

---

# 1. LAS FUENTES DEL INSTITUCIONALISMO JURÍDICO DE MACCORMICK: CONVENCIONALISMO JURÍDICO E INSTITUCIONALISMO SOCIAL\*

**Miguel Ángel García Godínez\*\***

La teoría del derecho de Neil MacCormick es fundamentalmente una propuesta *institucionalista* del orden social. Una propuesta que entiende al derecho como una *práctica social normativa*, constituida y regulada sobre la base de ciertas *convenciones sociales*. Su primer proyecto institucionalista, desarrollado en MacCormick y Weinberger [1992], tiene por objeto explicar (y, en alguna medida, justificar) las condiciones de existencia, permanencia, transformación y término de las *instituciones jurídicas*. De corte positivista, especialmente influido por la teoría del derecho de Hart [1994], este institucionalismo jurídico sostiene la tesis de que el carácter normativo del derecho (*i. e.*, su propiedad regulativa) es un elemento estrictamente convencional, no determinado por deberes morales supremos.

---

\* Tesis de maestría, para obtener el título de Maestro en filosofía, por la Facultad de Filosofía y Letras. Universidad Nacional Autónoma de México. Dirigida por los doctores Juan Antonio Cruz Parceroy y Manuel Atienza.

\*\* Estudiante de Doctorado, Universidad de Glasgow, Escocia.

Esta tesis convencionalista se enfrenta, sin embargo, a un gran desafío: ¿cómo es posible derivar obligaciones (jurídicas) a partir de situaciones de hecho, es decir, de convenciones sociales? Algo se tiene que decir para justificar el paso de un *ser* a un *deber ser*. Este problema, ya señalado por Hume,<sup>1</sup> ha dado lugar a una interminable discusión filosófica. Entre las muchas respuestas que se han intentado, está la teoría de la obligación de Searle [1964]. Una teoría que intenta justificar el paso de premisas puramente descriptivas a una conclusión normativa con base en la ocurrencia de ciertos actos de habla; particularmente, el *acto de prometer*.<sup>2</sup>

MacCormick y Weinberger [1992] toman como base precisamente esta teoría de los actos de habla y la teoría de la realidad social de Searle para explicar tanto la naturaleza institucional del derecho como el carácter normativo de la práctica jurídica.

---

<sup>1</sup> Hume [1896: Libro III, Parte I, Sección I]. La formulación canónica de la llamada *ley de Hume* se encuentra en el siguiente párrafo. "En cada sistema de moralidad que hasta ahora he conocido, siempre he advertido que el autor procede por un tiempo en la manera ordinaria de razonar, y establece el principio de Dios, o hace observaciones concernientes a los asuntos humanos; cuando de repente me sorprende de encontrar que, en lugar de las usuales conjunciones de proposiciones: *es* y *no es*, no encuentro alguna proposición que no esté conectada con un *debe*, o un *no debe*. Este cambio es imperceptible, aunque es, sin embargo, de gran importancia. Porque como este debe o no debe expresa alguna nueva relación o afirmación, es necesario que esto deba ser observado y explicado; y al mismo tiempo deba darse una razón, por lo que parece inconcebible, acerca de cómo es que esta nueva relación puede ser una deducción de otras, que son totalmente diferentes de ella. Pero como los autores no hacen comúnmente esta precaución, recomendaré a los lectores, y estoy persuadido de ello, que esta pequeña atención subvertirá los sistemas vulgares de moralidad", Hume [1986: 244s].

<sup>2</sup> Las teorías convencionalistas, en general, heredan la idea de prácticas sociales comunicativas de J. L. Austin y L. Wittgenstein. Esta idea, puesta en términos muy simples, clasifica el uso del lenguaje como *performativo* o *no performativo*. El primero, a diferencia del segundo, entraña la realización de una acción. Cuando alguien dice, por ejemplo, "sí acepto", y lo hace en un contexto adecuado, ante la presencia de ciertas autoridades públicas y en ausencia de circunstancias excepcionales, puede estar asumiendo un compromiso, quizás uno de tipo matrimonial. Este uso del lenguaje no es puramente descriptivo, es decir, el hablante no está describiendo (o informando) una situación actual; más bien está realizando una acción, se está comprometiendo a algo. Esta partición entre usos performativos y no performativos da pie a que la noción de *regla* adquiriera gran relevancia en la investigación filosófica. Algo puede ser realizado por medio del lenguaje sólo si se cumplen las condiciones de realización del acto, si se puede determinar un contexto adecuado y si hay competencia en el uso del lenguaje. Y todo esto está determinado por reglas; es decir, las reglas establecen esas condiciones, determinan ese contexto y regulan el uso del lenguaje. Cfr. Odell [2006] y Marmor [2001b].

En este primer capítulo nos ocuparemos de explicar lo que llamaremos *las fuentes del institucionalismo jurídico de MacCormick*. En la primera parte expondremos muy brevemente *la teoría positivista del derecho* de Hart, la cual sienta las bases del convencionalismo jurídico que MacCormick pretende, primero, justificar y, luego, superar para hacer frente a ciertas objeciones (especialmente de Dworkin). En la segunda parte explicaremos *la teoría de la obligación* de Searle. Esto nos permitirá entender, entre otras cosas, qué significa que el derecho sea una práctica institucional y por qué está constituida por hechos institucionales. En la última parte explicaremos muy brevemente *la teoría de la acción institucional* de Weinberger, y diremos por qué es al mismo tiempo un antecedente del institucionalismo social y un desarrollo del convencionalismo jurídico, además señalaremos algunas semejanzas con la propuesta del orden normativo institucional de MacCormick.

### **1.1. El convencionalismo jurídico de Hart**

La teoría positivista del derecho de Hart [1994] tiene como finalidad responder a la pregunta *¿qué es el derecho?* Una cuestión que requiere de un análisis filosófico acerca de la práctica jurídica y de sus elementos constitutivos y regulativos. En este sentido, no es una cuestión acerca del significado de la palabra "derecho". Se trata de mostrar que el derecho posee, por un lado, rasgos comunes que nos proporcionan una idea general de la clase a la que pertenece y, por otro lado, una serie de peculiaridades que hacen de esta práctica social algo distinto de otras prácticas normativas (como la moralidad o la religión). Estos rasgos comunes y peculiaridades no son condiciones necesarias y suficientes para el uso adecuado del término "derecho", sino apenas los aspectos que nos permiten distinguir cuándo hay una práctica jurídica y cuándo no la hay, o cuándo la hay incluso en una forma deflacionaria.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Hart [1994: 130] puede ser clasificado como un *pragmatista* del lenguaje natural, *i. e.*, como alguien interesado en la articulación (inevitablemente contextual) de los conceptos, más que en su definición. En contraste,

### 1.1.1. El concepto de derecho

El *derecho*, asegura Hart, es un fenómeno social muy complejo que tiene que ver principalmente con la realización de ciertos comportamientos dirigidos hacia fines o propósitos comunes. Un fenómeno que puede analizarse desde distintos puntos de vista; por ejemplo, a partir de sus fuentes, de su papel regulativo, de sus diferencias con respecto a otros sistemas de normas, etcétera. Hart propone examinar este fenómeno a la luz de los rasgos (o conceptos) que generalmente se asocian al uso del término *derecho*, y luego evaluarlos con base en nuestros métodos analíticos.

Esos conceptos relacionados con el derecho son la *coerción*, las *reglas jurídicas* y la *obligación jurídica*. La estructura de la teoría analítica de Hart consiste precisamente en elucidar estos conceptos y sus relaciones lógicas. De manera muy general, podemos decir que el proyecto convencionalista de Hart puede resumirse en cinco tesis estrechamente relacionadas: **(i)** El convencionalismo jurídico consiste en una combinación de *reglas primarias* y *reglas secundarias*; **(ii)** el carácter normativo de la práctica jurídica se explica mediante el aspecto *interno* y *externo* de las *reglas sociales*; **(iii)** la moralidad y el derecho son *sistemas normativos independientes*; **(iv)** los jueces tienen *discrecionalidad judicial* para la solución de casos difíciles; y **(v)** la práctica jurídica es una institución *dinámica*.

**i.** El *convencionalismo jurídico* de Hart está basado en una concepción puramente analítica (o libre de valoraciones morales) del derecho. Hart identifica dos

---

por ejemplo, con los *semánticos*. Estos prefieren elucidar el significado de las palabras y de las oraciones, su correspondencia inequívoca con la realidad, aun independientemente de su uso. Véase Moore [2003: 126]; Odell [2006: 24-27] y MacCormick [2010]. Hart menciona como ejemplos de lo que nosotros llamamos uso *deflacionario* del término "derecho", al derecho primitivo y al derecho internacional. Ambos, en opinión de Hart, carecen de elementos que generalmente asociamos a los sistemas jurídicos (p. ej., la coerción y las reglas de segundo orden). Cfr. MacCormick [2011:245].

clases generales de reglas jurídicas, las reglas primarias y las reglas secundarias. Las primarias pueden cumplir dos funciones, o bien imponen obligaciones jurídicas, o bien establecen condiciones y requisitos para ejercer poderes públicos y privados. Las secundarias, en cambio, se encargan de organizar y regular la práctica jurídica, y de crear, modificar y aplicar las reglas primarias.

Las reglas primarias se encuentran en el primer nivel del orden jurídico. Son las reglas que establecen obligaciones jurídicas y que regulan el comportamiento de los participantes. Estas reglas contienen una determinación normativa respecto de nuestro comportamiento (ya sean acciones u omisiones). Las reglas secundarias pueden ser *de reconocimiento*, que son las que nos permiten reconocer las reglas válidas del sistema jurídico; es decir, identificar las reglas que *pertenecen* al sistema jurídico, o *de cambio*, que son las que permiten adaptar el sistema jurídico a las necesidades y concepciones sociales que prevalecen en la sociedad, o *de adjudicación*, que son las que permiten imponer obligaciones particulares a los participantes.

Hart [1994: 92s] advirtió la posibilidad, al menos teóricamente, de que exista un sistema jurídico que pueda contener únicamente reglas primarias de obligación. Sin embargo, este sistema no nos permitiría identificar o reconocer cuáles son las reglas válidas (u obligatorias) y cuáles no. Este sistema tampoco se adaptaría con facilidad al dinamismo social; es decir, si la sociedad demandara algún cambio normativo, las posibilidades de eliminar reglas o modificar su contenido serían muy limitadas. Y tampoco sería posible determinar quién decide qué es lo debido o permitido según ese sistema de reglas primarias. De todas estas funciones se ocupan precisamente las reglas secundarias.

El sistema jurídico, agrega Hart [1994: 60 y 76], para estar exento de estas deficiencias del modelo primitivo, tiene que entenderse como un sistema normativo

constituido tanto por reglas primarias de obligación como por reglas secundarias de carácter *institucional*. Este carácter institucional del derecho significa, dicho muy brevemente, que la práctica jurídica es una práctica social *autoregulada*. Es decir, es una práctica que administra obligaciones, poderes públicos y privados y, al mismo tiempo, establece también sus condiciones de existencia, de modificación y de aplicación.

Tener reglas secundarias en el sistema jurídico permite hablar (1) de *certeza jurídica* (porque la sociedad sabría, por medio de las reglas de reconocimiento, qué obligaciones tienen y cuáles son las consecuencias que le siguen a su incumplimiento), (2) de *adaptabilidad al cambio social* (si la sociedad deja de considerar ciertas conductas como obligatorias, o deja de considerar útiles a ciertas funciones institucionales, o deciden incorporar al catálogo de acciones con respaldo institucional ciertas conductas, entonces, por medio de las reglas de cambio, pueden introducir esas modificaciones) y (3) de *eficacia jurídica* (porque sabrían quiénes son las autoridades encargadas de decidir lo debido jurídicamente y sabrían también cuáles son las razones institucionales que justifican esas decisiones).

**ii.** El carácter normativo que define la práctica jurídica (y que se transmite al conjunto de reglas que constituyen el sistema jurídico) se deriva de una *aceptación interna*.<sup>4</sup> Esto no quiere decir que el derecho, o la práctica social jurídica, dependa de que los participantes respondan en algún momento de su vida que *sí* desean (o aceptan) participar en esa práctica social.

---

<sup>4</sup> Hart distingue entre la aceptación *interna* y la mera coincidencia *externa* de comportamientos. Al primero se refiere como *punto de vista interno*, al segundo como *punto de vista externo*. Considerar a las reglas desde el punto de vista interno es aceptar su obligatoriedad. Considerarlas desde el punto de vista externo es describir el comportamiento de los participantes como una frecuencia o reiteración de conductas coincidentes. Al respecto, véase, Shapiro [2006].

La aceptación interna (o la aceptación desde el punto de vista interno) es el componente de obligatoriedad que caracteriza al derecho como un sistema de obligaciones y poderes. Aceptar internamente el derecho es comportarse de acuerdo a esas obligaciones y cumplir con los requisitos para ejercer los poderes o facilidades que la práctica jurídica confiere.<sup>5</sup> Un participante demuestra su aceptación interna cuando emite ciertos actos de habla. Cuando alguien dice, por ejemplo, “es *obligatorio* comportarse de tal o cual forma” está aceptando que esa conducta está ordenada por una regla jurídica válida, es decir, está aceptando su obligatoriedad.<sup>6</sup>

La aceptación interna, como anticipa Hart, no tiene que hacerse sobre cada una de las reglas jurídicas que integran el sistema jurídico. Hay aceptación sobre las reglas que constituyen o que configuran la práctica social jurídica, sus reglas regulativas y sus instituciones. Estas reglas, como ya lo vimos, son las reglas secundarias. Son reglas de segundo nivel o reglas que determinan la existencia de otras reglas.

Las reglas de reconocimiento son la base sobre la cual se configura la práctica jurídica. De ellas, según explica Hart [1994: 95], se determina la validez jurídica de las otras reglas (primarias y secundarias). Estas reglas de reconocimiento son, por de-

---

<sup>5</sup> En este sentido, Schauer [1994: 286] dice: “¿Qué es tener un punto de vista interno? Sería un error creer que un agente tiene o no tiene un punto de vista interno *simpliciter*. Más bien, un agente tiene un punto de vista interno vis-à-vis con algún sistema, institución o práctica. Y ese punto de vista interno se manifiesta cuando la posición del agente dentro de una institución afecta las presuposiciones de sus declaraciones o acciones, que serían diferentes si el agente no estuviera situado internamente de esa forma”.

<sup>6</sup> A diferencia de este acto de habla, está aquél que es realizado por algún observador externo. Un científico o teórico del derecho emite enunciados del tipo “se considera obligatorio en el estado A comportarse de tal o cual forma”. Aquí no hay aceptación interna, sino una declaración o afirmación de hechos. El observador indica que los participantes de esa práctica jurídica tienen por obligatorio realizar cierto comportamiento. Este observador podría no admitir el carácter normativo de esta regla o no considerarla válida desde su propio sistema jurídico, es decir, desde su punto de vista interno.

finición, *reglas sociales*.<sup>7</sup> Y son reglas que no poseen validez; lo único que se puede decir de ellas es que existen o no existen. Su existencia está determinada por la realidad social y se identifican (o ejemplifican) mediante las conductas y emisiones lingüísticas (o declaraciones normativas) de los participantes.

Una autoridad judicial, por ejemplo, que dicta una sentencia de absolución contra un presunto delincuente, lo hace en *reconocimiento* de su obligación como autoridad decisora y en *reconocimiento* también de las reglas jurídicas que determinan los deberes y responsabilidades de los participantes. Un ciudadano que se comporta de acuerdo a las reglas jurídicas que regulan, por ejemplo, la circulación de vehículos, está *reconociendo* por ese medio que existen y que son obligatorias esas reglas de tránsito.

Una regla social, claro, tiene un *aspecto interno* y un *aspecto externo*. El interno es la aceptación de los participantes (mediante una actitud reflexiva y crítica); el externo, es el comportamiento socialmente compartido. *La aceptación*, entonces, desde el punto de vista interno, según lo explica Hart [1994: 55 y 89ss], se compone de dos elementos. Se acepta una regla social cuando hay actitud reflexiva y crítica (el aspecto interno) y la realización coincidente de ese comportamiento (el aspecto externo). Tener una actitud *reflexiva* significa, en pocas palabras, conducirse uno mismo, de manera autónoma, de acuerdo a las obligaciones que esas reglas imponen; esto es, asumir como propias las mismas pautas de comportamiento que exigimos de los demás. La actitud *crítica* es exigir de los demás que se comporten de acuerdo a esa

---

<sup>7</sup> Cfr. Hart [1994: 95 y 259]; Bayles [1992: 71]; y MacCormick [2010: 18s]. Para una caracterización más perspicua de la teoría de las reglas sociales de Hart, véase Marmor [2001b: 2].



obligación; y si hay incumplimiento, entonces se espera o se tiene la *expectativa* de que reciba alguna sanción.

La aceptación interna, que atañe a las reglas de reconocimiento, otorga validez y obligatoriedad a todo el sistema jurídico, y a todas las instituciones de derecho. Aceptar internamente esta regla, como veremos después, no es un compromiso moral. Basta que los participantes reconozcan los beneficios de participar de esta práctica social normativa para que acepten sus consecuencias impositivas. Así sucede, por ejemplo, con el ajedrez. No es porque el ajedrez sea moralmente bueno o represente valores morales de gran estima por lo que se considera obligatorio cumplir con las reglas que configuran y regulan esa práctica social. Puede ser por razones meramente intelectuales o de convivencia que las personas aceptan participar en este juego y, en consecuencia, aceptan las reglas y obligaciones que impone.

**iii.** La *tesis de la separación* es una de las características fundamentales del positivismo jurídico tradicional.<sup>8</sup> Para Hart, esta tesis consiste en que las reglas jurídicas, para ser consideradas *válidas*, no dependen de su correspondencia con algún principio o estándar de moralidad. La moralidad, entonces, no es un requisito para la validez jurídica de las reglas. Por supuesto, dado que el derecho es una práctica social, y en toda sociedad hay necesidades e intereses comunes, habrá criterios o estándares de moralidad que den contenido a ciertas reglas jurídicas;

---

<sup>8</sup> Las teorías positivistas de Bentham [1970] y Austin [1955] son notables en este aspecto. Ambas teorías se dirigen contra ciertas posturas iusnaturalistas. Bentham califica de *ficcional* al lenguaje de esas teorías que pretendían articular declaraciones normativas (enunciados de deber) con base en suposiciones metafísicas (como el *contrato social* o la *razón práctica*), y que lo único que hacen es mistificar el lenguaje jurídico. Esconden, pues, la *voluntad humana* que hay detrás de los términos normativos como *deber* y *obligación*, y en su lugar ponen *entidades misteriosas* como siendo el contenido de esos términos, cfr. Bix [1996: 111]. Austin, para justificar que el derecho es normativo sin importar su cualidad moral, advierte que las reglas de derecho se reducen a *órdenes* que da una autoridad con el respaldo de alguna amenaza. Cfr. Hart [1982: 29] y Bayles [1992: 8].

incluso a las reglas que constituyen la práctica jurídica. Sin embargo, ese contenido no pertenece a una concepción única de moralidad.<sup>9</sup>

El derecho y sus elementos configurativos (*i. e.*, las reglas jurídicas) y de justificación (*i. e.*, las expectativas de comportamiento) son algo independiente de su calificación moral. Las instituciones y reglas jurídicas imponen obligaciones que *pueden o no* corresponderse con algún principio de moralidad. Lo que les otorga su carácter normativo (o vinculatoriedad) es su aceptación desde el punto de vista interno. Una persona está obligada jurídicamente a comportarse de cierta manera sólo si existe una regla jurídica que le impone esa obligación; y como esa obligación se sigue de los ideales de reciprocidad que justifican la práctica social jurídica, el participante de esta práctica social asume o acepta el compromiso de cumplir con ella. La aceptación de cumplir las obligaciones jurídicas es algo que se justifica en la noción utilitarista de *reciprocidad*.<sup>10</sup> Esa obligación jurídica es el carácter normativo fundamental del derecho, y es el principal contenido de las reglas jurídicas (aunque no es el único).

Lo que intenta probar Hart con su teoría es que ni el aspecto justificativo ni el aspecto configurativo del derecho están necesariamente relacionados con la moralidad. El derecho es una convención social regulada específicamente por reglas jurídicas. Estas reglas jurídicas no existen por sí mismas ni se derivan de un orden na-

---

<sup>9</sup> Si hubiera una sola moralidad, *i. e.*, una moralidad trascendental o universal, y ésta definiera el contenido de lo jurídicamente válido, discutir acerca de si una regla de derecho es válida o no, sería ocioso. Porque bastaría con decidir si la obligación impuesta por la regla se corresponde con el estándar o criterio moral trascendental.

<sup>10</sup> Bentham y Austin son dos representantes del utilitarismo moderno. Ellos, como el mismo Hart, evitan concepciones esencialistas del deber (basadas en ideales religiosos o de estrato puramente cognitivo) y alegan que los sistemas normativos, en general, y el derecho, en particular, tienen como única base de justificación la utilidad o el beneficio que proporcionan. La finalidad de someterse o aceptar las cargas impositivas de esas prácticas es la *cooperación*. Cfr. Hart [1994: 91, 193, 198]. Aceptar ciertos compromisos, después de todo, es ayudarnos a alcanzar niveles mínimos (o deseables) de convivencia.

tural, sino que son parte de una convención social. Son reglas que se siguen de otras reglas, y que tienen como origen común una expectativa social de reciprocidad.<sup>11</sup>

Las reglas de reconocimiento, que son en gran medida las más difíciles de caracterizar, podrían o no corresponderse con algún principio de moralidad. Lo que importa, después de todo, es que sólo las reglas que cumplan con los criterios formales que establecen esas reglas de reconocimiento son las únicas reglas que se consideraran jurídicamente válidas. En este sentido, como dice Dworkin [1977], la teoría de la validez del derecho de Hart es una teoría de *pedigree*. Basta que las reglas satisfagan (formalmente) sus determinaciones de validez para que tengan existencia jurídica e impongan obligaciones para los participantes; no importando, entonces, su cualidad (o contenido) moral.

Esta crítica de Dworkin muestra una falla en la teoría analítica de Hart.<sup>12</sup> Si el sistema jurídico sólo se compone de reglas y las reglas jurídicamente válidas son derivaciones de las reglas de validez jurídica, entonces ¿los principios no son parte del sistema jurídico?, ¿lo son de una manera igual que las reglas jurídicas? *La teoría integradora* de Dworkin [1986] defiende que los principios no pueden ser incorporados al sistema jurídico mediante un procedimiento formal de validez, porque los principios invaden todo el sistema jurídico; incluso condicionan de alguna manera su existencia. La teoría de la validez jurídica de Hart, si Dworkin tiene razón, es incapaz de explicar la existencia de principios jurídicos, e incapaz de reconocerles validez jurídica.

Hart, sin embargo, no desconoce completamente la existencia de los principios jurídicos. Su respuesta, sin entrar a detalles, consiste en reconocer que en el derecho

---

<sup>11</sup> Shapiro [2001: 170] le llama por eso "ideal de expectativas protegidas" al convencionalismo jurídico de Hart.

<sup>12</sup> Al respecto, véase Shapiro [2007].

hay un *contenido mínimo de moralidad*.<sup>13</sup> Este contenido representa las necesidades o exigencias mínimas de los hombres que viven en sociedad. Están, por ejemplo, sus necesidades alimentarias o su vulnerabilidad frente al ambiente. La práctica jurídica impone obligaciones sobre la base de estas necesidades y exigencias comunes. En este sentido, es verdad que hay una cierta correspondencia entre las obligaciones jurídicas y ciertos principios de moralidad. Además, la configuración de una práctica jurídica, de la que se pretende su permanencia, no podría, sin riesgo de perder en algún momento su justificación, infligir otras convenciones o instituciones sociales más básicas (*p. ej.*, alguna moralidad socialmente compartida y practicada). Si las reglas contradicen esas convenciones sociales es posible que pierdan su respaldo normativo. En consecuencia, los principios jurídicos sí son parte del sistema jurídico y sí se corresponden con algunas obligaciones jurídicas; sin embargo, Hart insiste en que esos principios sólo poseen respaldo institucional si son positivados; y la única manera de hacerlo es a través de procedimientos formales de validez; dependiendo, entonces, de las reglas jurídicas.

Aunque no podemos entrar más a fondo en el debate entre la teoría positivista de Hart y la teoría integradora de Dworkin, por lo menos sí podemos reconocer un matiz importante en la teoría de Hart: no todo (o cualquier) contenido puede ser considerado jurídicamente válido. Aun si cumplen las formas establecidas por las reglas de validez jurídica, si hay reglas que establecen obligaciones en contra de lo que la gente considera correcto o moralmente justificado, es posible que pierdan su estatus normativo. De esto no se sigue, claro, que Hart abandone su positivismo jurídico. Lo que hace es reconocer que alguna moralidad puede penetrar en la

---

<sup>13</sup> Sobre si ese contenido mínimo es o no un reconocimiento *necesario* de moralidad, véase Starr [1984: 681s] y Bayles [1992: 117s].

configuración y ordenación de la práctica jurídica; lo que no sostiene, después de todo, es que esa una única moralidad o que las reglas necesariamente se tengan que corresponder con ella. En este sentido, su teoría sigue congruente con la tesis positivista de Bentham y Austin: la moralidad y el derecho son dos órdenes normativos independientes.<sup>14</sup>

**iv.** La *función judicial* que se sigue de esta concepción positivista basada en reglas de Hart es particularmente simple.<sup>15</sup> Las reglas secundarias de adjudicación son las que ordenan la función decisora de la autoridad judicial, y las reglas primarias son las que le orientan para decidir si hubo o no incumplimiento de las obligaciones jurídicas. Hart no sostiene, a pesar de esta estructura jurídica aparentemente simplificada, la tesis de que la única vía de justificación para tomar decisiones jurídicas sea la *deducción*. Aunque hay *casos fáciles*, donde la decisión del juez se logra mediante una aplicación estricta de la regla, hay también *casos difíciles*, donde el juez tiene que interpretar (o elegir una interpretación acerca de) el contenido de la regla para decidir cuál es la obligación jurídica, y si los hechos conocidos representan o no un incumplimiento de esa obligación.

La función interpretativa de los jueces es parte de lo que Hart [1994: 134 y 204] llama *discrecionalidad judicial*. Interpretar, a diferencia de sólo aplicar las reglas a casos concretos, es una actividad *creativa* del juez; para la cual no existen determi-

---

<sup>14</sup> Además, la moralidad no posee las mismas características que el derecho. No requiere de una aceptación interna, tampoco requiere de reglas constitutivas ni regulativas; y no posee un carácter convencional en el mismo sentido que el derecho, precisamente porque no es una práctica social institucionalizada. Y más aún, no tiene detrás de sí la misma presión social (o refuerzo coercitivo) que sí tiene el derecho.

<sup>15</sup> Decimos que es *simple*, porque la teoría de Hart no se ocupa, como él mismo lo advierte, de los problemas de justificación o de razonamiento jurídico. Sin embargo, su teoría positivista ha dado lugar a otras teorías muy interesadas en estos problemas; por ejemplo, la de Dworkin [1967], la de MacCormick [1978] y la de Alexy [1978]. Todos ellos, según su propia concepción del derecho, proponen criterios y estrategias de justificación jurídica.

naciones específicas aunque sí constreñimientos institucionales. Por ejemplo, si hay una regla que establece “es obligatorio que los vehículos no circulen en el parque”, ¿cómo puede decidir el juez si las carriolas, las patinetas, las ambulancias y las patrullas tienen prohibido circular en el parque? Para hacerlo, el juez tiene que interpretar el significado del término *vehículo*. Este término, lo mismo que *derecho*, posee indeterminación semántica; es decir, no hay un solo y único significado asociado a su uso correcto cfr., Hart [1994: 126ss. y 135]. El problema consiste en que la interpretación nos obliga a revisar los rasgos o características de aquello a lo que se suele referir cuando se usan estos términos.<sup>16</sup>

Ahora bien, la discrecionalidad del juez, en casos de interpretación como estos, es el margen de justificación que concede Hart [1994: 252, 272 y 275] en los casos difíciles. No se trata de que el juez decida libremente, según sus propias valoraciones, cuál es la mejor interpretación posible; se trata, más bien, de que el juez revise esos objetivos que pretende asegurar la regla, con el fin de tomar en consideración las demás reglas relevantes que conforman el sistema jurídico, para llegar entonces a una decisión cfr., Hart [1994: 18, y Starr 1984: 681].

La decisión jurídica, justificada sobre la base de esta función interpretativa, *no* representa una conexión necesaria entre moralidad y derecho, cfr. Hart [1994: 205]. El juez decide discrecionalmente considerando el sistema jurídico en su con-

---

<sup>16</sup> El problema al que nos referimos aquí es al de “la textura abierta” del lenguaje. Este problema consiste básicamente en no poder determinar de manera exhausta la extensión de algún término general. Un ejemplo clásico es el del término “calvo”. Una persona es calva cuando ya no tiene cabello (y entonces estamos frente a un caso más claro); sin embargo, no podemos determinar claramente si es calvo o no, cuando sólo tiene cincuenta, veinte, diez o cinco cabellos. Desde la filosofía del lenguaje de Waisman, esta indeterminación de los términos generales de clasificación se considera ineludible. Términos como *derecho*, *vehículo*, *homicidio*, etcétera, son términos que poseen *textura abierta*; es decir, que su extensión no puede ser claramente determinada.

junto y revisando los objetivos (*p. ej.*, el bienestar social y la convivencia pacífica) sin que sea necesario comprometerse con una posición moral particular. Si la decisión jurídica del juez es moralmente incorrecta, no pierde por eso su carácter vinculante. Esto no quiere decir que su calificación moral sea inútil; lo que le importa decir a Hart es que tomar una decisión jurídica *no requiere* que esa decisión esté moralmente justificada.<sup>17</sup>

v. La práctica social jurídica es una institución *dinámica*. Ya mencionamos que el derecho es una convención social constituida por reglas primarias de obligación y reglas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación.<sup>18</sup> También mencionamos que el carácter normativo de estas reglas es producto de una aceptación interna de los participantes.<sup>19</sup> Esta aceptación interna se puede constatar mediante evidencia empírica: convergencia de comportamientos, actitudes de reprochabilidad, actos de habla, etcétera.

---

<sup>17</sup> Desvincular la moralidad del derecho en el nivel de la justificación jurídica no es una necesidad de Hart. Él sugiere que las decisiones jurídicas, igual que las reglas jurídicas en el nivel de la validez, son estrictamente convencionales. Obedecen a situaciones de orden generalmente aceptadas. Si la justificación jurídica entrañara justificación moral, muchas decisiones que reflejan progreso en esas situaciones de orden (*p. ej.*, en temas como el aborto, la libertad sexual, etcétera) tendrían que retrasarse hasta que se justifiquen moralmente. Lo cual se vuelve imposible si la moralidad en turno es de tipo religiosa o fanática. Hart, cuando se refiere a estos objetivos o fines valiosos que pretende asegurar el derecho y a las *actitudes morales* particulares de los participantes, usa el término *principios jurídicos*, que son creencias morales que están en la sociedad, que cumplen funciones de orden y que pueden ser agregadas al sistema jurídico mediante procesos legislativos o administrativos. No son valores morales últimos ni ideales supremos que el hombre debe procurar.

<sup>18</sup> Según Marmor [2001a: 200ss], el convencionalismo de Hart es un *convencionalismo constitutivo*, o sea, un convencionalismo que se constituye por aceptación de reglas y formas de comportamiento. A diferencia de éste, hay un *convencionalismo de coordinación*, a la Lewis, cuya razón de ser es la solución de problemas de coordinación y que se constituye mediante ciertos acuerdos. Coleman [2001: 117] discute esta interpretación y afirma que, si el de Hart tuviera que ser uno de los dos, tendría que ser también un convencionalismo de coordinación.

<sup>19</sup> En la interpretación que hace MacCormick [2010: 18s] de la teoría hartiana, la única regla social, la única regla secundaria sobre la cual se puede tener aceptación interna es la regla última de validez. En el postscript a su *The Concept of Law*, Hart reconoció esta observación y añadió que, de ser el caso que no hubiera aceptación por parte de todos los participantes, bastaría con la aceptación de los funcionarios o autoridades del Estado. Ellos aceptarían la regla última de validez como una *regla dotada de autoridad* para imponer las obligaciones correspondientes. Cfr. Siltala [2011] y Coleman [2001].

De esta forma pasa Hart de una práctica social, es decir, de una constelación de hechos humanos, a una práctica normativa, que impone deberes y obligaciones jurídicas. Lo característico de esta práctica normativa, como explicamos arriba, es que es autoreguladora. Se da sus propias reglas, las modifica según procedimientos previamente establecidos o las deroga, admite nuevas interpretaciones, etcétera. Una práctica así, que pretende regular el comportamiento de los participantes asegurando los valores de bienestar social y convivencia pacífica, permite adaptarse con mucha facilidad a los cambios que se dan en las concepciones morales o políticas de la sociedad. Donde la sociedad demanda un cambio, quizás porque los intereses comunes toman un rumbo distinto al que conducen las reglas jurídicas existentes, el carácter institucional del derecho (*i. e.*, sus reglas secundarias), establecen las formas y procedimientos para incorporarlo. Y no sólo por medio de procedimientos legislativos o administrativos, sino también por medio de la función adjudicativa.

## **1.2. Los hechos institucionales y la teoría de la obligación de Searle**

La teoría institucionalista del derecho de MacCormick, así como las correcciones que intenta hacer al modelo hartiano, dependen en gran medida de su concepción filosófica acerca de *la realidad social*. La teoría institucionalista de Searle es la base, sino el fundamento, del institucionalismo jurídico de MacCormick [1992, 1998 y 2007], y de Weinberger [1991].

La teoría de los actos de habla y la teoría institucional de la realidad social de Searle [1969] pueden interpretarse como una aplicación de las teorías pragmatistas del lenguaje, principalmente las de J. L. Austin, L. Wittgenstein y E. Anscombe, al ámbito de la filosofía social. Estas teorías entienden al lenguaje, y a las prácticas sociales en general, como *convenciones*, cfr. Selznick [1996]. Lo característico de



estas convenciones es que dan lugar a una partición entre *los hechos* que constituyen nuestra realidad social. Por un lado, están los *hechos brutos*;<sup>20</sup> es decir, aquellos que ocurren en el mundo y que no dependen de interpretaciones de algún tipo para ser consideradas existentes o reales,<sup>21</sup> por ejemplo, tener un pedazo de papel de cierto tamaño en la mano. Y por otro lado, están los *hechos institucionales*, que, según Searle [1995], adquieren significado o existencia sólo por referencia a una práctica social o institución. Así, por ejemplo, lo que *en realidad* tengo en la mano no es sólo un pedazo de papel sino un billete de cincuenta pesos.

En este sentido, defiende Searle [1995: 1], estos hechos existen sólo porque *creemos que existen*. Creemos en cosas como el dinero, la propiedad, los gobiernos y los matrimonios. Lo que no es verdad acerca de estos hechos es que sean menos *objetivos* que los hechos brutos, cfr. Tsohatzidis [2007: 1]. La distinción entre ambos tipos de hechos no corresponde a una distinción o diferenciación entre *realidades*. La realidad social, por decirlo de alguna manera, es la misma. Lo que sucede es que estos últimos hechos sólo tienen significado si se entienden como hechos institucionales; es decir, a la luz de las creencias que definen nuestras prácticas sociales.

---

<sup>20</sup> Anscombe [1958] propone la etiqueta *hechos brutos* para hablar de los hechos que son más básicos en relación con los hechos que son parte de, o que constituyen, nuestra realidad social. Anscombe pone como ejemplo pedir a un tendero un cuarto de patatas. De este hecho no parece seguirse un deber; es decir, si la tesis de Hume es cierta (*i. e.*, que de un *ser* no se puede derivar un *deber*), Anscombe no *debe* al tendero algo como consecuencia del hecho de pedirle un cuarto de patatas. Su interpretación de esta situación, para justificar que sí existe tal consecuencia normativa, es que detrás de la ocurrencia de ciertos hechos (como el de pedir al tendero un cuarto de patatas) está *presupuesta* alguna institución de la cual este hecho bruto es una instancia *normal* (*p. ej.*, una compraventa). Neta [2004] clasifica los hechos brutos como *no evaluativos* y *no normativos*; es decir, hechos que no contienen una evaluación moral para orientar la acción de las personas y que tampoco aparecen como obligatorios o debidos.

<sup>21</sup> Cfr. González [1993: 268], donde se lee: "Son *hechos brutos* aquellos cuyo acontecer es independiente de reglas, aunque pueden ser regulados por ellas, y *hechos institucionales* aquellos cuya existencia misma depende de las reglas constitutivas". Y más adelante, González [1993: 269] agrega: "Las *actividades institucionales* son simplemente acciones a las cuales las reglas constitutivas confieren un significado; acciones que son *interpretadas* a través de reglas". Todas las cursivas son nuestras.

La objetividad de estos hechos institucionales radica en que su existencia no depende de gustos o preferencias particulares ni tampoco de evaluaciones o actitudes morales privadas.<sup>22</sup> Los hechos institucionales se diferencian de los hechos brutos en la medida en que los primeros dependen de que exista una práctica social con base en la cual puedan ser interpretados; mientras que los segundos, no. Así, por ejemplo, aunque un hecho bruto (*p. ej.*, tener un pedazo de papel en mi mano) no depende de alguna institución; su interpretación como un hecho institucional (*p. ej.*, que tenga un billete de cincuenta pesos en mi mano) sí depende de una institución: la institución del dinero.

Los hechos institucionales de los que habla Searle son una subclase de los *hechos sociales*. Estos hechos son sólo aquellos que expresan una *intencionalidad colectiva*, véase Searle [1979]. Aunque más adelante vamos a regresar sobre este tipo de intencionalidad, lo que ahora importa es responder *¿cómo son posibles los hechos institucionales?* Tomando en cuenta, además, que ellos dependen de un marco institucional de interpretación.

### 1.2.1. Hechos institucionales

Pensemos en la siguiente situación. Searle entra a un restaurante en París y pide una cerveza (en francés). Sus palabras son significativas, puesto que la mesera sirve la cerveza que Searle está pidiendo. La bebe, paga la cuenta y sale del restaurante. Este episodio, que no tiene mayor dificultad narrativa, está saturado de *complejidad ontológica*. Hay un restaurante, hay una cerveza, hay emisión de palabras, hay una

---

<sup>22</sup> En este sentido, afirma Searle [1995: 8s], los hechos institucionales poseen objetividad epistémica aunque son ontológicamente subjetivos. Por ejemplo, uno puede saber que algo es un pedazo de papel tan objetivamente como uno puede saber que ese pedazo de papel es un billete de cincuenta pesos. Sin embargo, que algo sea un pedazo de papel no depende de que alguien lo tome por un pedazo de papel; mientras que su *ser* un billete de cincuenta pesos sí depende de que mucha gente lo tome por un billete de cincuenta pesos.

mesera, hay una cuenta por pagar y hay algo que es dinero. Y aunque algunos de estos hechos pudieran ser descritos sólo como objetos físicos del mundo, esto no capturaría sus propiedades relevantes. Por ejemplo, el restaurante no es sólo un edificio o un cúmulo de elementos químicos; su existencia como restaurante, es decir, como un *establecimiento mercantil*, depende de que alguna autoridad institucional haya concedido un permiso para operar. También la mesera, aunque es una persona con ciertos rasgos físicos, es una *empleada* del restaurante; y la *cuenta* y el *dinero*, aunque pueden describirse como materiales físicos, su objetivo es cumplir con las funciones institucionales de requerimiento y liquidación del pago, respectivamente. Además, la emisión de las palabras (en francés) de Searle es suficiente para realizar un acto comunicativo, para ordenar algo, y lo puede hacer amablemente o no, y éstas no son propiedades que puedan explicarse sin hacer referencia a la institución misma del lenguaje.

Este tipo de hechos no sólo son posibles sino además necesarios en nuestra realidad social. Es difícil, si no imposible, concebir un mundo tal que nuestras acciones no están reguladas de alguna forma, o no estén dirigidas hacia objetivos sociales o individuales más o menos determinados por reglas convencionales. Searle es de la opinión de que estos hechos ocurren gracias a que nuestra experiencia cultural consiste precisamente en involucrarnos en esta *estructura invisible de la realidad social*. Nuestra participación en la sociedad consiste en realizar acciones (p. ej., ordenar comida en los restaurantes, pagar cuentas, etcétera) sin reflexionar demasiado respecto de la composición ontológica de estas acciones. También aprendemos a identificar las propiedades relevantes de esas acciones y a usarlas y modificarlas deliberadamente.<sup>23</sup> En esto consiste nuestro contexto institucional.

---

<sup>23</sup> Searle [1995: 4] agrega que incluso la *complejidad ontológica* de estos hechos parece más simple que su *simpleza ontológica*. Nos resulta más inteligible, dada nuestra experiencia cultural, entender que ciertos hechos

La existencia de hechos institucionales depende de nuestras características humanas. Los seres humanos compartimos ciertas capacidades y necesitamos que ciertas actividades se realicen con el mayor éxito posible; también necesitamos de la participación de otras personas y de la obtención de ciertos fines. Todo esto como parte de nuestra existencia y de la existencia del mundo tal como es. Así, hablar de hechos institucionales no es hablar acerca de rasgos metafísicos de nuestra realidad; es hablar de nuestra realidad misma.

Lo característico de estos hechos, sin embargo, es que poseen un estatus distinto del que poseen otros hechos (*i. e.*, los hechos brutos). Lo que importa entender aquí es cómo surge esta realidad institucional. Searle [2007: 12] afirma, primero, que necesitamos entender la capacidad humana para la cooperación. Esta idea de la cooperación ilustra el hecho de que las personas realizan actividades comunes, que no son reducibles a la suma de las acciones de cada una de las personas involucradas. Por ejemplo, participar en un debate o tocar una sonata de Mozart son acciones cooperativas, que no se pueden reducir a la suma de cada una de las acciones de los participantes. Lo que les da sentido como una sola acción (*i. e.*, una acción conjunta) es el objetivo o propósito común hacia el cual están dirigidas.

La realidad social, constituida esencialmente por estas acciones conjuntas, depende de las intenciones de los participantes. Esta intención, diría Searle, se expresa en la capacidad que tiene el ser humano para asignar *funciones* a los objetos y hechos del mundo.<sup>24</sup> En términos muy simples, esta capacidad puede expresarse

---

cumplen una función social (*p. ej.*, que el dinero es para pagar cuentas) antes que entender su estructura física (*p. ej.*, que los billetes son pedazos de papel, con grabaciones especiales en ambas caras, etcétera).

<sup>24</sup> Searle [2007: 13] explica que "[...] una función es una causa que sirve a un propósito. El argumento crucial de que todas las funciones son relativas al observador es que la noción de función introduce una función de normatividad". Esta noción, sin entrar a fondo, significa que la asignación de ciertas funciones a un objeto (*p. ej.*, un

mediante una estructura lógica muy básica: *X cuenta como Y en C*; es decir, algún objeto o hecho *X* cuenta o es considerado como un objeto o hecho *Y* en un contexto social *C*. Por ejemplo, un pedazo de papel (*X*) cuenta como un billete de cincuenta pesos (*Y*) en el sistema monetario mexicano (*C*).<sup>25</sup>

La asignación de funciones, como la idea misma de representación, permitirá a Searle [2007: 24] llegar a la siguiente conclusión: "El lenguaje es constitutivo de toda nuestra realidad institucional. Puedes tener lenguaje sin tener dinero, matrimonio, o gobierno, aunque no puedes tener dinero, matrimonio, o gobierno, sin lenguaje. *Todos los hechos institucionales son hechos lingüísticos*".<sup>26</sup> Como veremos a continuación, el lenguaje es entonces el medio por el que otorgamos carácter normativo a nuestra realidad institucional.

### 1.2.2. Intencionalidad y actos de habla

Esta teoría de la realidad social institucional de Searle depende de lo que se diga acerca de *cómo usamos nuestra capacidad de representación*. Searle [1979: 74] sostiene que esto es resultado de lo que algunos filósofos han llamado *intenciona-*

---

corazón) es lo que nos permite calificar a ese objeto como disfuncional. Decir de un corazón que causa la circulación de la sangre no permite atribuirle carácter normativo; sin embargo, decir que la *función* del corazón es bombear sangre, sí permite evaluar su desempeño, hablar de su discapacidad o mal funcionamiento, etcétera.

<sup>25</sup> La cláusula de *contar como* es la más importante de esta estructura lógica. Searle [2007: 16] defiende que *contar como* o *tenerse por*, etcétera son formas comunes a la naturaleza humana. El hombre se representa cosas o hechos y para ello utiliza de formas de representación o de simbolización, como el lenguaje. Lo importante de esto es la asignación de un carácter normativo. El medio de representación entraña ya un compromiso, un cierto estatus deontológico.

<sup>26</sup> Tsohatzidis [2007] comenta acerca de una posible objeción de circularidad en esta conclusión de Searle. Cómo puede ser, uno se preguntaría, que el lenguaje sea él mismo un institución y, a la vez, la base de las instituciones. La respuesta de Searle [1995: 99] podría ser que hay dos sentidos distintos en los que se usa el término *lenguaje*. Primero, como capacidad humana para simbolizar y, segundo, como institución; esto es, como convención social de comunicación. El primero es el que cuenta como base de las instituciones (*i. e.*, una capacidad natural); el segundo, es el que cuenta como institución.

lidad. La intencionalidad, puesta en términos muy simples, es la cualidad de la mente por la cual se dirige a objetos y a estados de cosas en el mundo. Por ejemplo, *creer* o *desear* son estados mentales intencionales. Creemos que algo es el caso o deseamos que algo sea el caso, y esto significa que dirigimos nuestra mente hacia ese algo que creemos o deseamos. Sin embargo, no todos los estados intencionales están relacionados de la misma forma con el objeto hacia el cual se dirigen ni todos están conectados directamente con ese objeto. Alguien puede tener la creencia, supongamos, de que el rey de Francia es calvo o el deseo de que llueva, aun cuando no exista un rey de Francia o no llueva. El distanciamiento o desconexión con el objeto hacia el cual se dirige el estado mental no lo hace menos intencional.

La relación entre un estado mental particular y el objeto hacia el cual se dirige se lleva a cabo mediante una *representación*. Los estados intencionales, como creer y desear, de acuerdo con Searle [1979: 75], representan objetos y estados de cosas, y lo hacen exactamente en el mismo sentido que los actos de habla representan objetos y estados de cosas.<sup>27</sup> Esta *similitud* se puede reconocer a través de las formas sintácticas de los verbos de actos de habla y los verbos de estados intencionales que nombran las *condiciones de sinceridad* de los actos de habla. El verbo que nombra el acto de habla (*p. ej.*, prometer u ordenar) y el verbo que nombra su condición de sinceridad (*p. ej.*, tener la intención de o tener el deseo de) están estrechamente vinculados. Alguien que emite la oración "prometo que mañana te pago lo que

---

<sup>27</sup> El mismo Searle advierte que, a pesar de esta similitud que guardan los estados intencionales con los actos de habla, no puede interpretarse que todos los estados intencionales son esencialmente lingüísticos. En todo caso, su análisis de los estados intencionales muestra la relación inversa: el lenguaje es derivado de la intencionalidad. Para Searle [1962] los actos de habla son los más importantes en el análisis filosófico del lenguaje. Sin embargo, no afirma que sean ellos el enfoque único del lenguaje o el enfoque con el cual se puedan resolver todos los problemas acerca del significado de las palabras. Por el contrario, él mismo se excluye del grupo de filósofos que piensan que el significado de las palabras se corresponde con su uso. Su tesis consiste, en cambio, en que alguna parte del significado de esas palabras está dada por su uso (*i. e.*, por la función que tienen en los actos de habla).

te debo", en un contexto adecuado de realización (*p. ej.*, en el que la persona a quien se dirige la promesa entiende el significado de estas palabras, y el que las dice no está bromeando o realizando una actuación), entonces el estado intencional del hablante puede entenderse como *teniendo la intención de mañana pagar lo que debe*.<sup>28</sup> Lo mismo sucede en el caso de *ordenar*. Cuando alguien ordena a alguien pagar una deuda, su estado intencional o su condición de sinceridad consiste en tener el deseo de que alguien pague lo que debe.<sup>29</sup>

Si prometo a alguien pagar algo o si ordeno a alguien pagar algo, y esto entraña el estado mental de tener la intención de pagar o tener el deseo de que alguien pague, entonces tanto en el acto de habla como en el estado intencional hay una representación. El primer acto de habla representa una acción de mi parte (que pague algo); el segundo, una acción de tu parte (que pagues algo). Y lo mismo con respecto a cada estado intencional, sólo que ahora bajo ciertas *modalidades psicológicas*. Ambos estados intencionales representan algo (en el primer caso, tener la intención de pagar algo, y en el segundo, tener el deseo de que tú pagues algo).

---

<sup>28</sup> Searle [1979: 76s] señala que el contenido proposicional de los actos de habla y de los estados intencionales está relacionado con el estado intencional o acto de habla de que se trata por medio de una *dirección de ajuste*. Por ejemplo, en "predigo que mañana va a llover", el contenido proposicional es "que mañana va a llover", y lo mismo con el estado mental "creo que mañana va a llover". A diferencia de otros actos de habla, como las declaraciones o las descripciones, la dirección de ajuste del acto de predecir con respecto a su contenido proposicional es de mundo-a-palabra. Esto significa que no es la palabra la que tiene que ajustarse o coincidir con el mundo, como sí tendría que ocurrir con una *declaración* (*p. ej.*, si yo digo "el árbol que estaba afuera de mi casa se cayó en la noche", sólo si el árbol del que estoy hablando se cayó en la noche puedo decir que mi declaración es verdadera; de otro modo, es falsa). En cambio, en el acto de predecir no puedo decir que es verdadero sólo si coincide con el mundo; más bien, tengo que hacer que el mundo coincida con el acto de habla. Así es como tienen sentido los actos de prometer, predecir, etcétera. Hay una *responsabilidad especial* en el hablante para hacer que la promesa o la predicción se cumplan o tengan éxito.

<sup>29</sup> Por supuesto que hay estados mentales que corresponden justamente con la intención contraria de la que se supone está detrás de su acto de habla. Por ejemplo, alguien que engaña deliberadamente a otro diciendo que le promete pagar una deuda, aun estando consciente de que no pagará, está realizando un acto de habla y, por tanto, teniendo un estado mental intencional. El acto de habla es prometer falsamente (mentir) y su estado intencional es precisamente tener el estado intencional contrario al que ocurre cuando se realiza el acto sincero de prometer, *cfr.* Searle [1979: 73].

### 1.2.3. *Intencionalidad colectiva y obligación*

Como atinadamente lo dice Ludwig [2007: 49], la fundación de cualquier teoría de la realidad social es una teoría de la naturaleza del comportamiento colectivo, y en particular del *comportamiento colectivo intencional*. Las prácticas y las interacciones sociales de cualquier tipo involucran esencialmente alguna forma de comportamiento intencional colectivo.

Para Searle, como ya lo dijimos, los hechos institucionales son una subclase de los hechos sociales. Estos hechos involucran lo que él mismo denomina una *intencionalidad colectiva*. Ya dimos alguna explicación en el apartado anterior de la idea de intencionalidad que le interesa defender a Searle, pues ahora diremos un poco acerca de qué es la intencionalidad colectiva y cómo de ella se puede generar, mediante un argumento bastante controvertido sobre los actos de habla, una *obligación*.

Los hechos sociales son manifestaciones de una intencionalidad colectiva (y no de una mera intencionalidad individual). Esta intencionalidad colectiva implica necesariamente una capacidad de representación o simbolización. Esta representación, sin embargo, da lugar a la cuestión de si *hay algo distinto cuando un grupo de agentes hacen algo intencionalmente que sea más que la suma de las acciones individuales que cada uno realiza*. Aunque Searle sostiene que sí lo hay, esto no significa que tengamos que admitir que hay más mentes involucradas de las de los participantes ni tampoco que haya algo externo a estas mentes que sea constitutivo del contenido de ese acto colectivo intencional.

Lo que hay, dice Searle [2007], es que cada mente individual posee dos tipos distintos de intenciones que son mutuamente excluyentes. Tenemos las *Yo-inten-*



ciones y las *Nosotros-intenciones*. Y éstas son tales que, realizar la última puede ser un fin para la cual la realización de la primera es un medio. Supongamos que hay dos sujetos (*A* y *B*) que están realizando alguna acción colectiva. Según Searle, sólo cuando ambos satisfacen un tipo idéntico de *Nosotros-intención*, que cada uno de ellos tiene individualmente mediante sus *Yo-intenciones*, se puede decir que están llevando a cabo esta acción pretendida.

Pongamos un ejemplo. *A* y *B* son dos miembros de una orquesta. *A* toca el piano y *B* toca el violín. Sólo cuando ellos tocan juntos, con cierta armonía, se puede decir que están interpretando, por ejemplo, la Sonata Kv 6 de Mozart. No parece tener sentido decir que *A* tocando solo el piano, sin decir algo acerca de *B*, pueda contar como *A* interpretando la Sonata Kv 6 de Mozart. O viceversa, lo que constituye su acción colectiva (*i. e.*, su concierto) es la realización de sus ejecuciones en conjunto. Ahora, esa acción colectiva es el fin para el cual cada uno de ellos, *A* y *B*, están ejecutando, por su cuenta, los acordes correspondientes. Sus acciones intencionales individuales es lo que constituye, entonces, su acción colectiva. Sin embargo, esa acción colectiva no se explica exitosamente sólo por referencia a cada una de esas acciones individuales.

Ahora, así como en las acciones intencionales individuales (*p. ej.*, prometer, desear, etcétera), también en las acciones intencionales colectivas hay condiciones de realización. No hay una acción intencional colectiva si no se satisfacen esas condiciones, lo cual implica realizar exitosamente cada una de las acciones intencionales individuales. El contexto institucional es también aquí necesario para las acciones colectivas.

Gilbert [2007] intenta mostrar que la *Nosotros-intención* está asociada con alguna idea de *derechos* y *obligaciones* especiales derivados precisamente de ese

contexto institucional. Y esta idea parece justificar que hay algún acuerdo sobre el cual se constituyen las acciones colectivas. Lejos de decidir si esta interpretación de la teoría institucionalista de Searle es correcta o no, lo que nos interesa ahora es explicar por qué de la *racionalidad* de las acciones colectivas se sigue alguna consecuencia normativa.

Para Searle [1964], en respuesta a Hume, sí se puede llegar a ciertas *declaraciones normativas* partiendo solamente de un conjunto de *declaraciones descriptivas*. En estas declaraciones descriptivas están involucrados ciertos elementos lingüísticos, por ejemplo, en el acto de habla de prometer, se tienen que cumplir ciertas condiciones de realización y se tienen que excluir situaciones de excepción, es decir, situaciones que impedirían la realización del acto de prometer (*p. ej.*, que la emisión de palabras que constituye típicamente el acto de prometer se hiciera durante una actuación teatral, etcétera).

Tanto las condiciones de realización como las situaciones de excepción son consideradas por Searle [1964] como *reglas* institucionales. Estas reglas constituyen y determinan la realización de ciertos hechos institucionales. Las *reglas regulativas* regulan ciertas acciones (*p. ej.*, si quieres realizar el acto de prometer, entonces tienes que usar las palabras “yo prometo”). Las *reglas constitutivas*, en cambio, constituyen (y también regulan) la actividad cuya existencia es lógicamente dependiente de ellas (*p. ej.*, se realiza una promesa cuando alguien emite ciertas palabras, bajo un contexto adecuado de realización, excluyendo posibles situaciones de excepción, etcétera).

Instituciones como el dinero, el matrimonio, el ajedrez y el derecho son del tipo que se constituyen por *reglas constitutivas* y se regulan por *reglas regulativas*. Los hechos institucionales, que son hechos que se realizan tanto colectiva como

individualmente, presuponen este tipo de instituciones. Las teorías institucionales del derecho de MacCormick [1998] y Weinberger [1991] toman como elementos básicos las nociones de regla, acciones intencionales colectivas e individuales y contextos institucionales para explicar la práctica jurídica y su carácter normativo.

### **1.3. La teoría institucional de la acción de Weinberger**

MacCormick y Weinberger [1992] dieron forma, de manera independiente, a una teoría institucionalista del derecho. Su propuesta consiste, básicamente, en tomar al derecho como un aspecto de nuestra *realidad social* y, al mismo tiempo, como un *sistema normativo*. A esta propuesta la nombraron *Positivismo jurídico institucional*, y asumieron como su principal objetivo responder al problema acerca de cómo derivar *deberes* (*i. e.*, normas jurídicas) de una práctica social.

Aunque MacCormick y Weinberger pertenecen a tradiciones filosóficas distintas,<sup>30</sup> sus caminos se cruzan en puntos muy importantes. Por ejemplo, en sus consideraciones sobre la jurisprudencia analítica de Hart y la teoría institucionalista de la realidad social de Searle. Esto no significa, ni podría significar, que ambos estuvieron interesados en exactamente los mismos problemas filosóficos del derecho. Ni siquiera significa que estuvieron de acuerdo en sus posibles soluciones.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> En el caso de Weinberger, sus influencias más notables son, entre otras, el pensamiento lógico y sistemático de la teoría de la acción de von Wright y el pensamiento socio-jurídico de Kelsen y Weyr. En el caso de MacCormick, sus ideas están más relacionadas con la teoría del derecho de Hart y las teorías del razonamiento jurídico de Dworkin, Summers, Alexy y Raz.

<sup>31</sup> Mientras Weinberger [1985, 1991, 1994] se ocupa, por ejemplo, de la ontología y semántica de la lógica de las normas, de los problemas estructurales del derecho y de los procesos de cambio jurídico, MacCormick [1994, 1998] se interesa en las tesis más representativas de la jurisprudencia analítica (*p. ej.*, la relación entre moral y derecho, la distinción entre casos fáciles y casos difíciles en el derecho y las cuestiones de justificación jurídica), la estructura lógica del razonamiento jurídico y la aplicación de la filosofía del lenguaje ordinario en el derecho.

En esta esa sección vamos a dar una explicación muy breve de la teoría de la acción institucional de Weinberger, para posteriormente explicar con más detalle el pensamiento institucionalista de MacCormick.

### ***1.3.1. Hechos institucionales y teoría de la acción***

Al problema de cómo pasar de un *hecho* (o un aspecto de la realidad social) a un *deber* (expresado en normas jurídicas), Weinberger [1991: xiii] responde: el derecho tiene que ser visto, primero, desde una perspectiva de teoría de la acción; y después, las instituciones tienen que entenderse en relación con las estructuras sociales, donde tanto las funciones normativas como los procesos sociales se mezclan. En este sentido, para comprender al derecho es necesario comprender a la sociedad, y no al revés. El carácter normativo (el deber) es consecuencia de nuestra realidad social, cfr. MacCormick y Weinberger [1992: 1].

La ontología social detrás de esta concepción de Weinberger es una que incluye la capacidad de actuar de los seres humanos. Esta capacidad involucra un elemento cognitivo que da lugar a procesos deliberativos. Ese elemento cognitivo está asociado con la obtención de conocimiento causal (*i. e.*, relaciones causales entre hechos) cuya validez, asegura Weinberger [1991: 4], no se reduce a una suma estadística de experiencias, sino que también incluye una aplicación general de información práctica. La información práctica contiene, entre otras cosas, componentes sociales y culturales del mundo en que vivimos.

Weinberger, retomando a Searle, advierte que los hechos institucionales son interpretados de acuerdo a los atributos institucionales que les asignamos; es decir, según las funciones que cumplen en un contexto determinado. Lo más importante

de estos hechos es que están sujetos a *reglas de acciones*. Estas reglas no son meras entidades abstractas, sino que su contenido determina los cursos de acción. Y para hacerlo, tienen que proporcionar información de cierto tipo al usuario de las reglas; de ahí que Weinberger [1991: 5] diga que *la acción es un comportamiento gobernado por información*.

Weinberger considera dos tipos distintos de información. Uno es descriptivo, y el otro práctico. Sólo si el agente posee cierta información acerca del mundo, información del tipo causal (o nómica), un entendimiento de los procesos por los cuales puede solucionar ciertos problemas (que puede entenderse como la experiencia adquirida mediante esfuerzos previos o retroalimentación) e información en términos de objetivos, metas, obligaciones, etcétera (que nos permitan, o bien realizar un elección según nuestras preferencias, o bien comportarnos de acuerdo a lo mandado), puede llevar a cabo su acción. En este sentido, y esta es la tesis que le interesa defender a Weinberger [1991: 6], la acción está determinada tanto por información descriptiva como por información práctica.

Estas acciones adquieren sentido cuando son interpretadas a la luz de las instituciones sociales. Una *institución* para Weinberger [1991: 21] es el sistema-marco de la acción. Y ella misma posee un núcleo de información práctica.<sup>32</sup> Al sistema-marco Weinberger [*idem*] lo caracteriza como un *complejo de propósitos*,

---

<sup>32</sup> Weinberger [1991: 19] asegura que las instituciones siempre contienen un núcleo de información práctica. Esta información no es sólo descriptiva sino, y principalmente, regulativa. La caracterización usual de esta información práctica se da en términos de *reglas de comportamiento*, *reglas de empoderamiento* y *reglas constitutivas*. Las primeras son condicionales de deber; las segundas determinan roles, competencias y posiciones dentro de un marco institucional; y las últimas constituyen y regulan una práctica cuya actividad no es lógicamente independiente de estas reglas. Una explicación más amplia de lo que Weinberger quiere decir con información práctica y procesos cognitivos se puede ver en Weinberger [1991: 43 y ss].

*estándares de valor y preferencias*. Y aunque este marco no determina por sí mismo la acción; es decir, no es una condición suficiente, sí es una condición necesaria para la realización de la acción.<sup>33</sup>

Lo que da lugar a una institución de cualquier tipo, asegura Weinberger, son las *reglas que determinan instituciones*. Estas reglas contienen tanto información descriptiva como información regulativa; es decir, hay tanto información acerca del mundo como información acerca de las funciones que cumplen ciertos objetos. Su diferencia con respecto a las *reglas constitutivas* de Searle, es que las de Weinberger no son meramente estipulativas o definicionales. Las reglas que determinan instituciones pueden, por ejemplo, establecer procedimientos u otorgar algunas facultades para que las autoridades emitan reglas jurídicas. En el caso de Searle, dice Weinberger, no hay tal cosa como un elemento normativo o de corrección en las reglas constitutivas, sólo hay una estipulación de requisitos que una vez satisfechos otorgan validez (jurídica). En cambio, las reglas que determinan instituciones también poseen carácter normativo; nos dicen, por ejemplo, qué reglas presuntamente válidas son más o menos coherentes con el resto de normas que integran el sistema jurídico.<sup>34</sup>

Esta caracterización de las reglas que determinan las instituciones posee intrínsecamente un elemento cognitivo indispensable. Es necesario que las personas

---

<sup>33</sup> Si MacCormick va a explicar a las instituciones a partir de las reglas que están involucradas (*i. e.*, reglas institutivas, consecuencialistas y de término), Weinberger las explica como marcos de acción determinados por información práctica. Los requerimientos para la constitución de prácticas institucionales, de acuerdo a la caracterización que cada uno propone, son desde luego distintos.

<sup>34</sup> En nuestra opinión, Weinberger no está tomando en cuenta la reformulación que hizo Searle de su noción de reglas constitutivas. Según lo vimos en la sección anterior, Searle entiende esas reglas como determinaciones que dan lugar a una práctica institucional, que la hacen existir; sin embargo, también les concede un carácter regulativo. Por eso cuando mencionamos las reglas constitutivas decíamos que constituyen y regulan la práctica institucional.

reconozcan las expectativas que tienen los demás y que entiendan el contenido normativo de las normas que pertenecen a esa institución. Es más, Weinberger [1991: 25] afirma que la existencia de estas normas se puede explicar sin ir más allá del marco institucional, es decir, sin recurrir a elementos presuntamente objetivos o universales de moralidad.

El *criterio de reconocimiento* (que es el criterio de validez jurídica en la teoría del derecho de Hart) no puede establecerse sólo respecto de la existencia de ciertas entidades normativas (*i. e.*, validez meramente sociológica) y tampoco sobre la base de una suposición o hipótesis (*i. e.*, validez pura del derecho); por el contrario, depende de la ocurrencia de ciertas acciones, y de que ellas existan en relación con las instituciones jurídicas.

Esta relación que señala Weinberger se explica desde la postura positivista de Hart. Desde la perspectiva del participante, la validez de las reglas jurídicas se sigue de un componente fáctico: la aceptación interna. Este componente fáctico representa para Weinberger un *estándar de deber*; es decir, un estándar que posee un núcleo normativo. Así entonces, la relación entre la acción de un agente y la institución detrás de esa acción se da mediante la aceptación interna del participante.

### *1.3.2. El positivismo jurídico institucional*

Podemos resumir la teoría institucional de la acción de Weinberger en tres tesis: **(1)** La normatividad del derecho, según MacCormick y Weinberger [1992: 7], no presupone valores objetivos o principios inmanentes de lo *correcto*. Sin embargo, las reglas contienen y establecen valores o estándares de valor; además, el derecho, visto como *marco general de la acción*, es una empresa teleológica; es decir, está dirigida

a fines u objetivos considerados valiosos. Aunque para nada trascendentales ni absolutamente objetivos.

El carácter normativo del derecho se *reconoce* desde el punto de vista interno del participante. Esto conecta la teoría de Weinberger con la teoría de MacCormick, y a las dos, con la teoría de Hart. Entendemos por medio de la discusión y la argumentación práctica las cuestiones sociales que son importantes para los agentes; adoptamos, entonces, algo así como una postura interna o *hermenéutica*. Las reglas, que ya vimos que juegan un papel crucial en la acción, tienen que entenderse desde el punto de vista interno de quien las usa. El agente, que actúa sobre la base de cierta información práctica, es capaz de realizar instancias o casos particulares de las formas de acción que establecen las reglas, las instituciones, etcétera. Por esta relación entre normas, punto de vista interno y acción, Weinberger defiende que la mejor teoría para comprender al derecho tiene que ser una teoría general de la acción.

**(2)** Para Weinberger [1991: 154], es claro que existe un vínculo esencial entre las instituciones y los hechos institucionales y la información práctica (descripciones, normas, objetivos y valores). Como consecuencia de esta tesis, los sistemas normativos sólo existen como aspectos sociales de nuestra realidad, y para nada como una determinación de nuestra naturaleza.

Hay hechos institucionales cuando hay instituciones; es decir, ciertos hechos sólo tienen sentido si son interpretados no como una secuencia de comportamientos, sino como procesos institucionalizados, formados y regulados por reglas. De esto ya nos ocupamos en la sección anterior, sin embargo, es importante decir que para entender los hechos institucionales es imprescindible recurrir a los conceptos prácticos de *acción intencional* (individual y colectiva) y de *oraciones prácticas* (en



oposición a las oraciones descriptivas) que nos permiten expresar características de *deber, valor y relaciones teleológicas*.<sup>35</sup>

La regla, de acuerdo a este análisis, posee una existencia ideal, como estructura de pensamiento, y una existencia real, como fenómeno social. Decir algo acerca del estatus ontológico de las reglas requiere de examinar los roles que juegan en los dominios (o prácticas) normativas. Probablemente su principal función, como ya lo decía Hart respecto de la actitud reflexiva y crítica, es permitirnos evaluar o juzgar la conducta de los demás, y la de nosotros mismos. Las reglas existen, entonces, porque operan en nuestra deliberación práctica.

Por supuesto, dado que las normas pertenecen a un sistema que determina esas acciones y condiciona lo que Searle llama las *intenciones colectivas*, es imprescindible decir algo acerca de su funcionamiento. Los órdenes normativos proveen un marco para la acción institucional. En este sentido, establecen deberes, demandas y expectativas entre los participantes; además, la configuración de estos órdenes normativos está dada por distintos tipos de reglas. Aunque de ellas hablaremos en el siguiente capítulo, podemos decir que son el producto de la voluntad humana y obedecen a distintas concepciones del bien. Por esta razón, insisten MacCormick y Weinberger [1992: 4], las reglas pueden modificarse y adaptarse a la realidad social actual.<sup>36</sup>

---

<sup>35</sup> A estas oraciones prácticas les corresponde un análisis lógico distinto. A las oraciones con contenido normativo les corresponde una lógica de normas, a las que tienen contenido evaluativo les corresponde una axiología formal y una lógica de preferencias, y a las que contienen requerimientos les corresponde una teleología formal. Cfr. MacCormick y Weinberger [1992: 82ss].

<sup>36</sup> Quienes defienden, en cambio, que las reglas establecen deberes y valores objetivos universales, y que a partir de ellos se constituye el derecho, cometen lo que Kelsen llamó la *falacia ideológica*. Dicho muy brevemente, esta falacia indica que, si es el caso que esos deberes y valores permanecen válidos e inmutables, entonces es muy extraño que las leyes y normas que los contienen sí estén sujetas a modificaciones, como de hecho lo están.

La teoría de la acción de Weinberger considera de manera prioritaria la función regulativa que cumplen las reglas. Tanto en el derecho como en cualquier otra práctica normativa, las reglas sirven de base para establecer juicios deónticos, particularmente *juicios de prohibición*. Una acción, de acuerdo a una cierta formulación de una regla de comportamiento, está prohibida o es considerada *incorrecta*; y en este sentido, debe (categóricamente) no hacerse.

Una regla orienta la acción de un agente cuando éste la considera en su deliberación práctica. Si esto es cierto, como dicen MacCormick y Weinberger [1992: 15], entonces la existencia de las normas involucra, por un lado, cierta regularidad (aunque no invariabilidad) en su uso; y, por otro lado, una actitud intencional respecto del agente que las usa (ya sea en sus preferencias hacia la conducta que establecen o en sus reacciones favorables o desfavorables cuando alguien se desvía de esa conducta). Esta actitud intencional entraña, como ya lo decía Hart, la idea de reciprocidad con base en las expectativas de comportamiento de los demás. Un elemento que puede reconocerse en la *actitud reflexiva y crítica* que Hart atribuye a la aceptación interna de los participantes.

**(3)** Para Weinberger, el derecho y la moral son dos órdenes normativos independientes, aunque es inevitable para una comprensión *racional* de la práctica jurídica decir algo acerca de las cuestiones morales y políticas de los sistemas jurídicos. Weinberger defiende, en el mismo sentido que Hart, que no cualquier contenido de derecho es válido. Hay necesidades y rasgos comunes que impiden tolerar que ciertas acciones sean obligatorias, y esto está determinado, o bien por la moral, o bien por la política.

Una teoría institucional del derecho debería cuidar estas nociones fundamentales y dedicarse a analizar las relaciones comunicativas, de pensamiento y habla

que hacen posible la estructura institucional. Un análisis tal, mostraría que hay entidades normativas más allá de las reglas que constituyen la práctica jurídica y las reglas que establecen deberes y obligaciones jurídicas. Mostraría, además, que lo más importante de esta práctica no son ni las acciones en sí mismas ni las normas, sino es la relación que hay entre ellas; es decir, el razonamiento práctico.<sup>37</sup> Una teoría del derecho con tales características es la que propone MacCormick. De ella nos vamos a ocupar en el siguiente capítulo.

---

<sup>37</sup> Podemos decir lo mismo, por ejemplo, de prácticas sociales como el ajedrez. En el ajedrez no son más importantes las piezas o las reglas del juego ni tampoco los movimientos en sí mismos, sino es el cálculo detrás de ellos, la estrategia que sigue un jugador. Ahí es donde podemos identificar quién es realmente un buen jugador y quién no lo es. El movimiento, por sí mismo, no delata esta cualidad. Porque puede ser que ese jugador hiciera su movimiento sin tener una estrategia detrás. En el derecho, alguien puede cumplir con un deber o una obligación sin saber o ser consciente de que lo hace; también puede evitar una conducta incorrecta sólo porque tiene la sospecha de que realizarla sería un error. Sin embargo, en ambos casos parece que no tenemos buenos elementos para juzgar que su acción fue producto de un buen razonamiento.

