
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, etcétera.

Posiblemente la influencia que la crítica Dworkiniana ha ejercido sobre las teorías positivistas sea consecuencia de que en buena medida ésta se enfoca a cuestionar una de las afirmaciones centrales del positivismo. A saber, 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. Lo anterior ha conducido a los posi-

tivistas a replantear algunos de sus compromisos fundamentales, dando lugar a diversos debates. Un ejemplo es la discusión 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 validez jurídica. 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.

En pocas palabras, 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.

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 legales 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 aplicación autoritativas; 2) instituciones generales como el matrimonio, la legislación, los testamentos etc.; 3) instituciones par-

ticulares que instancian esas instituciones generales; y 4) agencias institucionales que son 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 reivindicán 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 capacidad para 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.*

* [E.] El autor decide utilizar "convencionalista", en lugar de *conventionalist*, para hacer más clara la referencia a la teoría.

El 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 son y 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 to 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 de la tesis convencionalista, en otras palabras, a encontrar la mejor manera 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 hacer o no. La normatividad, según MacCormick, se expresa a través de normas convencionales, o bien de 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 comienza 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. 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 enfoques (si es que alguno) 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.