TEORÍA INSTITUCIONAL DEL DERECHO Y EL PROBLEMA DE LA VALIDEZ JURÍDICA

El propósito de esta sección es dar respaldo a la afirmación de que el institucionalismo jurídico, al menos en la versión presentada por Neil MacCormick, caracteriza a la validez en términos convencionalistas. En otras palabras, intentaremos mostrar que la teoría institucional del derecho adopta una estrategia convencionalista al satisfacer los tres requisitos que, hemos dicho, son necesarios a cualquier explicación de la validez en el derecho.

Recordemos que para el institucionalismo el derecho es un *orden normativo institucional*. Los órdenes normativos son prácticas sociales en las que la conducta de la gente es guiada por estándares que señalan los patrones de comportamiento que deben o no realizarse (normas), y en las que existe un grado de coincidencia mínima suficiente de opinión acerca de lo que es correcto (o no) hacer de acuerdo con dichos estándares. Además, según MacCormick, estas prácticas pueden estar ordenadas (como opuesto a ser arbitrarias). Las prácticas normativas adquieren este carácter de ordenación en virtud de que el comportamiento de sus miembros es guiado por normas, y de la creencia común de que todos harán más o menos lo mismo.

Los órdenes normativos, según la teoría institucional del derecho, pueden ser o bien formales, o bien informales. Para MacCormick, los ordenamientos informales coinciden con las convenciones. Con precisión, MacCormick describe a las convenciones como las normas implícitas que dan estructura a las prácticas normativas de este tipo. Estas normas son implícitas en el sentido de que carecen de una formulación precisa, producida por un acto de autoridad. Además, no existen autoridades encargadas de supervisar, dirigir y sancionar su cumplimiento. Por último, la Teoría Institucional del Derecho señala que cualquier esfuerzo por formular normas implícitas será interpretativo dado que cada participante está igualmente legitimado para defender su propia formulación.

La transición de la informalidad a la formalidad, o en otras palabras de las prácticas convencionales a las institucionales, tiene que ver con la forma en la que están organizadas. A diferencia de las informales, las prácticas formales se organizan autoritativamente, es decir, poseen un sistema explícito de reglas y autoridades que las regulan. En los ordenamientos institucionales las reglas han sido previamente promulgadas por una autoridad competente, por lo que poseen una formulación explícita. La autoridad, además, está encargada de supervisar la aplicación y cumplimiento de las normas, así como de la forma correcta de interpretarlas¹⁷⁵.

Decir que el derecho es una práctica normativa constituida por un conjunto de reglas explícitas y autoridades institucionales conduce inmediatamente a la necesidad de plantear una pregunta como la sugerida por Scott Shapiro en la llamada paradoja de la posibilidad. Aparentemente, toda afirmación sobre la existencia de instituciones debe ir acompañada de una descripción de las reglas capaces de generar institucionalidad¹⁷⁶. El mismo MacCormick parece reconocer esto aunque su formulación es ciertamente distinta. Según él, enfrentamos una paradoja cuando afirmamos que la constitución de un Estado es el mejor lugar para encontrar el establecimiento de un sistema de

¹⁷⁵ MacCormick sostiene que la existencia de reglas institucionales supone también una diferencia al nivel de la interpretación con respecto a las normas convencionales. Mientras en los ordenamientos informales, la interpretación se lleva a cabo con cada intento de formulación de una norma convencional y se hace en atención al propósito de la práctica, en los órdenes formales solo es necesario interpretar cuando surgen dudas acerca de la aplicación correcta de una regla, y se hace en primer lugar elucidando el alcance de las palabras en las que la regla está redactada. (Ver MacCormick 2007, capítulos 2 y 3).

¹⁷⁶ Que la institucionalidad de un sistema jurídico es una cuestión de reglas, es algo que parece haber demostrado Hart como consecuencia de sus objeciones a la crítica de la teoría del mandato. Esto se puede ver en Hart (1994, capítulos 2, 3 y 4) y Marmor (2011, capítulo 2).

división de poderes y de pesos y contrapesos¹⁷⁷ al interior de cualquier sistema de derecho doméstico¹⁷⁸. La paradoja puede ser formulada de la siguiente manera “[q]uien sea que asuma el poder constituyente para constituir un estado tiene que presuponer que de hecho es ya miembro del estado que constituye”¹⁷⁹. Aunque no es del todo claro al explicar en qué consiste exactamente este problema, MacCormick parece sugerir que para promulgar normas es necesario estar facultado. Por supuesto, aquello que muestra la complejidad de la paradoja es que la norma de cuya promulgación se habla es la constitución misma. Sobra decir que para una teoría como el institucionalismo jurídico la constitución es la norma fundamental de cualquier sistema legal (doméstico). Para entender mejor este problema es útil revisar la descripción de la validez jurídica propuesta por MacCormick.

3.5.1 El poder jurídico en la teoría institucional del derecho

En el capítulo VIII de *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*, MacCormick introduce un análisis de la validez en el derecho basado en un estudio de los poderes jurídicos. En términos generales, afirma que la validez tiene que ver con la existencia de cualquier tipo de norma institucional. Con mayor precisión, MacCormick sostiene que la validez de cualquier acto jurídico está dada por el cumplimiento de las condiciones de corrección y éxito en el ejercicio de un poder (legal).

Los poderes, en general, denotan la capacidad de una persona (o un grupo de personas) para afectar, a través de ciertas decisiones, los intereses de otra (u otras) incluso en contra de su consentimiento. Según MacCormick, esta afectación en los intereses personales es un factor dentro del razonamiento práctico. Esto es, dado que las personas regularmente actúan, y adquieren razones para actuar, sobre la base de sus intereses, y dado que el poder es una forma de afectar unilateralmente esos intereses, se sigue que el poder afecta las acciones de las personas, afectando las razones que tienen para actuar. En otras palabras, decimos que una persona tiene poder sobre otra si tiene capacidad para incidir en sus acciones, imponiendo en ella razones para la acción que de otra forma no existirían, a través de la afectación de sus intereses con consentimiento o sin él. MacCormick llama poder interpersonal (interpersonal power) a este tipo de capacidad.

No obstante, cuando se trata de ordenamientos normativos, nos interesa algo más que la sola capacidad de alguien para cambiar los intereses de otros, nos interesa que esos cambios tengan que ver con lo que es correcto o incorrecto hacer. Para MacCormick el poder normativo (normative power) es una forma especial del poder interpersonal. Esto es, alguien posee poder normativo cuando tiene la capacidad para cambiar las formas correctas o incorrectas de actuar dentro de un ordenamiento particular, o la capacidad para alterar la manera en la que es posible hacer esos cambios. En otras palabras, el poder normativo es “la capacidad de tomar decisiones que

¹⁷⁷ Recordemos que para MacCormick, entre las instituciones que integran un sistema jurídico se encuentran las llamadas agencias institucionales. En términos muy generales, las agencias institucionales son grupos de personas dedicados a llevar a cabo las tareas de administración y aplicación de reglas que requiere todo orden normativo institucional. Para llevar a cabo estas tareas con eficiencia es necesario proveer un sistema que señale una división de las funciones particulares encomendadas a cada agencia (división de poderes), así como un sistema que asegure que ninguna de ellas desempeñará su función en detrimento de las demás (sistema de pesos y contra pesos). En el caso del derecho municipal contemporáneo, las agencias institucionales adoptan la forma de lo que comúnmente ha sido llamado poder ejecutivo, legislativo y judicial. Para una caracterización completa de las agencias institucionales ver MacCormick (2007, capítulo 2).

¹⁷⁸ El derecho internacional según MacCormick es distinto en el sentido de que, normalmente, se estructura a partir de convenciones que los estados ratifican y no a través de constituciones. (Ver MacCormick 2007, capítulo 3).

¹⁷⁹ MacCormick (2007, 45).

cambian lo que una persona debe o no hacer, puede o no hacer, o lo que está facultado o no para hacer, dentro de los márgenes de un orden normativo”¹⁸⁰.

El poder jurídico es una especie del poder normativo. De acuerdo con la teoría institucional del derecho, es una obviedad acerca de los sistemas legales que, además de imponer obligaciones, confieren poderes¹⁸¹. Estos poderes pueden ser privados o públicos. Los poderes privados son ejercidos por personas privadas y los públicos por las personas que detentan algún cargo oficial¹⁸². De acuerdo con el institucionalismo, el poder jurídico es la capacidad conferida jurídicamente para alterar las situaciones y relaciones legales de las personas. En otras palabras, el poder jurídico es la capacidad para generar cambios en el estatus legal de alguien. Según MacCormick, tales cambios son resultado de llevar a cabo determinadas acciones prescritas por las leyes que confieren poderes (power-conferring laws). Es decir, un acto es jurídicamente válido si uno actúa de conformidad con las prescripciones legales y, si un acto es válido, entonces normalmente se genera un cambio en la situación jurídica de alguien. El poder jurídico altera la conducta de las personas en el sentido de que indica lo que debe ser hecho a fin de ser ejercido y así generar los cambios deseados. Los ejercicios válidos de poder consiguen con éxito generar cambios de algún tipo en la situación legal de las personas que de otro modo no podría tener lugar. Por otro lado, los ejercicios inválidos generan la ineffectividad del acto o al menos su imperfección, y con ello el fracaso en la generación de cambios en el estatus legal.

Para el institucionalismo jurídico existen ciertas circunstancias a las que cualquier ejercicio válido de poder jurídico debe atender. Es decir, los actos capaces de generar cambios en el estatus jurídico de las personas poseen los siguientes elementos:

- (a) Las personas que habrán de ejercitar un poder.
- (b) La capacidad o competencia que les es requerida para ello.
- (c) Las circunstancias bajo las cuales el ejercicio del poder es exitoso.
- (d) Las circunstancias cuya ausencia es necesaria.
- (e) Los posibles procedimientos y formalidades requeridas.
- (f) Las acciones particulares a llevarse a cabo.
- (g) Las personas con relación a las cuales habrá de ejercerse el poder.
- (h) Su capacidad.

¹⁸⁰ MacCormick (2007, 154). Es conveniente aclarar que el poder normativo es distinto al poder de hecho (in fact-power), pues no sólo se trata de la capacidad de alguien para afectar las acciones de otros, sino de la capacidad de llevar a cabo esa afectación en relación con el juicio de corrección.

¹⁸¹ Según MacCormick, debemos a la teoría de Hart, la argumentación más influyente en favor de esta obviedad. (Ver MacCormick 2007, 155).

¹⁸² Los poderes públicos por excelencia según MacCormick son los que tienen que ver con la creación y aplicación de leyes. Para ver una caracterización completa de los poderes públicos en el derecho consultar MacCormick (2007, capítulo 10).

(i) El cambio jurídico que habrá de surgir ante el ejercicio exitoso del poder.¹⁸³

Las condiciones (a) y (b) tienen que ver con los atributos requeridos para tener y ejercitar poderes jurídicos. En relación con los poderes privados, las personas deben poseer ciertas características como edad, ciudadanía, capacidad mental, etc. Los poderes públicos dependen de la posesión de una competencia particular, competencia que viene dada por la asignación de un cargo legalmente definido. La validez de los ejercicios de poder por parte de servidores públicos depende de la validez de su nombramiento. Es conveniente aclarar desde ahora que el ejercicio de poderes públicos implica el ejercicio de autoridad, pues involucra la afectación de la situación jurídica de las personas sin tomar en cuenta su consentimiento.

Las condiciones (c) y (d) tienen que ver con el (los) acto(s) de cuya realización depende el ejercicio de un poder. En particular tiene que ver con ciertas solemnidades o formalidades que el procedimiento de ejercicio de un poder jurídico puede exigir.

(g) y (h) tienen que ver con el hecho, particularmente importante respecto al ejercicio de poderes privados, de que las personas en relación con las cuales se ejerce poder deben poseer ellos mismos ciertas capacidades. Uno no puede, por ejemplo, celebrar válidamente ciertos contratos con gente discapacitada mentalmente. Los poderes públicos por el contrario no requieren usualmente la participación de aquellos cuya situación jurídica será alterada, y por ello son indiferentes a sus capacidades, lo cual no significa que no sean relacionales¹⁸⁴.

En pocas palabras, el ejercicio de un poder jurídico requiere que las personas posean una cierta capacidad o competencia, para llevar a cabo determinados actos, siguiendo un procedimiento específico, y bajo la presencia y/o ausencia de ciertas circunstancias.

De acuerdo con MacCormick, es común que en la práctica jurídica los cambios legales surgidos a partir de ejercicios válidos de poder sean el resultado particular de la creación de algún tipo de arreglo institucional¹⁸⁵. Afirma que, con regularidad, los poderes jurídicos sirven de hecho para crear dichos arreglos, los cuales son instancias particulares de instituciones generales abstractas como el matrimonio, los testamentos, etc., en el caso del derecho privado, y la legislación, la adjudicación, etc., en el caso del derecho público. Cada vez que dos personas contraen matrimonio, forman un arreglo institucional que altera la situación jurídica de cada una, imponiendo en ellas derechos y obligaciones que de otra forma no existirían. Algo similar ocurre con cada ocasión en la que un parlamento promulga leyes nuevas. Según MacCormick, son justamente estos arreglos particulares los que son válidos y capaces de heredar esa propiedad de validez a las reglas que siguen de su formación. De esta manera, el

¹⁸³ Con mayor precisión MacCormick sostiene que "The conditions of legal empowering are always in some measure complex, and in each case must cover the following elements:

- (a) What person or persons, having
- (b) either what active capacity or what competence based on some position or appointment,
- (c) in what required circumstances, and
- (d) in the absence of what vitiation circumstances or factors,
- (e) by what if any special procedures or formalities, and
- (f) by what act
- (g) in respect of what if any other persons
- (h) having what general capacity
- (i) can validly bring about a certain legal change?"

MacCormick (2007, 156).

¹⁸⁴ Los poderes públicos son relacionales en el sentido de que, a pesar de no haber participado de manera activa en su ejercicio, los efectos que surtirán afectarán los intereses de los ciudadanos; es decir, están relacionados con ellos. (Ver MacCormick 2007, capítulo 10).

¹⁸⁵ Como vimos en el capítulo 2, los arreglos institucionales son los actos jurídicos particulares instancias de las instituciones jurídicas en sentido general. Para una descripción completa ver MacCormick (2007, capítulo 2).

institucionalismo afirma haber superado una incorrección presente en la teoría de Hart. Es falso que para explicar los poderes jurídico debamos concentrarnos simplemente en las reglas singulares de los ordenamientos. Aunque es cierto que la creación de poderes jurídicos descansa en última instancia en las leyes, también es cierto que la creación de arreglos institucionales es la que dota a las personas de la capacidad de cambiar sus situaciones legales y en ocasiones la de los demás.

Si es cierto que los arreglos institucionales son la clave para entender los poderes jurídicos, y es cierto que tales arreglos son instancias particulares de las instituciones generales que integran los ordenamientos legales, no parecería extraño afirmar que la explicación del poder en el derecho no puede ser indiferente a la de las instituciones (generales). Si por otro lado, el poder jurídico es clave para entender qué actos son válidos, entonces parece que dichas instituciones son también pieza fundamental en cualquier explicación de la validez en el derecho. En pocas palabras, parece que para explicar la validez de los arreglos institucionales es necesario explicar antes la validez de esas instituciones generales de las que son instancia.

No parece haber nada de extraño en afirmar que, al final, son las instituciones relacionadas con las tareas de creación y aplicación/ejecución de leyes las que resultan más fundamentales según el proyecto institucionalista. Como hemos observado, el mismo MacCormick reconoce esto, afirmando además que es la constitución de los estados el lugar idóneo para encontrar el establecimiento de los procesos que marcan las condiciones de éxito de ejercicios de poder capaces de dar lugar a arreglos institucionales que modifican el estado jurídico de las personas sometidas a la autoridad estatal relacionados con estas tareas. Es decir, que la constitución es el lugar donde se encuentran las instituciones de derecho público (relacionadas con la creación y aplicación de leyes) de las que se deriva la validez de otras instituciones de derecho privado (como el matrimonio) y público (como la imposición de impuestos), y de todo arreglo institucional (público y privado).

Ahora estamos en condiciones de formular la paradoja mencionada anteriormente por MacCormick con mayor claridad. Si suponemos que la constitución de un estado es la fuente de validez de cualquier ejercicio de poder jurídico, y el acto de una(s) persona(s) de crear una constitución es un ejercicio de poder jurídico válido, parece que la constitución debió haber sido promulgada antes de ser promulgada, debió haber sido válida antes de ser válida. MacCormick responde de manera más o menos explícita a esta paradoja adoptando una explicación convencionalista.

3.5.2 La teoría institucional del derecho y la validez jurídica

De acuerdo con el institucionalismo la validez tiene que ver con las condiciones que cualquier norma institucional debe satisfacer para existir. Es decir, con las condiciones de éxito y corrección en el ejercicio del poder jurídico. Cualquier contrato es válido si las partes han llevado a cabo correctamente todas las acciones requeridas por las reglas del ordenamiento que regulan tal institución. De igual modo, un presupuesto de egresos es válido, si el departamento estatal facultado para ello ha seguido los procedimientos establecidos en su promulgación. Para valorar la validez o invalidez de cualquier acto en el derecho se debe observar la satisfacción o no de las condiciones previamente estipuladas que gobiernan el ejercicio del poder jurídico capaz de generarlo.

MacCormick es enfático al afirmar que la validez es un fenómeno distinto al de la fuerza vinculante. Textualmente afirma que "poseer fuerza vinculante no es, sin embargo, la misma cosa que ser válido, sino una de las consecuencias de la validez. Es gracias a que un contrato es válido, que las partes están obligadas a cumplir con sus respectivas obligaciones."¹⁸⁶ Como podemos observar, la fuerza vinculante que poseen los actos jurídicos se sigue de su validez, pero no es idéntica. En sentido estricto, se sigue de la existencia de un arreglo institucional al haber sido cumplidas todas las condiciones estipuladas para el ejercicio exitoso de un poder.

¹⁸⁶ MacCormick (2007, 161).

Como sea, para el institucionalismo hay escenarios dentro de la práctica jurídica en los que la fuerza vinculante de ciertos actos no es resultado de la existencia de arreglos institucionales particulares. Tal es el caso de las constituciones. La fuerza vinculante que posee una constitución no se sigue, según MacCormick, de su aspecto formal si no de su carácter funcional. Para entender mejor esta afirmación, es necesario revisar, aunque no de forma exhaustiva, la manera en la que MacCormick concibe a las constituciones.

Es una obviedad, según la teoría institucional del derecho, que todos los estados tienen constituciones. Las constituciones, hemos dicho, son el lugar idóneo para encontrar los mecanismos de división de poderes y pesos y contrapesos que indican la manera en la que las funciones y poderes de las agencias institucionales han de administrarse en relación con sus tareas de creación y aplicación de leyes.

Siguiendo a Hans Kelsen, MacCormick afirma que para explicar el carácter vinculante de toda constitución es conveniente apelar a la existencia de una norma básica. Con mayor precisión, MacCormick sostiene que, a fin de dar sentido a la forma en la que el acto de promulgación de una constitución por parte de un sujeto constituyente puede llegar a ser normativo (vinculante), es útil suponer que ese sujeto cuenta con autoridad. En pocas palabras, suponer que el constituyente tiene autoridad nos permite explicar por qué la constitución posee fuerza vinculante. Claramente, no es necesario que esta autoridad sea positiva, es decir, no es necesario que haya sido establecida previamente por alguna regla. El sujeto constituyente debe actuar como si de hecho poseyera la autoridad para promulgar una constitución, como si la constitución que está siendo creada fuera de hecho a convertirse en el fundamento normativo eficaz de la actividad estatal.

Una constitución es eficaz, si de hecho es tratada como si existiera la obligación de obedecerla. Si es eficaz, los servidores públicos ejercerán la coerción estatal solamente en las formas provistas por la constitución. Lo anterior conduce a MacCormick a afirmar que “cada constitución estatal está respaldada por una ‘norma básica’ o Grundnorm presupuesta, en todos esos estados en los que hay un orden normativo efectivo basado en una constitución”¹⁸⁷.

Es importante notar que si esto es correcto, entonces parece cierto que la existencia de una constitución no es una cuestión primordialmente formal. Es decir, no es una cuestión que tenga que ver con la adopción de un documento positivo. MacCormick sostiene que aquello que es esencial a la existencia de cualquier constitución es su funcionalidad. Esto es, la capacidad de la constitución para generar conductas a través del tiempo de parte de los actores políticos, en consonancia con las normas que contiene. Formalmente, dice MacCormick, las constituciones son textos promulgados en un momento y por un sujeto históricos, y adoptados como tal (como constituciones) por los ciudadanos. Funcionalmente, las constituciones son la fuente de las normas que de hecho siguen aquellos que desempeñan un cargo público especificado por las constituciones mismas.

Es preciso subrayar que, para la teoría institucional del derecho, el carácter funcional de una constitución es genuinamente observable. Es decir, que de la existencia de una constitución funcional se sigue que cualquier observador externo podría apreciar que son las normas contenidas en ella las que efectivamente guían la conducta de los servidores públicos. En otras palabras, que observar el comportamiento de los servidores públicos es el medio a través del cual podemos identificar a la constitución funcional de un estado. Esto es justamente lo que parece proponer MacCormick cuando sostiene que “Solamente alguien que busca entender la conducta normativa [...] puede decir si una constitución formal es también funcional en la vida de un estado, sus servidores públicos y sus ciudadanos”¹⁸⁸.

Para ser una constitución genuina, cualquier constitución formal debe también ser, al menos en cierta medida, una constitución funcional; de otro modo la constitución no es más que un simple acto de simulación.

¹⁸⁷ MacCormick (2007,46).

¹⁸⁸ MacCormick (2007, 46).

Hasta aquí debe ser claro que de acuerdo con el institucionalismo jurídico los ordenamientos legales obtienen su carácter institucional gracias a la adopción de una constitución, que dicha constitución establece las agencias básicas de gobierno, al tiempo que les asigna poderes. Debe ser claro también que para entender dichas agencias hay que observar sus funciones y la manera en la que asignan cargos a los funcionarios que las integran. Además, debe ser claro que debemos entender a todas las constituciones funcionalmente y en consecuencia que, aunque es común que las constituciones sean expresadas en documentos explícitos adoptados en actos constitutivos, las constituciones formales tienen también que ser funcionales¹⁸⁹.

El último elemento dentro de la descripción de las constituciones sugerida por MacCormick que deseamos resaltar es que “[u]na norma de la costumbre o convencional básica es el fundamento normativo necesario de toda la estructura *normativa institucional de un sistema jurídico de derecho municipal*.”¹⁹⁰ Es en este punto donde parece estar la clave para entender el fenómeno de la validez jurídica de acuerdo con la teoría institucional del derecho.

Según MacCormick, de afirmar que el elemento esencial en la existencia de una constitución es el hecho de que los servidores públicos efectivamente guían su conducta de acuerdo con las normas contenidas en ella, se sigue que la base última de normatividad de todo sistema legal no puede ser otro si no la adopción de una regla convencional consuetudinaria. Esto es así ya que al actuar de conformidad con la constitución, ningún poder institucional previamente conferido está siendo ejercitado. El carácter funcional de cualquier constitución no representa un ejercicio de poder institucional porque, recordemos, para ello tendría que ser resultado de la satisfacción de las condiciones de validez especificadas por alguna norma del ordenamiento, mas esa norma simplemente no existe según la teoría institucional del derecho.

En sentido estricto, el institucionalismo acepta que las constituciones son el fundamento normativo institucional de cualquier orden jurídico. Acepta además que la conducta actual de los servidores públicos de seguir una constitución es más fundamental que la adopción de un texto positivo. Dado que este carácter funcional de las constituciones no es resultado del ejercicio válido de ningún poder previamente establecido, el institucionalismo afirma que debe ser consecuencia de la existencia de una norma convencional. En pocas palabras, la teoría institucional del derecho defiende que en todo sistema legal existe entre los servidores públicos la norma no institucional de seguir las reglas que contiene la constitución y que esa norma es el fundamento normativo de todo el ordenamiento.

En apoyo de lo anterior MacCormick sostiene expresamente que “La observancia consuetudinaria de una norma no institucionalizada y no postulada de que la constitución debe ser respetada por esos que ocupan cargos públicos por ella definidos es lo que da a cada constitución su carácter vinculatorio y garantiza la existencia de una constitución funcional”.¹⁹¹ Es más, MacCormick enfatiza el punto cuando afirma que “[c]ualquier orden normativo formal descansa en un fundamento consuetudinario, es decir, en un ordenamiento normativo informal.”¹⁹²

Aunque lo dicho hasta ahora es suficiente para mostrar que el institucionalismo se compromete con una explicación convencionalista del fundamento de la normatividad en el derecho, podría ser conveniente preguntarnos si este compromiso es necesario, o si es posible encontrar una interpretación alternativa capaz de desvincular a la teoría institucional del derecho de la tesis convencionalista. La pregunta es importante ya que en caso de no hallar una respuesta afirmativa parecería que, por lo menos respecto al problema de la validez jurídica, el institucionalismo estaría fracasando en encontrar un espacio propio dentro de la esfera del positivismo legal contemporáneo. Cabe

¹⁸⁹ MacCormick (2007, 49).

¹⁹⁰ MacCormick (2007, 49).

¹⁹¹ MacCormick (2007, 161, 162).

¹⁹² MacCormick (2007, 162).

señalar que presentarse como una teoría original y distinta de otras teorías positivistas era una de las pretensiones iniciales del institucionalismo jurídico¹⁹³.

Para encontrar una interpretación alternativa como la requerida, es necesario señalar una fuente distinta de la normatividad de la constitución que sea compatible con las otras afirmaciones defendidas por la teoría. Desafortunadamente para el institucionalista, suponer que existe otra forma de explicar la normatividad de una constitución diferente a la presencia de una norma convencional conduce a un dilema. O bien el derecho no es normativo, o bien la distinción entre ordenamientos formales e informales no es exhaustiva respecto de la normatividad.

Supongamos que el fundamento normativo de una constitución no es una norma convencional. Al parecer, la única opción abierta para la teoría institucional del derecho, dada su caracterización de los órdenes normativos, sería señalar a una regla institucional como fundamental. Desafortunadamente, la única regla institucional que podría jugar ese papel es la constitución misma, pues como hemos visto, ser la regla institucional fundamental de todo ordenamiento jurídico es justamente el papel que juega cualquier constitución. Suponer que existe otra regla institucional más fundamental parece conducir al institucionalismo a la necesidad de abandonar por completo la manera en la que caracteriza a las constituciones. Evidentemente, sostener que la constitución es fuente de su propia normatividad conduce a circularidad. Así, este cuerno del dilema implica que, a fin de preservar su definición de las constituciones y evitar circularidad, el institucionalismo debe suponer que en el dominio de la normatividad no sólo existen ordenamientos formales e informales sino, por lo menos, una tercera alternativa, y que es ahí donde se encuentra el fundamento de la normatividad del derecho.

Por otro lado, si el institucionalista insiste en conservar la tesis de que los ordenamientos formales e informales agotan el dominio de lo normativo, entonces se vuelve necesario para él aceptar que las constituciones jurídicas carecen de fundamento alguno. Si suponemos que la norma fundamental no es convencional y aceptamos que, como hemos visto, tampoco puede ser institucional, y además sostenemos que no existe una tercer categoría dentro del dominio de lo normativo, entonces tal fundamento no puede existir. No parece exagerado sostener que de esta ausencia de una norma fundamental, se sigue la imposibilidad de explicar la normatividad del ordenamiento jurídico completo. ¿En qué sentido podríamos decir que es jurídicamente incorrecto defraudar a nuestros acreedores, si la norma que impone la prohibición de hacerlo fue aprobada por una autoridad y mediante un procedimiento establecidos en un documento que no orienta la conducta de esa misma autoridad? En pocas palabras, si el carácter vinculante de una constitución no está anclado en una norma convencional, y además la normatividad se agota en reglas institucionales y normas convencionales, es imposible encontrar un fundamento normativo al sistema jurídico que no implique circularidad o contradicción.

Así, si es cierto que las constituciones son la regla institucional fundamental de todo ordenamiento legal, y si es cierto que la constitución no puede ser la fuente de su propia normatividad, entonces o bien el fundamento de la normatividad de toda constitución es una norma convencional, o bien es imposible para la teoría institucional del derecho afirmar la conjunción de las siguientes dos tesis: 1) que los ordenamientos jurídicos son normativos y 2) que la normatividad está dada exclusivamente o bien por normas convencionales, o bien por reglas institucionales. Puesto que estas dos tesis parecen jugar un papel fundamental dentro de la teoría institucional del derecho, no resulta exagerado afirmar que el institucionalismo está comprometido necesariamente con una explicación convencionalista acerca del fundamento de la normatividad jurídica.

Claramente, un argumento como el anterior supone que, para evitar la llamada falacia de Hume, el fundamento del derecho en tanto orden normativo no puede ser un hecho. En otras palabras, el argumento asume que ya sea

¹⁹³ Claramente nuestro compromiso aquí es más bien modesto. No negamos al institucionalismo la posibilidad de presentarse como una teoría radicalmente distinta y original respecto de otras teorías positivistas en términos generales. Lo que afirmamos es que la teoría carece de originalidad, en particularidad frente al convencionalismo, al enfrentar el problema de la validez jurídica.

convencional, institucional, o de cualquier otra especie, a la base de la normatividad jurídica no puede encontrarse más que un enunciado acerca de lo que es correcto o incorrecto hacer.

3.5.2.1 Una concepción mínima de la validez jurídica de acuerdo con el institucionalismo

Conviene aclarar que, en sentido estricto, apelar a la existencia de una norma convencional según la cual se debe observar la constitución, tiene como propósito explicar la normatividad de los ordenamientos jurídicos y no su validez. Hemos señalado el énfasis con el que MacCormick asegura que la normatividad (fuerza vinculante) y la validez son dos propiedades distintas que pueden poseer las reglas institucionales. Sin embargo, ¿sería correcto decir que de esto se sigue que la teoría institucional del derecho es incapaz de explicar la validez jurídica o al menos aquello que la fundamenta? Ciertamente no. Existen al menos tres formas, aunque no todas plausibles, de dar sentido desde la teoría institucional a la preocupación por la validez y su fundamento.

La primera, consiste en afirmar que el institucionalismo utiliza dos conceptos de validez jurídica. Cuando atribuye la propiedad de validez a las normas institucionales no constitucionales, el institucionalismo refiere a la propiedad de pertenencia a un sistema, mientras que al cuestionarse por la validez de la constitución adopta lo que antes hemos denominado el sentido normativo. En otras palabras, la validez de la constitución refiere a su fuerza vinculante, mientras que la validez del resto de normas que integran el ordenamiento refiere a su existencia dentro del sistema.

Hemos dicho que optar por una opción u otra no es algo desconocido dentro del positivismo contemporáneo. Sin embargo, sería particular del institucionalismo echar mano de ambas concepciones. Es decir, aunque algunas teorías positivistas adoptan el concepto de validez como pertenencia y otras su sentido normativo, la teoría institucional del derecho sería probablemente la única en utilizar ambos¹⁹⁴.

Además de que una solución como ésta resulta claramente ad hoc, parece desvirtuar por completo la afirmación explícita de MacCormick de que, además de ser distintas, entre la validez y la fuerza normativa existe una relación causal. Recordemos que, para la teoría institucional del derecho, la fuerza normativa de los actos jurídicos es una consecuencia de su validez¹⁹⁵. Aceptar que, cuando se trata de la constitución, la validez refiere a la fuerza normativa, borra por completo una afirmación así. Es imposible sostener que la validez causa la fuerza normativa, si la validez debe entenderse como fuerza normativa. Con precisión lo que es imposible es sostener que hay dos objetos y que uno causa al otro, pues si la validez es la fuerza normativa, nos encontramos frente a uno y el mismo objeto. Aunque difícil de ver, parece posible que un objeto pueda ser su propia causa¹⁹⁶; no obstante, la afirmación de MacCormick parece implicar la existencia de dos objetos u estados de cosas: un acto jurídico que ha sido producido mediante un ejercicio exitoso de poder, y los derechos y obligaciones que le siguen. Es en este sentido que afirmar que validez y la fuerza normativa se identifican, contradice la afirmación de que una es causa de la otra.

De hecho, es justamente en esta relación de causalidad donde parece estar la clave para entender la postura institucionalista acerca del fundamento de la validez jurídica. Si es cierto que la constitución es normativa, y es cierto

¹⁹⁴ Es posible interpretar la teoría de Hans Kelsen como si adoptase una concepción de la validez en este sentido. Sin embargo, Autores como Marmor (2011) han señalado que la teoría se ve beneficiada por una interpretación según la cual la validez denota la propiedad de existencia y esta es distinta a la fuerza vinculante, aunque posee un fundamento normativo.

¹⁹⁵ Es importante señalar aquí que el alcance de nuestra afirmación y de la afirmación de MacCormick está restringido al contexto jurídico. Es decir, MacCormick sostiene que la fuerza vinculante de una norma es causada por su validez en relación exclusivamente con las normas de derecho. Sobre otros contextos como la moralidad este compromiso no es explícito. Esto es, la teoría institucional del derecho es compatible con la afirmación de que la fuerza vinculante propia de las normas morales no es causada por alguna concepción particular de validez.

¹⁹⁶ Ejemplos pueden ser el motor inmóvil de Aristóteles y Dios en la teoría de Santo Tomás de Aquino. Ver Aristóteles (1994, libro XII) y Aristóteles (2012, Libro VIII), y Tomás de Aquino (1959, Quinque Viae).

que la normatividad es causada por la validez, entonces parece que la constitución tiene que ser de hecho válida. Si afirmamos que un estado de cosas A es causa de un estado de cosas B, y afirmamos la presencia de B, parece que tenemos buenas razones para al menos suponer la presencia de A incluso si explícitamente este no es el caso. En otras palabras, parece que al demostrar que toda constitución posee un fundamento respecto de su fuerza vinculante, el institucionalismo nos permite al menos suponer también que posee un fundamento con respecto a su validez.

Una lectura como ésta parece estar en consonancia con la idea institucionalista de que cada sistema jurídico posee una norma básica fundamental y que dicha norma está presupuesta. Es decir, debemos suponer que el acto mediante el cual un sujeto constituyente promulga una constitución es de hecho un ejercicio válido de poder jurídico. El fundamento de la validez de la constitución está dado por dicho ejercicio, aunque nosotros no podamos más que suponer que es así.

Una interpretación así tiene por lo menos dos problemas. El primero, mismo que comparte con la teoría de Kelsen, es que, como vimos siguiendo a Leslie Green, suponer que hay un fundamento último de la validez no nos dice nada aún sobre si dicho fundamento en realidad existe o no. En palabras distintas, una solución así no resuelve el problema, sino que nos invita a dejar de pensar en él. El segundo problema tiene que ver con la manera en la que un fundamento de la validez tal interactúa con la norma convencional que sirve de base a la normatividad de la constitución. Si es cierto que de hecho la constitución de un estado es un documento jurídicamente válido, entonces se sigue que posee fuerza vinculante. Una vez más, recordemos que para MacCormick la fuerza vinculante es una propiedad que las normas institucionales adquieren al ser producto del ejercicio exitoso de un poder jurídico. Si aceptamos que la constitución es exactamente eso (el resultado del ejercicio exitoso de un poder), no haría falta explicar su carácter vinculatorio en términos de una norma convencional. La normatividad de la constitución podría explicarse en exactamente los mismos términos que la de cualquier otra norma del sistema. Claro que en primer lugar habíamos aceptado que la normatividad de la constitución se explicaba atendiendo a un fundamento convencional. Es decir, lo que nos permitía al inicio afirmar que la constitución es normativa es la existencia de una norma convencional. Que la constitución fuera normativa nos llevó a suponer que es válida. Pero suponer que es válida nos explica de una manera distinta su carácter vinculatorio. Aparentemente estamos frente a una contradicción. El fundamento de la normatividad de una constitución es una norma convencional y no es una norma convencional (si no el ejercicio válido de un poder).

Afortunadamente para la teoría institucional del derecho existe una tercera opción. En realidad, esta tercera vía es la que ha adoptado la mayoría de teorías jurídicas de corte positivista en los últimos años. La solución consiste en afirmar que, aunque son propiedades distintas, el fundamento de la validez jurídica es normativo. Una forma distinta de expresar lo anterior es la que utiliza Hart cuando asegura que la regla de reconocimiento no es válida ni inválida respecto del ordenamiento jurídico al que sirve de fundamento. Esto es, aunque la búsqueda por un eslabón último en la cadena de la validez de las normas en el derecho se agota en la regla de reconocimiento, ella misma no es válida, aunque de hecho guía el comportamiento de los servidores públicos. Así, diremos del institucionalismo que, al encontrar un lugar en el cual anclar el carácter vinculatorio de una constitución, ha encontrado también la base de su validez, y con ello la del ordenamiento entero. La norma convencional de los servidores públicos de aplicar las normas que la constitución contiene no solo explica en última instancia por qué existe la obligación entre ellos de obedecerla, sino de donde adquieren últimamente su carácter de validez todas las normas jurídicas.

Aunque ya lo hemos hecho tacitamente, ahora estamos en condiciones de presentar de forma explícita la manera en la que la teoría institucional del derecho responde a nuestro cuestionamiento por una concepción mínima de la validez.

La condición uno de nuestra caracterización pide a las teorías entender a la validez en su sentido normativo, como pertenencia, o ambos. Como hemos mostrado, el institucionalismo es claro en su compromiso con una concepción de la validez como pertenencia. De acuerdo con MacCormick que una norma sea válida significa que

existe al interior de un ordenamiento jurídico particular gracias a que ha sido producida por la satisfacción de las condiciones que regulan el ejercicio de un poder jurídico.

De acuerdo con la condición dos, las teorías deben evitar el problema del regreso al infinito al señalar algún hecho social como fuente última de la validez. Como hemos visto, el institucionalismo apunta hacia la existencia de una norma convencional que existe entre los servidores públicos y que los obliga a actuar de conformidad con las normas contenidas por la constitución.

Por último el requisito número tres pide a cualquier teoría que ese hecho último no sea él mismo jurídico a fin de evitar circularidad viciosa. En el caso de la teoría institucional del derecho es evidente que la norma que se encuentra a la base de la validez no es ella misma jurídica. Como hemos visto, es una característica de las normas que componen el derecho ser institucionales, es decir, poseer un texto explícito y haber sido promulgadas por una autoridad. La norma que sirve de fundamento a la validez del derecho, no posee un texto fijo y mucho menos promulgado por autoridad alguna.

De esta forma podemos ver que el institucionalismo es una teoría jurídica que responde exitosamente al reto planteado por una concepción mínima de la validez en el derecho. De manera poco afortunada para la teoría, su respuesta a este reto nos permite identificarla como parte de la familia de explicaciones que sostienen que a la base de los sistemas jurídicos se encuentra una práctica normativa de tipo convencional. En el caso particular del institucionalismo dicha práctica es la de seguir la constitución por parte de las llamadas agencias institucionales. De ser correcto, lo anterior parece respaldar la afirmación ya de por sí poco controversial de que ha sido el convencionalismo de inspiración hartiana la postura que hoy por hoy domina la esfera positivista al interior del debate acerca de la naturaleza del derecho.

3.5.2.2 *Coordinación o constitución*

Hemos visto que de acuerdo con la teoría institucional del derecho el fundamento de la validez jurídica se explica en términos de una práctica normativa informal (convencional) que existe entre las agencias institucionales encargadas de llevar a cabo las tareas de adjudicación, ejecución, y creación de leyes. Dicha práctica consiste en la aplicación de la constitución estatal. Hemos dicho además que con regularidad las teorías que suscriben una estrategia convencionalista adoptan un enfoque o bien coordinativo, o bien constitutivo, sobre la naturaleza convencional de las reglas fundamentales de todo sistema legal. Si es cierto que el institucionalismo adopta un compromiso convencionalista como ese, parece conveniente preguntarnos qué clase de convencionalismo es exactamente el que suscribe. En otras palabras, conviene preguntarnos si el convencionalismo defendido por la teoría institucional del derecho es coordinativo, constitutivo, o incluso de un tipo distinto y original. Para responder esta pregunta es importante recordar lo que cada uno de estos enfoques sostiene.

Como dijimos antes, las propuestas coordinativas toman como fuente de inspiración la teoría de David Lewis. Posturas de este tipo regularmente definen a las convenciones en los siguientes términos:

Una regularidad R en el comportamiento de las personas de una población P en una situación recurrente S es una *convención* si y sólo si en cada instancia de S

- (1) hay conocimiento común en P de que
 - (a) en P hay conformidad general hacia R;
 - (b) la mayoría de miembros de P esperan que la mayoría de los otros miembros de P actúen de conformidad con R;

(c) casi todos los miembros de P prefieren que todos los demás actúen de conformidad a que no actúen de conformidad con alguna regularidad de comportamiento en S, dada la conformidad general hacia tal regularidad;

(d) casi todos los miembros de P prefieren que exista conformidad general hacia alguna regularidad de comportamiento a que no exista conformidad general (i.e. conformidad general hacia la no regularidad);

(2) parte de la razón que tienen los miembros de P para actuar de conformidad con R en S es que se cumplen las condiciones 1a-1d.¹⁹⁷

Por otro lado, quienes conciben a las reglas fundamentales de un sistema legal como convenciones constitutivas sostienen que:

Una regla, R, es convencional, si y sólo si, se cumplen todas las condiciones siguientes:

1. Existe un grupo de gente, una población, P, que normalmente sigue R en las circunstancias C.
2. Existe una razón, o un conjunto de razones, llamémosle A, entre los miembros de P para seguir R en las circunstancias C.
3. Existe por lo menos otra regla posible, S, tal que si los miembros de P hubiesen actuado de hecho de conformidad con ella en las circunstancias C, entonces A habría sido una razón suficiente para los miembros de P para seguir S en lugar de R en las circunstancias C, al menos parcialmente, porque S es la regla generalmente seguida en lugar de R. Las reglas R y S son tales que es imposible cumplir con ambas en circunstancias C.¹⁹⁸

Claramente, el institucionalismo jurídico no se ocupó de llevar a cabo un análisis de la convencionalidad tan minucioso como cualquiera de éstos dos (al menos no explícitamente). Sin embargo, sería un error considerar que la teoría institucional no provee una caracterización suficiente de la naturaleza convencional de la regla encargada de fundamentar la validez en el derecho. Como hemos mencionado en repetidas ocasiones, las reglas convencionales se identifican según MacCormick por carecer de un texto y un modo de aplicación autoritativos. Además, sabemos que las convenciones son normas, es decir, proposiciones que orientan nuestro juicio sobre lo que es correcto hacer o no hacer. Por pertenecer a la esfera de lo normativo también sabemos que las convenciones pretenden ser guías para la acción y guías de nuestras reacciones ante las acciones ajenas. Sabemos también que existe un grado mínimo de coincidencia entre las opiniones normativas de las personas que actúan guiadas por una regla convencional. Dado que la práctica de las agencias institucionales en un estado de observar la constitución está ordenada, sabemos que existe entre ellas una expectativa mutua o recíproca acerca de la opinión que los otros poseen sobre lo que es correcto hacer. Dicho de otra forma, sabemos que la conformidad ajena es parte de la razón para la conformidad individual. Que la práctica esté ordenada también implica que existe una comunión profunda de ideas subyacentes que orientan su interpretación. Por último, sabemos que las prácticas estructuradas a partir de convenciones son esencialmente interpretativas, es decir, que cualquier intento por formular las reglas que las guían consiste en elucidar el propósito mismo de la práctica y está, en principio, igualmente legitimado que cualquier otro esfuerzo similar.

¹⁹⁷ Ver página 16.

¹⁹⁸ Ver página 21.

Una forma simple de identificar si el compromiso convencionalista adoptado por la teoría institucional del derecho es de tipo coordinativo o constitutivo es sin duda contrastar su caracterización de la norma fundamental de todo sistema legal con las definiciones señaladas arriba.

Comencemos por evaluar esta descripción a la luz de la definición de regla convencional provista por el enfoque coordinativo. Como podemos ver, la condición número uno es epistémica: demanda que exista conocimiento común de una serie de circunstancias. En principio, parece no haber razón para negar que la caracterización institucionalista es compatible con este requisito. Aunque MacCormick no es explícito al respecto, tampoco lo es al negar que el conocimiento común de un conjunto de condiciones entre los miembros de una práctica es una condición necesaria de la convencionalidad. Aparentemente, una interpretación de la postura institucionalista que así lo afirmara resultaría más bien poco caritativa. Parece entonces que los individuos que ocupan un cargo institucional definido por la constitución saben que: 1) los demás (al menos la mayoría) observan también las reglas constitucionales; 2) casi todos tienen una expectativa común de que los demás observen las reglas constitucionales; 3) Casi todos prefieren que los demás sigan las reglas constitucionales a que no las sigan, si es que esa es la constitución de hecho observada; y 4) casi todos prefieren que se actúe de conformidad con alguna regularidad a que no se actúe de conformidad con regularidad alguna. Es fácil además ver como la regla fundamental institucionalista satisface también la condición número dos de la definición: parte de la razón que los funcionarios de un estado tienen para aplicar las reglas constitucionales es que de hecho las condiciones anteriores se actualizan.

De lo anterior, sin embargo, no se sigue aún que la interpretación de la convencionalidad propuesta por la teoría institucional sea coordinativa. Todavía queda por ver si el institucionalismo es compatible con la definición de regla convencional propuesta por el proyecto constitutivista. La primera condición impuesta por la definición demanda que exista un grupo de gente que normalmente siga una regla en determinadas circunstancias. Ciertamente este parece ser el caso respecto de la identificación y aplicación de reglas en los estados constitucionales contemporáneos: los funcionarios aplican las reglas constitucionales para llevar a cabo su función. La condición dos también se satisface, pues entre los funcionarios existe un conjunto de razones para observar la constitución. La condición tres también es satisfecha (aunque no de manera explícita), pues es al menos posible que en lugar de observar una constitución en particular, los funcionarios observasen una distinta.

Que la postura institucionalista sobre los fundamentos del derecho sea compatible con ambas teorías convencionalistas solo es evidencia de que no es necesario postular una tercera vía para explicar la convencionalidad¹⁹⁹. Para que esto fuera el caso la regla fundamental del institucionalismo habría tenido que ser incapaz de satisfacer los requisitos impuestos por ambas definiciones. De dicha compatibilidad tampoco se sigue la imposibilidad de identificar el compromiso convencionalista de la teoría institucional como coordinativo o constitutivo.

Como vimos en el capítulo uno, más allá de las diferencias sugeridas por sus respectivas definiciones el proyecto constitutivista de Andrei Marmor²⁰⁰ pretende distinguirse de los enfoques coordinativos en función de dos argumentos. Según él una concepción constitutiva de la convencionalidad permite resolver dos problemas que surgen con la propuesta coordinativa. El primero tiene que ver con la noción de arbitrariedad. De acuerdo con las posturas de corte lewisiano la arbitrariedad que caracteriza a las convenciones consiste en la indiferencia de los miembros de una práctica para adoptar una u otra norma convencional. Es decir, dado que el interés primario de los participantes es sencillamente coordinar sus acciones a fin de resolver con éxito un problema, no es necesario que muestren preferencia por un curso de acción particular. Para Marmor ésta es una mala descripción de la convencionalidad que caracteriza a las normas fundamentales de un sistema legal. Los participantes de la práctica jurídica no parecen haber elegido con indiferencia la norma que les permite identificar las reglas que han de ser

¹⁹⁹ Con mayor precisión, esta compatibilidad con ambas teorías es un indicador de que el institucionalismo no está proponiendo una manera alternativa de entender a la convencionalidad.

²⁰⁰ Ver capítulo 1.

aplicadas. Según Marmor, es una propiedad de las normas fundamentales de un sistema legal ser arbitrarias en el sentido de que pudieron haber sido distintas; esto es, de que existió una pluralidad de opciones igualmente capaces de satisfacer el mismo propósito, entre las cuales una fue escogida de conformidad con las preferencias de los miembros de la práctica. Sería extraño pensar que la elección de un sistema bicameral o el principio de supremacía constitucional no es consecuencia de un interés particular dada la relevancia social de una decisión así. En pocas palabras, la función de identificación de las reglas jurídicas es de tal relevancia política al interior de las sociedades contemporáneas, que suponer que la elección de la regla maestra en virtud de la cual dicha función habrá de llevarse a cabo no responde a ninguna preferencia es implausible.

El segundo problema señalado por Marmor tiene que ver con la tesis lewisiana de que las convenciones son soluciones a problemas de coordinación recurrentes. En pocas palabras, la objeción de Marmor señala el carácter ficticio que posee una caracterización así de las reglas fundamentales en el derecho. Según él, es misterioso describir a la práctica de identificar y aplicar reglas jurídicas como un problema que pretende ser resuelto mediante la coordinación del comportamiento. Las reglas fundamentales de un ordenamiento legal no surgen para solucionar un problema de coordinación, sino como respuestas a una situación social más compleja. Regularmente, sostiene Marmor, este tipo de reglas surge como consecuencia del compromiso con un cierto *rationale politico*. Con un poco más de precisión, las reglas fundamentales de un sistema legal se originan en atención a un propósito particular moldeado a través de distintos actos políticos.

La diferencia entre los enfoques coordinativos y constitutivos de la convencionalidad parece estar dada entonces por la adopción o rechazo de dos tesis. La primera, que la arbitrariedad que caracteriza a las reglas convencionales se identifica con la indiferencia. La segunda, que las reglas convencionales son y surgen como soluciones a problemas de coordinación. Aparentemente son estos dos elementos la clave para atribuir al institucionalismo un compromiso convencionalista de una u otra forma.

Como era de esperarse, la postura de la teoría institucional del derecho en relación con ambas tesis no es explícita. Por ello, lo que intentaremos a continuación es argumentar en favor de la interpretación de la teoría que consideramos más adecuada a la luz de los criterios de coherencia y simplicidad. De acuerdo con esta interpretación, la teoría institucional da cuenta del carácter convencional de las normas fundamentales en el derecho en términos constitutivos.

Hemos sugerido que para el institucionalismo adoptar una caracterización coordinativa de la convencionalidad implicaría la idea de que la arbitrariedad de las convenciones denota la ausencia de preferencias. En particular, la teoría institucional estaría comprometida con la tesis de que, entre una pluralidad de opciones disponibles, cuando los miembros de la práctica jurídica optan por observar una constitución particular lo hacen con total indiferencia. Aunque esta sea una afirmación que requiere apoyo de evidencia empírica de la que no disponemos, parece plausible aceptar que difícilmente los jueces, legisladores, etc., estarían dispuestos a reconocer que cuando siguen la constitución de sus estados lo hacen en ausencia de preferencias específicas. No resulta tan extraño en cambio pensar que, por ejemplo, el compromiso con ciertos valores (como la libertad, la igualdad, etc.) plasmados en el texto constitucional origina una marcada preferencia entre las agencias institucionales de un estado por una constitución particular. A los jueces mexicanos no parece resultarles indiferente seguir la constitución mexicana o la española (incluso si todos lo hicieran) a la hora de identificar las normas que habrán de aplicar. Esta interpretación parece ser más acorde con los compromisos explícitos del institucionalismo si recordamos que, además de convencional, para esta teoría la norma que guía el comportamiento de las agencias institucionales es también una norma de la costumbre. Difícilmente las personas transforman ciertos estándares de conducta en comportamientos habituales sin de hecho preferirlos sobre otros.

Por otro lado, suponer que el institucionalismo caracteriza a la práctica de identificación y aplicación de normas jurídicas como un problema de coordinación aumentaría injustificadamente el número de tesis con las que la teoría se compromete. No sólo se estaría afirmando que de hecho existen ciertas situaciones sociales complejas que

adquieren la forma de un problema de coordinación, sino además, que es una situación como ésta la que origina la necesidad por una norma fundamental, e incluso, que el rol de dicha norma es resolver a cada instante ese problema. En pocas palabras, suponer que la interpretación adecuada de la convencionalidad en la teoría institucional es coordinativa resulta en la atribución de un número importante de afirmaciones extra. Por el contrario, una interpretación constitutiva resulta mucho más modesta en relación con los compromisos explícitos de la teoría institucional. Que la norma fundamental se origine para responder a un propósito político parece al menos compatible con la idea de que existe un conjunto de ideas subyacentes que orientan la interpretación de una convención. Uno podría pensar que es justamente un interés por proteger normativamente la realización de estas ideas la que origina el surgimiento de una práctica (normativa) convencional. En el ejemplo de MacCormick, podría ser justamente nuestro interés por satisfacer la idea de "igualdad" la que nos conduce a generar una práctica normativa según la cual "el primero en llegar es el primero en turno"²⁰¹. Cabe mencionar que nuestra razón para rechazar una interpretación coordinativa no es exactamente la multiplicación de compromisos que implica, sino la idea de que este aumento sería injustificado al existir una opción más modesta. Suscribir la alternativa constitutivista es más modesto porque no requiere al institucionalismo aumentar el catálogo de afirmaciones, sino simplemente la extensión de los alcances de uno de sus compromisos explícitos.

Como hemos visto, es gracias a que una interpretación más coherente y simple de sus compromisos explícitos resulta en el rechazo de las dos tesis señaladas arriba, que podemos afirmar que la forma de convencionalismo suscrita por la teoría institucional del derecho es constitutiva. La norma convencional de las agencias institucionales de seguir la constitución estatal tiene la forma de una convención constitutiva en la misma línea de la definición propuesta por Andrei Marmor.

²⁰¹ (Ver capítulo 2).

Conclusiones

1. Las teorías convencionalistas se identifican por la adopción de una tesis según la cual el fundamento de cualquier sistema legal está dado por una práctica normativa convencional entre los servidores públicos, consistente en identificar y aplicar las normas jurídicas de conformidad con los criterios señalados por una(s) regla(s) de reconocimiento. Es una característica de esta práctica que por lo menos una de las razones que sus miembros tienen para actuar de conformidad con aquello que exige, es una expectativa común sobre la conformidad ajena.
2. Las teorías convencionalistas se distinguen por la forma particular en la que caracterizan el carácter convencional de dicha práctica.
3. Existen por lo menos dos formas en las que teorías de este tipo han descrito la convencionalidad de la regla de reconocimiento. La primera llama la atención sobre la capacidad que posee la regla de reconocimiento para resolver un problema de coordinación al que enfrentan (principalmente) los jueces de cualquier sistema jurídico: la identificación y aplicación de normas. La segunda atribuye a las reglas de reconocimiento un carácter constitutivo en el sentido de que, al establecer los criterios en virtud de los cuales se debe identificar a las normas que habrán de contar como derecho, se da lugar a una práctica normativa autónoma (distinta de otras): la práctica jurídica.
4. El convencionalismo surge como un desarrollo de la teoría de H. L. A. Hart. En particular, como un intento por avanzar su teoría de las reglas sociales en relación con la existencia de reglas de reconocimiento y responder así a las objeciones planteadas por Joseph Raz y Ronald Dworkin principalmente. La crítica de estos dos autores consiste básicamente en afirmar que al concebir a la regla de reconocimiento como una regla social se hace imposible dar cuenta de su propiedad normativa.
5. El convencionalismo, al menos en las dos versiones presentadas en este trabajo, responde a la objeción respecto a la normatividad de la regla de reconocimiento. De acuerdo con una interpretación coordinativa, la obligación de observar la regla de reconocimiento está dada por un esquema común de expectativas mutuas y la confianza que los individuos tienen en ellas. Lo anterior siempre y cuando dichas expectativas surjan en contextos o bien de confianza inducida -cuando un agente induce unilateralmente en otro la generación de una expectativa acerca de su comportamiento futuro-, o bien en contextos donde las circunstancias son equivalentes a las de una empresa de cooperación para el beneficio mutuo. Por otro lado, de acuerdo con una interpretación constitutiva, la obligación para seguir reglas de reconocimiento es condicional. Es decir, un juez tiene razones para seguir la regla de reconocimiento, si tiene razones para participar en la práctica jurídica, aunque estas razones no están dadas por la regla de reconocimiento misma sino por la moral y la política.
6. La teoría institucional del derecho es una de las teorías que han reclamado recientemente de manera explícita un espacio propio dentro de la corriente positivista al interior de la filosofía jurídica.
7. La teoría institucional del derecho adopta un número importante de compromisos propios de la ontología social propuesta por Searle y al hacerlo da lugar a algunos problemas. Entre los compromisos se encuentran: la

distinción entre hechos brutos e institucionales, la tesis de que los hechos institucionales son exhaustivos en relación con la realidad social, la adopción de una postura ontológica realista. Entre los problemas están: la ausencia de un argumento en favor de la idea de que, si es cierto que la división bruto/institucional no es exhaustiva, los hechos jurídicos (entre los diversos tipos de hechos que conforman la realidad social) son de hecho una instancia de los hechos institucionales. Por otro lado, si la distinción hechos brutos/institucionales es de hecho exhaustiva, se hace difícil para el institucionalismo mostrar la ventaja explicativa que genera para una teoría del derecho ubicar a los hechos jurídicos en la esfera de los hechos institucionales, en otras palabras, se vuelve difícil mostrar que una afirmación como esa es no trivial.

8. La normatividad según la teoría institucional del derecho puede ser reducida al juicio de corrección. Esto es, el juicio que los miembros de una práctica hacen sobre lo que es correcto o no hacer. Lo que hace normativa a una expresión es que sirve en el razonamiento práctico de los agentes para calificar una cierta conducta como correcta o incorrecta. Decir que una conducta es incorrecta es equivalente a decir que su realización debe evitarse, mientras que decir que es correcta equivale a decir que o bien se puede realizar, o bien que es obligatorio realizarla. La teoría institucional del derecho utiliza el término "norma" para denotar cualquier proposición que juegue este papel en el razonamiento práctico. Adicionalmente, las normas sirven como guía del comportamiento y base de la crítica en contra de los comportamientos divergentes propios y ajenos.

9. Según la teoría institucional del derecho es un hecho que existen prácticas normativas. Esto es, patrones de comportamiento que involucran a dos o más personas cuya conducta está guiada por normas. Es suficiente que exista un grado de coincidencia mínimo entre las opiniones normativas (opiniones sobre lo que es correcto o no hacer) de los participantes para que una práctica normativa exista. Las prácticas normativas pueden estar ordenadas. MacCormick sostiene que una práctica normativa relacionada con la conducta C entre dos sujetos A y B está ordenada si se cumplen las siguientes condiciones: 1) A cree que A y B deben hacer (o no hacer) C, 2) A cree que B cree que ambos deben hacer (o no hacer) C, y 3) B cree exactamente lo mismo. Las prácticas normativas pueden adquirir una de dos formas, pueden ser prácticas formales o prácticas informales. Las prácticas informales se caracterizan por estar estructuradas a partir de normas implícitas y no poseer autoridades. Por el contrario, las prácticas formales se estructuran a partir de reglas redactadas explícitamente y autoridades encargadas de su administración.

10. Las convenciones, según la teoría institucional del derecho, son normas. Es decir, califican una cierta conducta como correcta o incorrecta. Además, guían el comportamiento al tiempo que sirven como base de justificación para la crítica de las conductas disconformes. Es particular de las convenciones no poseer un texto explícito, ni una autoridad encargada de su creación, transformación y aplicación. La existencia de una convención está dada por un esquema de opiniones normativas coincidentes. Cualquier intento por formular una convención de manera explícita es interpretativo, y cualquier formulación es, en principio, contestable.

11. Para explicar el origen de la autoridad, elemento característico de las prácticas normativas formales, la teoría institucional del derecho apela a la existencia de una práctica de dos o más niveles. Esto es, todo ordenamiento formal implica dos prácticas normativas separadas: por un lado, hay una práctica de primer nivel guiada por reglas que califican conductas particulares como prohibidas, permitidas u obligatorias; por ejemplo, nuestra práctica de tomar turnos en un aeropuerto frente a la fila de taxis. Por otro, hay una práctica de segundo nivel que consiste en la autorización de una persona o grupos de personas para monitorear y sancionar la práctica de primer nivel. En la teoría institucional del derecho no es claro si las normas de la práctica de

segundo nivel son convencionales o institucionales. Si son reglas institucionales no es claro si son de aplicación absoluta, estricta o discrecional. Si son normas convencionales, resulta contra-intuitivo decir que para ciertos ordenamientos como los sistemas jurídicos, las normas que conceden a las autoridades facultades de supervisión y administración de reglas carecen de texto explícito y origen autoritativo.

12. De acuerdo con el institucionalismo jurídico, la teoría de las reglas sociales de H. L. A Hart debe ser reinterpretada de modo que el rol que juegan los hábitos al interior de las prácticas normativas, en particular al interior del derecho, sea reconsiderado. Para MacCormick, el punto de vista interno, esa actitud crítico reflexiva de aceptación que los participantes de una práctica muestran hacia ciertos estándares de conducta, no es exclusivo de las reglas, sino común a los hábitos. MacCormick afirma que hay un sentido en el que éstos son más valiosos que aquellas, pues la aplicación de las normas jurídicas se ve privilegiada en escenarios donde los agentes actúan de conformidad con ellas de manera habitual. Junto a esto MacCormick sostiene que, a diferencia de lo que pasa con la teoría de las reglas sociales, existe evidencia empírica que apoya la idea de que los comportamientos guiados por reglas implican el desarrollo de hábitos. Con precisión lo que afirma MacCormick es que existe evidencia que muestra que el cerebro es capaz de lidiar con conductas de difícil realización transformándolas en conductas habituales. Para MacCormick este es el caso cuando se trata de acciones guiadas por normas legales. Aunque de inicio desplegar la conducta requerida por una norma jurídica (como detenerse frente a un semáforo en rojo) puede ser difícil, el cerebro es capaz de desarrollar caminos cognitivos que permiten perfeccionar su ejecución hasta transformarla en un hábito. Conviene tener claro que el alcance con el que evidencia de este tipo apoya a la tesis de que existe una conexión entre conductas guiadas por normas y hábitos es ciertamente limitado. Mostrar que el cerebro facilita mediante ciertos procesos la ejecución de ciertas conductas, no muestra que existe un componente habitual en el comportamiento guiado por reglas. Para contar con respaldo empírico los estudios utilizados por MacCormick tendrían que ser así de específicos: tendrían que mostrar que los agentes desarrollan hábitos de conducta a partir de conductas no habituales cuando hay de por medio una regla. Como máximo, la información aportada por dicha evidencia puede interpretarse como compatible con la afirmación de MacCormick. Claramente, decir que existe una relación de compatibilidad entre la evidencia y una afirmación no equivale a decir que la primera demuestra la segunda. La evidencia que aporta MacCormick es compatible con su afirmación en el sentido de que no la contradice, pero nada más.

13. Una explicación exitosa de la naturaleza del derecho no puede ser indiferente al problema de la validez jurídica. En otras palabras, toda teoría del derecho debe por lo menos intentar dar cuenta de las condiciones que deben ser satisfechas por una norma para ser jurídica.

14. Los autores positivistas han caracterizado a la validez en el derecho por lo menos de dos formas distintas. Por un lado la validez se identifica con la fuerza vinculante, por otro con su pertenencia a un sistema determinado. En sentido normativo, una norma es válida, si y sólo si, existe la obligación (jurídica) de obedecerla. En el sentido de validez como pertenencia una norma es válida, si y sólo si, cuenta como derecho con relación a un sistema jurídico determinado.

15. Las explicaciones normativas de la validez dan lugar a un problema: duplican innecesariamente la cantidad de obligaciones que los participantes de la práctica jurídica deben satisfacer, pues además de observar la obligación establecida en cada norma del ordenamiento los participantes tienen la obligación de observar cada una de esas normas. Una norma que impone la obligación de pagar impuestos genera esta obligación y además, si es válida, la obligación de obedecerla; es decir la obligación de cumplir nuestra obligación de pagar

impuestos. Claramente, resulta redundante y por ello implausible suponer que ambas obligaciones existen jurídicamente. En casos particulares como la teoría de Joseph Raz para quien la obligación de obedecer las normas de derecho es una obligación moral aunque curiosamente independiente del contenido, este problema toma la siguiente forma: Es al menos posible que exista una conducta moralmente prohibida, aunque moralmente obligatoria cuando así lo establece una norma jurídicamente válida.

16. Si la validez jurídica es un límite conceptual que cualquier explicación del derecho debe satisfacer tal que de no hacerlo se sigue la incorrección de la explicación, y si es cierto que de hecho la gran mayoría de teorías jurídicas contemporáneas dan cuenta de esta preocupación de maneras distintas, entonces parece útil poseer una caracterización mínima sustantivamente neutra de la validez que nos permita evaluar cierto grado o nivel del éxito o fracaso con el que cada teoría incorpora el problema. Es decir, una caracterización que, si satisfecha, nos permita decir de cada teoría sin importar lo particular de sus compromisos sustantivos que efectivamente se encarga del problema de la validez en el derecho. Poseer una caracterización así es importante porque permitiría asegurar que la validez es de hecho uno y el mismo aspecto del derecho allende las diferencias explicativas propuestas por teorías diferentes. En otras palabras, nos permitiría mostrar que al explicar la validez, más allá de las diferencias, las teorías jurídicas de inspiración positivista se concentran en el mismo aspecto de la práctica jurídica y no en aspectos distintos.

17. Dado que, como hemos dicho, al interior del positivismo las posiciones teóricas con respecto a la validez oscilan entre interpretaciones normativas e interpretaciones de la validez como pertenencia, resulta demasiado estricto sostener que, para satisfacer una caracterización mínima, las teorías deben dar cuenta necesaria y exclusivamente de alguno de estos sentidos o de la conjunción de ambos. Así, el requisito que una caracterización mínima debería imponer no puede ser más que uno que apele a la disyunción entre ambos (sentidos). En particular, según nuestra caracterización, una teoría da cuenta de la validez si (en primer lugar) la describe como la propiedad de las normas de poseer fuerza vinculante, o como su propiedad de pertenecer a un sistema jurídico, o como ambas. En otras palabras, toda teoría satisface este primer requisito si o bien adopta el sentido normativo de la validez, o bien el sentido como pertenencia, o bien ambos.

18. Dado que toda explicación de la validez tendría que evitar dar lugar a un regreso al infinito, es decir, evitar la postulación de una cadena infinita de fuentes para la validez jurídica, una caracterización mínima tendría que exigir a las teorías del derecho señalar a una fuente última. Para ser consistentes con la tesis del hecho social abrazada por el positivismo, dicha fuente no podría ser otra más que un hecho social.

19. Dado que una explicación de la validez tendría además que evitar ser circular, es decir, evitar apelar a la validez jurídica como fuente última de la validez jurídica, se sigue que una caracterización mínima debe exigir a las teorías señalar un hecho social no jurídico como fuente última de validez.

20. La caracterización mínima que proponemos está dada por tres requisitos: 1) las teorías deben dar cuenta de la validez en tanto capacidad de las normas para crear la obligación de obedecerlas, de su pertenencia a un sistema jurídico particular, o ambas. 2) Busca evitar el problema del regreso al infinito señalando un hecho (social) como fuente última de validez. 3) Busca evitar el problema de la circularidad señalando como hecho último uno no jurídico. En este sentido, decimos que para toda teoría positivista se está en condiciones de explicar a la validez en el derecho si y sólo si, las condiciones 1), 2) y 3) son satisfechas.

21. Decimos que nuestra caracterización es mínima en el sentido de que el criterio de corrección que pretende proporcionar es en cierto sentido formal. Es decir, es un criterio que pretende ser indiferente a los compromisos sustantivos particulares que las teorías pudiesen adoptar. Para satisfacer el requisito número uno, por ejemplo, es suficiente que una teoría adopte el sentido normativo o de pertenencia de la validez jurídica, aunque la adopción de alguno de los dos no es necesaria.

22. Una caracterización así está diseñada para que un amplio número de teorías actuales y posibles puedan satisfacerla. Esto, sin embargo, no implica su trivialidad. Incluso si fuese cierto que en la actualidad ninguna propuesta sería descalificada como consecuencia del incumplimiento de los requisitos que hemos propuesto, nuestra caracterización aún poseería valor teórico. Lo anterior se debe a dos razones. La primera es que aún serviría para evaluar, y de ser el caso excluir, teorías posibles o futuras incapaces de satisfacer nuestros requisitos (y por ello incapaces de incorporar la preocupación fundamental de la validez jurídica entre sus postulados). La segunda es que no parece del todo cierto que no existe en la actualidad ninguna teoría incapaz de satisfacer todos los requisitos. Aunque debatible, la circularidad que el mismo Dworkin atribuye a su teoría podría ser razón para la insatisfacción de nuestro tercer requisito, y así de la incorporación exitosa de la preocupación por la validez. Aunque hemos afirmado que esta caracterización toma por objeto de análisis principal las teorías positivistas del derecho, en principio no existe razón por la cual resultara imposible extender sus alcances a la evaluación de teorías iusnaturalistas.

23. Las teorías convencionalistas satisfacen con éxito los requisitos impuestos por nuestra caracterización mínima. Jules Coleman, por ejemplo, adopta una interpretación normativa de la validez jurídica. Andrei Marmor, por su parte, describe a la validez como propiedad de pertenencia. Así se satisface la condición 1). La condiciones 2) y 3) son satisfechas por las teorías convencionalistas apelando a la noción de convención social. El convencionalismo señala a una práctica social convencional no jurídica (coordinativa según Postema, constitutiva según Marmor) como fuente última de la validez: la práctica de los servidores públicos de observar los criterios señalados por la regla de reconocimiento al llevar a cabo sus tareas de identificación y aplicación de las normas jurídicas.

24. Para el institucionalismo jurídico la validez es la propiedad de una norma de existir dentro de un sistema jurídico particular. En otras palabras, la teoría institucional del derecho adopta el sentido de validez como pertenencia. Según MacCormick, la validez de una norma jurídica es distinta de su fuerza vinculante y esta es la consecuencia de aquella. Validez y normatividad de las normas jurídicas son distintas, incluso si las normas jurídicas válidas generan la obligación de obedecerlas. La validez en el derecho según la teoría institucional es consecuencia del ejercicio exitoso de un poder legalmente establecido. En otras palabras, un acto jurídico es válido si se satisfacen las condiciones establecidas por el derecho para regular la manera en la que debe llevarse a cabo. Los poderes se clasifican en privados y públicos. En última instancia, la constitución de un estado es la fuente última de validez de cualquier ejercicio de poder jurídico.

25. Las constituciones deben ser entendidas en su sentido funcional. Esto es, el único elemento fundamental, o condición necesaria, a la existencia de una constitución es que exista de hecho entre las agencias institucionales que crean, ejecutan y administran las normas jurídicas, la obligación de llevar a cabo estas tareas conforme con lo que establece la constitución. Este carácter funcional no representa el ejercicio de un poder institucional, pues no es resultado de la satisfacción de las condiciones de validez especificadas por alguna norma del ordenamiento, ya que en los sistemas jurídicos no existe norma alguna que sea más fundamental que la constitución misma.

26. MacCormick expresamente reconoce que el fundamento normativo necesario de toda la estructura de un sistema de derecho doméstico es una norma convencional básica expresada en el carácter funcional de toda constitución.

27. Es necesario a la coherencia interna de la teoría institucional del derecho que el fundamento normativo de la validez jurídica sea convencional, pues de no ser así el institucionalismo enfrentaría un dilema: o bien el derecho no es normativo, o bien la distinción entre ordenamientos formales e informales no es exhaustiva respecto de la normatividad. Sobra decir que ambas (que el derecho es normativo y que la normatividad se agota en formas informales y formales) son afirmaciones con las que el institucionalismo parece estar profundamente comprometido.

28. La teoría institucional del derecho cumple satisfactoriamente con los requisitos impuestos por una caracterización mínima de la validez jurídica adoptando una estrategia convencionalista. El requisito 1) es satisfecho adoptando el sentido como pertenencia de la validez jurídica. Cabe aclarar que, como Marmor, MacCormick sostiene que aunque el fundamento de la validez legal debe ser normativo, la validez y la fuerza vinculante de las normas jurídicas son propiedades distintas. Los requisitos 2) y 3) se satisfacen apelando, como hemos visto, a la existencia de una regla convencional consuetudinaria de observar la constitución en las tareas de ejecución, legislación y adjudicación del estado por medio de las agencias institucionales constitucionalmente facultadas para ello. De este modo, la teoría institucional evita la circularidad viciosa y el retorno al infinito.

29. Al menos respecto de la validez jurídica el institucionalismo fracasa en diferenciarse de otras teorías positivistas contemporáneas, en particular de las teorías convencionalistas. De lo anterior no se sigue la imposibilidad para la teoría institucional de presentar explicaciones novedosas y originales que consigan distinguirlo de otras al interior del positivismo.

30. Si es cierto que la estrategia del institucionalismo para enfrentar el problema de la validez jurídica es convencional y es cierto además que existen por lo menos dos formas distintas de describir la convencionalidad, es importante preguntarse cuál es la forma precisa de convencionalismo que la teoría institucional adopta.

31. Al contrastar la descripción de la norma fundamental en el derecho propuesta por MacCormick con cada una de las definiciones de norma convencional sugeridas por Gerald Postema y Andrei Marmor, encontramos que en ambos casos existe una relación de compatibilidad. Esto es indicador de que la propuesta institucionalista no propone una tercera forma de convencionalismo, ya que de ser así la caracterización de norma convencional propuesta por MacCormick habría sido incapaz de satisfacer los requisitos impuestos por tales definiciones.

32. Allende las diferencias que se pueden identificar utilizando sus respectivas definiciones de convencionalidad, los enfoques coordinativos y constitutivos se distinguen por la adopción y rechazo respectivamente de dos tesis. La primera, que la arbitrariedad característica de las normas convencionales denota la falta de preferencias de parte de los miembros de una práctica normativa convencional por la adopción de una norma u otra. La segunda, que las convenciones, en particular las normas fundamentales de los sistemas jurídicos, se originan y son soluciones a problemas de coordinación. A partir de una interpretación

que privilegia los principios de coherencia y simplicidad, es posible observar que la descripción institucionalista de la norma fundamental en el derecho rechaza ambas tesis. De lo anterior se sigue que el compromiso convencionalista suscrito por la teoría institucional del derecho es constitutivo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Albert, Hans (1985). *Treatise on Critical Reason*, (Mary Warney Rorty trad.), Princeton : Princeton University Press

Alexy, Robert (1997). *Teoría de la argumentación jurídica : la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, (Manuel Atienza e Isabel Espejo trad.), Madrid : Centro de Estudios Constitucionales.

Anscombe, G. E. M. (1958). "On brute Facts" en *Analysis*, Vol. 18: No. 3, pp. 69-72.

Aristóteles (2016). *Ética a Nicomaco*, México : UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

_____ (2012). *Física*, (Alejandro G. Vigo trad.), 2da ed., Buenos Aires : Editorial Biblos.

_____ (1994). *Metafísica*, (Tomas Calvo Martinez trad.), Madrid: Gredos.

Austin, John (1859). *A Plea for the Constitution*, London: J. Murray.

_____ (1832). *The Province of Jurisprudence Determined*. (Ed. Willard E. Rumble), 1995. UK: Cambridge University Press.

Bentham, Jeremy (1780). *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. (Ed. Laurence J. Lafleur), 1948. New York: Hafner Pub. Co.

_____ (1782). *Of Laws in General*. (Ed. H.L.A. Hart), 1970. London: Athlone Press.

Bratman, Michel (1999). *Faces of Intention: Selected Essays on Intention and Agency*. Cambridge: Cambridge University Press.

Burge, Tyler (1975). "On Knowledge and Convention" en *Philosophical Review*, Vol. 84: No. 2, pp. 249-255.

Coleman, Jules (2003). "Legal Content, Social Facts and Interpretative Content" en *The Practice of Principle: In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*. UK: Oxford University Press. pp. 151-174.

_____ (2001b). "The Conventionality Thesis" en *Philosophical Issues*, Vol. 11, pp.358-387.

_____ (2001a). *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press.

Del Mar, Maksimilian (2009). "Law as Institutional Normative Order: an Introduction" en *Law as Institutional Normative Order*. (Maksymilian del Mar y Zenon Bankowski eds.), USA: Ashgate Publishing Company, pp. 1-14.

Dickson, Julie (2007). "Is the Rule of Recognition Really a Conventional Rule?" en *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 27: No. 3, pp. 373-402.

Dworkin, Ronald (2011). *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Massachusetts : Belknap.

_____ (1986). *Law's Empire*, Cambridge, Massachusetts : Belknap.

_____ (1967). "The Model of Rules" en *The University of Chicago Law Review*, Vol. 35: No. 14, pp. 14-46.

_____ (1972). "Social Rules and Legal Theory" en *The Yale Law Journal*, Vol. 81: No. 5, pp. 855-890.

Enoch, David (2011). "Giving Practical Reasons" en *Philosophers' Imprint*, Vol. 11: No. 4, pp. 1-22.

Finnis, John (2011a). "The Truth in Legal Positivism" en *Philosophy of Law: Collected Essays Volume IV*. Oxford: Oxford University Press, pp. 66-73.

_____ (2011b). "Law as Coordination" en *Philosophy of Law: Collected Essays Volume IV*. Oxford: Oxford University Press, pp. 174-186.

Gans, Chaim (1981). "The Normativity of Law and Its Coordinative Function", en *Israel Law Review*, Vol 16, pp. 333-349.

Gilbert, Margaret (1989). *On Social Facts*, Princeton: Princeton University Press.

Green, Leslie (2009). "Legal Positivism", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2009 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2009/entries/legal-positivism/>>.

_____ (1999). "Positivism and Conventionalism" en *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. 12: No. 1, pp. 35-52.

Hägerström, Axel (1953). *Inquiries into the nature of law and morals*, Uppsala : Almqvist & Wiksells boktr.

Hart, H. L. A. (1994). *The Concept of Law*. (Joseph Raz y Penelope Bullock eds.), 2nd ed., Oxford: Clarendon Press.

Heidemann, Carsten (1999). "On Some Difficulties Concerning John Searle's Notion of an 'Institutional Fact'" en *Analyse & Kritik*, Vol. 21, pp. 251-264.

Himma, Einar (2004). "Inclusive Legal Positivism" en *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, (Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma, and Scott J. Shapiro eds.), Oxford: Oxford University Press, pp. 127-165.

Holmes, Oliver W. (1920). *Collected Legal Papers*, New York : Harcourt, Brace & Howe.

Kelsen, Hans (1982). *Teoría Pura del Derecho*, México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Kutz, Christopher (2000). *Complicity: Ethics and Law for a Collective Age*, Cambridge: Cambridge University Press.

_____ (2001). "The Judicial Community" en *Noûs*, Vo. 35, pp. 442-469.

Kristis, Dimitrios (2008). "What is Good about Legal Conventionalism" en *Legal Theory*, Volume 14, pp. 135-166.

La Torre, Massimo (1993). "Institutionalism Old and New" en *Ratio Juris*, Vol 6: No. 2, pp. 190-201.

Lagerspetz, Erik (1995). *The Opposite Mirrors: An Essay on the Conventionalist Theory of Institutions*, Boston: Kluwer.

Lewis, David (2002). *Convention: A Philosophical Study*, 2nd ed, UK: Blackwell Publishers.

_____ (1983). "Languages and Language" en *Philosophical Papers Vol I*. Oxford: Oxford University Press, pp. 163-188.

MacCormick Neil y Weinberger Ota (1986). *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*, Netherlands: D. Reidel Publishing Company.

MacCormick, Neil (1992). "Further Thoughts on Institutional Facts" en *International Journal for the Semiotics of Law*, Vol. 5: No. 1, pp. 3-15.

_____ (2007). *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press.

_____ (1994). "Legal Reasoning and the Institutional Theory of Law" en *Rechtstheorie. Beiheft*, Vol. 14, pp. 117-139.

_____ (1998a). "Institutions, Arrangements and Practical Information" en *Ratio Juris*, Vol.1: No.1, pp. 73-82.

_____ (1998b). "Norms, Institutions and Institutional Facts" en *Law and Philosophy*, Vol. 17, pp. 301-345.

_____ (2008). *Practical Reason in Law and Morality*, Oxford: Oxford University Press.

Marmor, Andrei (2004). "Exclusive Legal Positivism" en *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, (Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma, and Scott J. Shapiro eds.), Oxford: Oxford University Press, 105-124.

_____ (1998). "Legal Conventionalism" en *Legal Theory*, Volume 4, pp. 509-531.

_____ (1996). "On Convention" en *Synthese*, Vol. 107: Num 3, pp. 349 - 371.

_____ (2011). *Philosophy of Law*, USA: Princeton University Press.

_____ (2009). *Social Conventions: from Language to Law*, Princeton: Princeton University Press.

Marmor, Andrei and Sarch, Alexander, "The Nature of Law", The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2015 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2015/entries/lawphil-nature/>>.

Navarro, Pablo E. (2001). "Tensiones conceptuales en el positivismo jurídico" en *Doxa*, No. 24, pp. 133-163.

Pintore, Anna (1991). "Law as Fact? MacCormick's Institutional Theory of Law: Between Legal Positivism and Sociological Jurisprudence" en *International Journal for the Semiotics of Law*, Vol. 4: No. 12, pp. 233-253.

Postema, Gerald J. (1980). "Bentham and Dworkin on Positivism and Adjudication" en *Social Theory and Practice*, Vol.5, pp. 347-376.

_____ (1982). "Coordination and Convention at the Foundations of Law" en *Journal of Legal Studies*, Vol. 11: No. 1, pp. 165-203.

_____ (2011). "Legal Positivism: Early Foundations." en *UNC Legal Studies Research Paper No. 1975470*. URL = <<http://ssrn.com/sci-hub.org/abstract=1975470>> o <<http://dx.doi.org/sci-hub.org/10.2139/ssrn.1975470>>

Raz, Joseph (1994). "Authority, Law and Morality" en *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford: Clarendon Press.

_____ (1979). *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford: Oxford University Press.

_____ (1986). *The Morality of Freedom*, Oxford: Clarendon Press.

_____ (1999). *Practical Reasons and Norms*, 2nd ed, New York : Oxford University Press.

Redondo Cristina (1999). *Reasons for Action and the Law*, Netherlands: Springer Science+Business Media Dordrecht.

Romano, Santi (1977). *L'Ordinamento Giuridico*, 3rd ed, Florence: Sansoni.

Ross, Alf (1959). *On Law and Justice*, Berkeley : University of California Press.

Ruben, D. H. (1985). *The Metaphysics of the Social World*, London: Routledge.

Sánchez Brígido, Rodrigo E. (2010). *Grupos, Rules and Legal Practice*, UK: Springer.

Searle, John R. (1969). *Speech Acts*, Cambridge: Cambridge University Press.

_____ (1995). *The Construction of Social Reality*, USA: The Free Press.

Shapiro, Scott (2011). *Legality*, USA: The Belknap Press of Harvard University Press.

Shapiro, Scott (2009). "What is the Rule of Recognition (and Does it Exist)?" en *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*. (Matthew Adler, Kenneth Himma eds.), USA: Oxford University Press, pp. 235-268.

Siltala, Raimo (2011). *Law, Truth and Reason: a Treatise on Legal Argumentation*, UK: Springer.

Soosay, S, "Is the Law an Affair of Rules?" en Australian Legal Philosophy Students Association, 2005 Annual Publication (Brisbane, 2005; <<http://www.alpsa.net/r-annual.htm>>), pp. 24-40.

Tomas de Aquino (1959). *Suma Teológica*, (Francisco Barbado Viejo trad.), Madrid : Biblioteca de Autores Cristianos.

Toumela, Raimo (2002). *The Philosophy of Social Practice: A Collective Acceptance View*, Cambridge: Cambridge University Press.

Villa, Vitorio (2009). "Neil MacCormick's Positivism" en *Law as Institutional Normative Order*. (Maksymilian del Mar y Zenon Bankowski eds.), USA: Ashgate Publishing Company, pp. 45-64.

Weinberger, Ota (1991). *Law, Institutions and Legal Politics: Fundamental Problems of Legal Theory and Social Philosophy*, Netherlands: Springer Science+Business Media Dordrecht.

Wilson, Robert A. (2007). "Social Reality and Institutional Facts: Sociality Within and Without Intentionality" en *Intentional Acts and Institutional Facts: Essays on John Searle's Ontology*, (Savas L. Tsohatzidis ed.), UK: Springer, pp. 139-153.

Zaibert Leo y Smith Barry (2007). "The Varieties of Normativity: An Essay on Social Ontology" en *Intentional Acts and Institutional Facts: Essays on John Searle's Ontology*, (Ed. Savas L. Tsohatzidis), UK: Springer, pp. 157-173.